

ADAPTACIÓN DE LA GESTIÓN DE EMPRESAS TURÍSTICAS AL NUEVO ESCENARIO DEL SECTOR DEL TURISMO: ESPECIAL REFERENCIA A LA GESTIÓN HOTELERA¹

Pilar Iñiguez Ortega

La investigación ha sido financiada en el marco del Proyecto AICO/2015/047 de la Generalitat Valenciana.

Resumen: Resulte incuestionable que, en la actualidad, el Turismo constituye un complejo fenómeno con perfiles complejos y heterogéneos dentro del cual son abordados ámbitos muy diversos (económico, jurídico, político, cultural...). De forma inicial, dentro de la pluralidad de las relaciones que circunscriben el mismo, presentan especial transcendencia las conectadas, en mayor o menor grado, con la gestión y el alojamiento turístico. Lo que hace medio siglo resultaba inimaginable o, casi extravagante, constituye hoy una circunstancia común y frecuente en el escenario propuesto, de forma particular, dentro del complejo y escasamente analizado ámbito de la gestión hotelera. Al hilo de lo expresado, en este trabajo se analizará, partiendo del supuesto de que la colaboración interempresarial en el sector turístico puede sustentarse en capital o en relaciones contractuales, sus esenciales trazos conformadores (gestor hotelero y titular del hotel gestionado) sobre los cuales poder elaborar un concepto ordenado y de subsunción del mismo como paso previo para la fijación de su régimen jurídico básico. Con idéntico tenor, se discutirá la posibilidad de integración del hotel determinado en las grandes cadenas hoteleras, la utilización de su *know-how* estandarizado y marca propia. Finalmente, será estudiada su incidencia en las grandes cadenas hoteleras al objeto de valorar su expansión tanto desde un punto de vista nacional como internacional.

Palabras clave: contrato gestión hotelera, cadena hotelera, *know-how*.

ADAPTATION OF THE MANAGEMENT OF TOURISM COMPANIES TO NEW SCENE OF TOURISM'S SECTOR: SPECIAL REFERENCE TO THE HOTEL "MANAGEMENT AGREEMENT" (HMA).

Abstract: It is unquestionable that, at present, Tourism is a phenomenon with complex and heterogeneous profiles in which they are addressed very different fields (economic, legal, political, cultural...). Initial form, within the plurality of relations that circumscribe the same, have special significance connected to a greater or lesser extent, management and tourist accommodation. What was unimaginable a half century ago or almost strange, it is now a common and frequent circumstance in the proposed scenario, in particular, within the complex and poorly analyzed field of hotel management agreement. In line with the above, this work will be studied, assuming that the inter-business cooperation in the tourism sector can be based on capital or contractual relationships, essential lines forming (hotel manager and owner of the hotel managed) on which to develop an orderly and subsumption of it as a step to fixing your basic legal system concept. With the same wording, the possibility of integrating this hotel in the hotel chains will be discussed, in using a standardized *know-how* and its own trademarks. Finally, their impact will be studied in the hotel chains in order to evaluate its expansion from a national and international perspective.

Key words: hotel management agreement, Hotel chain, know how

¹ Dra. Pilar Iñiguez Ortega. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Mercantil y Procesal. Universidad de Alicante. Carretera San Vicente del Raspeig, s/n, 03690, San Vicente del Raspeig (Alicante): Teléfono 965909514. Ext 9628. E-mail: pilar.i@ua.es.

1. INTRODUCCIÓN

Resulta incuestionable que, en la actualidad, el Turismo constituye un complejo fenómeno con perfiles complejos y heterogéneos dentro del cual son abordados ámbitos muy diversos (económico, jurídico, político, cultural...). De forma inicial, dentro de la pluralidad de las relaciones que circunscriben el mismo, presentan especial transcendencia las conectadas, en mayor o menor grado, con la gestión y el alojamiento turístico. Lo que hace medio siglo resultaba inimaginable o, casi extravagante, constituye hoy una circunstancia común y frecuente en el escenario propuesto, de forma particular, dentro del complejo y escasamente analizado ámbito de la gestión hotelera.

Al hilo de lo expresado, en este trabajo se estudiará, partiendo del supuesto de que la colaboración inter-empresarial en el sector turístico puede sustentarse en capital o en relaciones contractuales, sus esenciales trazos conformadores (gestor hotelero y titular del hotel gestionado) sobre los cuales poder elaborar un concepto ordenado y de subsunción del mismo como paso previo para la fijación de su régimen jurídico básico. Con idéntico tenor, se discutirá la posibilidad de integración del hotel determinado en las grandes cadenas hoteleras, la utilización de su *know-how* estandarizado y marca propia. Finalmente, será estudiada su incidencia en las grandes cadenas hoteleras al objeto de valorar su expansión tanto desde un punto de vista nacional como internacional.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL, ELEMENTOS DE CARACTERIZACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE GESTIÓN HOTELERA

² Vid. Pérez Moriones, A. (1998), *El contrato de gestión hotelera*, Tirant lo Blanch, Valencia, 67-69; Montañer Montejano, J. (1991) *Estructura del mercado turístico*, Síntesis, Madrid, 25-33; Auriolés Martín, A., (2003), *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo*, Atelier, Barcelona, 60-63

COMO FORMA DE GESTIÓN TURÍSTICA ACTUAL.

2.1. Delimitación conceptual

El avance las industrias turística insta a lo que hace medio siglo resultaba irrelevante, inimaginable o, casi extravagante, constituya hoy una circunstancia común y frecuente en la actividad de la contratación hotelera.

Los parámetros sociales y económicos en el mundo de la gestión hotelera han variado de forma sustancial incidiendo, sobremanera, en las relaciones contractuales. Dentro de la pluralidad de las relaciones jurídicas establecidas que circunscriben el sector turístico, presentan especial transcendencia las conectadas, en mayor o menor medida, con la gestión y el alojamiento turístico (Pérez Moriones, 1998, Montañer Montejano, 1998, Auriolés Martín, 2003)².

Antes de examinar el despliegue normativo generado al objeto de poder analizar las relaciones jurídicas entre las partes contractuales que se suscitan dimanantes del management agreement o contrato de gestión hotelera, como forma de relación inter-empresarial y como vehículo de bienes y servicios que le convierten en uno de los instrumentos jurídicos fundamentales y de mayor crecimiento utilizado actualmente por las cadenas hoteleras, tanto desde una perspectiva nacional³ como internacional⁴ (Pérez Moriones, 1998 a: 67-68)⁵, necesariamente para abordar su controvertida delimitación conceptual (es calificado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de

³ En el año 2012/13 el 35% de las plazas hoteleras en España eran gestionadas mediante *management* hotelero.

⁴ Es el modelo comúnmente utilizado por las grandes multinacionales americanas (*Sheraton, Hilton, Four Season*).

⁵ Cfr. Pérez Moriones, A. (1998), *El contrato...op.cit.* pp 70.

atípico), debemos efectuar una breve reseña a su mediatos antecedentes.

A éste respecto, la primera evocación la encuadramos en el Derecho anglosajón del siglo XIX donde eran explotadas empresas en las colonias por medio de *managing agencies* con directivos británicos y que en la actualidad dicho contrato de gestión hotelera es incardinado con otras relaciones contractuales de representación aparentemente afines, como acontece con la comisión y con la agencia).

Este modelo estructural fue seguido en Francia, donde el mandante eludía mediante la antedicha estructura contractual, la responsabilidad generada, la cual era traspasada en mayor o medida, a una empresa gestora pero con un aprovechamiento evidente de los beneficios, una *gérance-mandat* en pequeñas y medianas empresas (Martí Miravals 2008 a: 3-5)⁶. De igual forma, en el Derecho sustantivo alemán, fue utilizada dicha modalidad contractual para el desarrollo de la explotación de líneas de ferrocarril en países extranjeros, consistente en la creación de empresas mixtas, con estructura societaria anónima cuya dirección era asumida por otra empresa de gestión (Martínez Cañellas,

2014a:834)⁷. Igualmente, en el sector energético de Estados Unidos, en los años veinte, es desarrollado un contrato de gestión tal y como hoy lo entendemos; utilizándose en la actualidad por las empresas de capital riesgo (*Private Equity*) que suelen invertir en sectores muy diversos sobre los que no tiene experiencia alguna de gestión y del que se busca una amortización rápida de su inversión a corto y medio plazo (de dos a cinco años).

En nuestro país, el sólido edificio de la actual reglamentación hotelera- que en muchas ocasiones reflejó en el Derecho comparado antes indicado-y del que fueron claro exponente muchas Ordenes y Reales Decretos ya derogados, marcaron la pauta para definir qué se entiende en la actualidad por empresas de hostelería-en sentido propio y con especial incidencia en su gestión-, esto es, la forma habitual o profesional de proporcionar habitación o residencia a las personas junto, o no, a otros servicios de carácter complementario y que enmarcaba los requisitos que debían circunscribir la misma- los cuales se siguen manteniendo en la actual normativa, sobre todo, en la administrativa- esto es: actividad económica de dicada a la

⁶ En el Derecho comparado con especial referencia a Francia, la Loi 2005-882 de 2 de agosto en sus art. L 146-1 y 146-4 define el contrato y establece sus obligaciones registrales, mediante el cual se gestionan fondos de comercio ajenos en propiedad del mandante, el cual sufre los riesgos de la explotación y fija una misión, un marco de poder de gestión que suele ser amplio pero no ilimitado (con libertad para gestionar su régimen laboral propio, la contratación y subcontratación de funciones, que asume únicamente el gestor); enlazado con lo anterior, el art. L 146-3 regula la información precontractual y la L 146-3 determina la retribución del gerente indicando que es una obligación de medios; finalmente, la L 146-4 regula la extinción del contrato que es de libre decisión por parte del gerente que, además tiene derecho a una indemnización igual a las comisiones cobradas o a la comisión mínima de 6 meses anteriores o a la percibida en la ejecución del contrato inferior a seis meses. Al respecto, son interesantes los comentarios de Martí Miravals, J. (2008) "El contrato de *gérance-mandat*: aproximación a los contratos de gestión empresarial", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* (21), 3-5.

⁷ La jurisprudencia, primero y la Ley con posterioridad, acabaron con la confusión entre órgano de administración y empresa de gestión, obligando a que fuera el órgano de administración de la sociedad anónima quien contratara con la empresa de gestión: el caso *Rumanischen Eisenbahngesellschaft* declara que la dirección de una *Aktion Gesellschaft* no puede cederse mediante contrato por ser contrario al 227 ADHGB (criterio seguido por la normativa societaria alemana actualmente en vigor). Esta cuestión es relevante en cuanto a la destinación de la empresa de gestión, pues no corresponde a la Junta de socios, sino al órgano de administración. Por su parte, en el caso *Deutsch-Amerikanische petroleumgesellschaft mit deutsche Petroleumverkaufsgesellschaft mbH Vertrag*, se consideró que era nula, por leonina y contraria la parágrafo 138 del BGB, la cláusula que permitía a la primera sociedad nombrar y destituir administradores de la segunda, y a la Junta adoptar acuerdos impuestos por la primera; véase al respecto, Martínez Cañellas, A. (2014), *El contrato de gestión hotelera*, *Revista de Derecho de la UNED*, 14, 832-834.

prestación de un servicio de habitación; b) el cobro de un precio y finalmente, la habitualidad o profesionalidad de los mismos (Gallego Sánchez, 2015 a: 49)⁸.

De la mixtión de las históricas normas legales citadas, podemos definir en la actualidad a la empresa hotelera a la que ineludiblemente conectaremos el contrato de gestión de negocios de alojamiento turístico (*management agreement*), el cual, partiendo de la general idea de que proporcionar una noción suficientemente segura de dicha relación contractual se ve en gran medida obstaculizada, por una ausencia de regulación material, no encajando en ninguna de las figuras negociales articuladas por las leyes, al poseer un apelativo específico o denominación jurídica perfectamente acuñados que lo identifican en el tráfico, fruto del ensanche y la complejidad del sector turístico, hace que lo denominemos de atípico.

Como analizaremos con posterioridad, y delimitándolo conceptualmente, es aquel en el cual una cadena hotelera gestiona en nombre y por cuenta del titular del hotel la explotación del mismo a cambio de una contraprestación (Gallego Sánchez 2015b: 65)⁹.

2.2. Elementos de caracterización y naturaleza jurídica del contrato de gestión hotelera como forma de gestión turística actual.

La función del contrato como vehículo jurídico al servicio de la circulación de bienes y servicios, le convierte en uno de los instrumentos jurídicos fundamentales y más antiguos del tráfico mercantil en sus diferentes ámbitos, siendo la más clara manifestación del principio de autonomía privada, de

compromiso obligacional de las partes derivado en una función general de integración y determinados intereses económicos.

En este orden de ideas, las relaciones jurídicas del contrato de gestión hotelera se articulan- sin perjuicio de posibles pactos accesorios y/o contratos coaligados sobre una serie de obligaciones básicas y contrapuestas así como deberes instrumentales-, en un contexto general de buena fe, lealtad y protección de recíprocos intereses, en presencia, como conceptos jurídicos indeterminados de contenido paradigmático de toda relación sustentada en la confianza interpartes.

Sabedores de esto, y de acuerdo con la orientación procedente de nuestro Derecho de obligaciones -arts. 1254, 1258 y 1278 del Código Civil-en delante Cc- en relación con el art. 51 del Código de Comercio-en delante Ccom-, lo calificaremos como un contrato consensual, esto es, perfeccionado por la mera concurrencia del consentimiento de las partes, esto es, tanto el gestor hotelero como por el titular del hotel gestionado, o condicionadas por su capacidad contractual, no exigiéndose posteriormente ningún otro requisito ulterior lo que denota una manifestación clara del principio espiritualista de libertad de forma imperante en nuestro Derecho positivo. Enlazado con lo expuesto, imperará por su propia configuración y atendiendo fundamentalmente a los efectos probatorios, la forma escrita, solucionado muchos de los problemas interpretativos que pueden surgir en su ejecución.

De igual forma, en una clara relación al vínculo que se deriva del mismo y después de un frecuente proceso precontractual de

⁸ Vid Gallego Sánchez, E. (2015) *Derecho de la empresa y del mercado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 45-50; Alcover Garau, G. (2000) "Aproximación al contrato de gestión hotelera" *RDM* 237, 200, 1003.

⁹Vid Gallego Sánchez, E. (2015) *Derecho de la empresa...op cit* 55; Alcover Garau, G., "Aproximación..." *op. cit.* 1003.

intercambio de información confidencial en el que se realiza una *due diligence* al hotelero- y que en muchas ocasiones se dividen, a su vez, en varios contratos vinculados-, surgirán obligaciones determinadas tanto para el gestor hotelero como para el titular del hotel que se gestiona, las cuales tienen derecho y deber, crédito y deuda (García Brera, M. A., 2001 a: 9-13)¹⁰.

A tales efectos, una vez precisados los criterios generales delimitadores de la institución objeto de nuestro estudio, no es ocioso recordar, en este punto, abordando su naturaleza jurídica, su ineludible carácter mercantil derivado no sólo de los elementos y requisitos de validez del contrato, sino también, de las relaciones inter-empresariales atendiendo al contenido de su clausulado- que puede conllevar entrega de documentación complementaria por parte del gestor y que es expresada en los Anexos del contrato junto, en algunos supuestos, con la exigencia de otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, si la gestión es de aprovechamiento de alojamiento por turnos o condohotel-, puesto que tanto el gestor hotelero como el titular del hotel que se gestiona, tienen la consideración de empresarios turísticos, aplicándose de manera analógica y aplicación extensiva lo prevenido en el art. 2.2 del Ccom, que recalca expresamente la consideración de los *actos de comercio* (esto es *los comprendidos en el propio Código*, realizados por comerciantes en su tráfico y por los que se organizan como ellos, que no son otros como acontece en nuestro trabajo que los empresarios turísticos. Igualmente, siguiendo el *iter* literal del precepto preceptúa que “*cualesquiera otros de naturaleza análoga*” (refiriéndose a cualquier otro contrato que surja del tráfico empresarial dentro del marco de la actividad de empresa,

como acontece en el contrato objeto del trabajo.

Sentado lo que antecede, en la gestión turística actual y efectuando un reconocimiento implícito de la no resuelta discusión jurídica de la noción de “gestión” o “administración de intereses ajenos”, se entiende que en el sector turístico la gestión de los mismos no sólo debe abordar actos jurídicos concretos, sino también, actividades materiales que, por si solas, no exigen el despliegue de actividades legales e, incluso, actos de carácter económico o de aquellos otros que presenten un interés exclusivamente personal y que pueden derivarse, aunque sea en muchas ocasiones de forma eminentemente tangencial, de la gestión hotelera. Consecuentemente, abordan conductas o comportamientos útiles, susceptibles de aprovechamiento por persona distinta de su autor, lo que conduce a la configuración de aquellos como servicios (Peinado García, J.L., 1996)¹¹.

Más controvertida, sin embargo, partiendo de su reconocida atipicidad es delimitar la específica naturaleza jurídica del mismo, por lo que necesariamente procederemos someramente a analizar la similitud de los contratos legalmente típicos que más se asemejan al contrato de gestión de negocios de alojamiento turístico.

Como premisa inicial, y siendo el mismo un contrato de colaboración entre empresarios turísticos, podría considerarse similar al contrato de sociedad, la cual sería sociedad mercantil irregular, al ser su objeto social mercantil y no constar en el Registro Público.

Pues bien, para que sea considerado como contrato de sociedad es necesario la

¹⁰ Vid García Brera (2001) *Reflexiones sobre la sustantividad del Derecho Turístico, III Jornada sobre del Derecho y Turismo*, pp 9-13.

¹¹ Vid Peinado García. I, (1996), El contrato de comisión, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid. pp 37-39.

existencia de la *affectio societatis*, esto es, voluntad de constituir una institución jurídica con carácter de permanencia y de naturaleza diferente a la de los contratantes. Su determinación deriva de datos relevantes como participación en beneficios, aportaciones de capital o el acuerdo de reparto de gastos (*Expense Sharing Agreements*). Siguiendo este marco expositivo, se podría llegar a calificar a algunos contratos de gestión hotelera como societario pero no es lo habitual al no ser de aplicación íntegramente la normativa mercantil en materia de Derecho societario.

Bajo el aspecto expuesto, nos preguntamos si podemos incardinarlo como contrato de arrendamiento de servicios hoteleros, lo que nos podría acercar al contrato laboral. Es el régimen aparentemente más adecuado a los supuestos de gestión en los que la única aportación del gestor hotelero sea su trabajo y no exista pretensión alguna de incluir el negocio de alojamiento turístico en una cadena hotelera del gestor.

No obstante lo anterior, el arrendamiento de servicios, máxime en el sector turístico actual implica necesariamente una obligación de medios; máxime cuando nuestro Alto Tribunal lo ha estructurado bajo una característica esencial del gestor en relación con el titular del hotel que se gestiona: es *intuitu personae*, sin que le esté permitido la delegación o sustitución en otro empresario del sector, a menos, claro está, que el titular gestionado lo permita previa autorización de antemano reflejada de forma fehaciente en el clausulado del contrato (arts. 261 y 262 del Ccom). Contrasta éste régimen con el establecido en el Cc, que es inverso: se admite la sustitución del mandatario, salvo pacto en contrario (art. 1721 Cc).

¹² Cfr. Martínez Cañellas, A. (2014), “El contrato...” *op. cit.* pp 836.

En consecuencia, parecería más adecuado la aplicación de la regulación laboral propia de los contratos de alta dirección o bien las reglas del gestor de negocios ajenos del Cc o al merecer el calificativo de interempresarial, las normas que establece el Ccom para el factor mercantil “interesado” (art. 288 IV); siendo especialmente relevante cuando actúan frente a terceras personas una vez finalizado en contrato de gestión, en nuestro caso, hotelera, sin que el principal-titular del hotel que se gestiona les haya impedido la continuidad en la apariencia de la representación. Por ello, el artículo 244 del referido Texto Normativo impone una responsabilidad solidaria del titular del hotel gestionado y del gestor hotelero con relación a los contratos celebrados por este último y que vinculan directamente al titular del alojamiento turístico; obviamente, merecerían un estudio adicional no vinculado con nuestro trabajo (Martínez Cañellas, 2014b: 836)¹²

En efecto, el gestor hotelero actuará por cuenta del titular del negocio hotelero que se gestiona (lo que consecuentemente y por aplicación de lo prevenido en el Texto legal indicado), promoviendo y/o estipulando negocios jurídicos en su interés, con una composición de intereses jurídico-privados concretos, lo cual nos permite calificarlo como contrato de comisión, y de forma supletoria por las normas generales del derecho común *ex art. 1709 y siguientes del Cc* (Alcover Garau, G., 2000 b: 1010)¹³.

Llegados a este punto, y aun a pesar de su aparente claridad inicial, la relación jurídico-contractual está delimitada para actos de representación aislados, mientras que el contrato de gestión hotelera es delimitado como de *tracto sucesivo*, y por ende, posiblemente encuadrable en la norma

¹³ Vid Alcover Garau, G. (2000) “Aproximación...” *op. cit.* pp. 1010.

reguladora del contrato de agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo), sin perjuicio de matizar que la aplicación del citado Cuerpo legal no debe ser automática, por lo menos, implementada como norma imperativa aunque si desde un punto de vista dispositivo. En efecto, frente al titular del alojamiento turístico que se gestiona, la cadena hotelera no tiene ni tampoco se considera, como parte débil del contrato (no olvidemos que se trata de una relación interempresarial) por tanto, la gestión hotelera contiene una causa propia que debe protegerse y que no es extensible a los modelos contractuales afines antes citados.

Por ello, el gestor hotelero- que necesariamente, deberá estar dotada de un amplio poder de representación por parte de la contraparte al objeto de ejercitar todos los actos de gestión ordinaria derivados de dicha relación contractual y que no incluye en buena medida, los actos de disposición, gravamen o endeudamiento-, actúa en interés del principal (titular del hotel gestionado), pero de igual forma, en interés propio al promocionar el prestigio y buen nombre -*goodwill*- de su marca perfectamente implantada en el mercado-tanto nacional como internacional- mediante una licencia de marca (art. 40 al 48 LM y 22 RMC)- e implementar el grado de aceptación por su clientela.

Bajo este prisma expositivo, no hay que olvidar las directrices marcadas por el titular del hotel gestionado- que como hemos mencionado, deberá entregar un poder lo suficientemente amplio para permitirle ejercitar todos los actos de gestión ordinaria del hotel, tanto desde un punto de vista jurídico como de hecho (arts. 281, 292 y 293 del Ccom)-, no incluye los actos de disposición (salvo los suministros de bebida y comida), gravamen o endeudamiento.

La coherencia de esta construcción jurídica aplicable al contrato objeto de nuestro trabajo, parece quebrar en la disciplina relativa

a la revocación del poder (arts. 279, 290 y 291 del Ccom). El poder debe ser irrevocable, pues no sólo el titular del hotel gestionado sino la cadena hotelera gestora tiene un interés directo en el ejercicio del mismo. Ahora bien, dicha irrevocabilidad se deberá pactar expresamente en el clausulado contractual, dado que la regla positiva general deviene en sentido contrario, esto es, la revocabilidad del mismo (art.279 Ccom antes citado).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, con un ánimo voluntarista, es de vital importancia en la gestión hotelera. Reconoce que el pacto de irrevocabilidad es válido si el apoderado tiene un interés directo en el asunto gestionado, pues la misma puede darse como contraprestación o como garantía, en cuyo caso no nos encontraremos ante un exclusivo interés del apoderado. Nos planteamos, entonces, si se puede entender tácitamente revocable el poder otorgado por el titular del hotel que se gestiona. Necesariamente, debe resolverse caso por caso atendiendo el recurso de las normas generales como factor de equilibrio de intereses (ex 1259 Cc)

No hay que olvidar, siguiendo la regla general de la representación (de la que no puede extralimitarse, puesto que no introduciríamos de lleno en la doctrina científica del *falsus procuratur*, generando responsabilidad por daños y perjuicios, salvo ratificación posterior, ex arts. 1279 y 1727 cc), la existencia de vinculación del gestor hotelero a los contratos celebrados con terceros, pues podría dimanarse responsabilidad general. Esto es, si actúa en nombre propio sin indicar por cuenta de quien efectúa dicha gestión, generará responsabilidad directa sobre los contratos firmados por él y los terceros no tendrán poder de actuación contra el titular del hotel gestionado.

3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL GESTOR HOTELERO Y DEL TITULAR DEL HOTEL GESTIONADO DERIVADAS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-CONTRACTUAL

3.1 Obligaciones principales

En este contexto, además de la genérica obligación de administración por parte de la cadena hotelera gestora (dirección y explotación del alojamiento hotelero)- la cual será llevada a cabo por la primera en interés del segundo-, como es fácilmente constatable dada su amplitud, será necesario delimitar en alguna de las cláusulas contractuales que une a ambas partes contractuales, las competencias específicamente atribuidas a la misma (*ex art. 62 LOCM, art. 2 RD 2011/2010 y art. 3 LCD*).

Merced a lo anterior, podemos afirmar que comprende todas aquellas operaciones que sean necesarias para el desarrollo de tal prestación con independencia de la naturaleza jurídica, material o intelectual de las mismas, esto es, dirección técnica del personal del hotel en las actividades necesarias para la prestación de servicios propios de un establecimiento de hostelería, obras y labores de reformas que se tengan que acometer en el establecimiento, de mantenimiento; igualmente, se incluirá toda la organización y gestión económico-contable de las operaciones que impliquen la explotación referida- puntual y periódica (*art. 263 Ccom en relación, por aplicación analógica, con el art. 10.3 de la LCA (Martínez Cañellas, 2014 c: 854)*¹⁴, así como las actividades de promoción y publicidad al objeto, como hemos tenido ocasión de comentar con carácter previo, de una mayor proyección tanto nacional como internacional de la misma y del planteamiento

y la adopción de estrategias de empresa que puedan conducir a una mejora general de su rendimiento.

Consecuencia de ello, la cadena hotelera gestora asume (en función de unos objetivos concretos con referencia al *RevPAR* o el *EBITDA* escalonado por años), aquellas obligaciones calificables como de “corto plazo” en muy diferentes ámbitos a las cuales se circunscriben otras a “medio y largo plazo” que derivan, en última instancia, en satisfacer todas las exigencias legales impuestas por el ordenamiento jurídico en vigor durante todo el periodo de ejecución de la gestión hotelera.

A los efectos que aquí nos interesan, dichas obligaciones la podemos calificar como “de resultado”, máxime cuando se percibe una remuneración condicionada al cumplimiento de las condiciones contractuales (Lozano Romesal, D./Sánchez Montero, A. /Enseñat Bilbao, B, 2001)¹⁵. En cualquier caso, aun considerando que se tratara de una “obligación de medios”, el incumplimiento de los objetivos fijados en el contrato permite presumir la culpa del gestor hotelero, invirtiendo la carga de la prueba, correspondiendo a la cadena hotelera probar su diligencia, que no sólo se refleja en un comportamiento activo, sino también en el deber de facilitar al titular del establecimiento gestionado la información recogida, valorada, analizada y filtrada que pueda serle útil en su actividad empresarial.

No obstante lo que antecede, en ningún supuesto las instrucciones recibidas deben sobrepasar los límites establecidos por el titular del establecimiento hotelero, puesto que en lo que se exceda quedará a cargo del propio gestor, salvo que posteriormente sean ratificadas (*art. 1727 Cc*): de esta forma se justifica el negocio y lo hace válido y

¹⁴ Cfr. Martínez Cañellas, A. (2014), “El contrato...”*op. cit.* pp 836.

¹⁵ AA.VV. Lozano Romeral, D/Sánchez Montero, A./ Enseñat Bilbao, B. (2012) “Naturaleza y

estructura de los contratos de gestión en cadenas de hoteles” en Sebastian, S. (coord) , *Práctica mercantil para abogados. Los cosas más relevantes en 2011 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, pp 637-639.

vinculante para la contraparte (*ratihabito mandato comparatur*).

De igual modo, si se hubieran traspasado las indicadas limitaciones y si éstas fueran ventajosas para el titular del establecimiento hotelero, cabe reconocimiento de las mismas, *ex art. 1715 Cc*). Como es fácilmente deducible, cualquier anomalía en estas prescripciones legales, reconociendo la tendencia específica hacia la objetivación que recoge nuestro Derecho mercantil, generará responsabilidad por los daños y perjuicios causados con su conducta irregular (*arts 254 y 267.1 Ccom*).

Ahora bien, nos planteamos, que sucede cuando la cadena hotelera gestora no ha recibido reglas delimitativas precisas, aunque del contrato de gestión se deduzcan de forma implícita (falta o insuficiencia de instrucciones, inadecuación, ambigüedad, contradicción...) o no fuera posible dicha comunicación en un momento determinado. Evidentemente, conlleva el riesgo de que los objetivos perseguidos por la celebración del contrato no sean satisfechos.

Esta cuestión es resuelta en el Ccom en sede del contrato de comisión (*art. 255 y 254 del referido Cuero Legal*) declarando la necesidad de reestablecer de la forma más rápida posible, la comunicación entre el comisionista y el comitente, solución perfectamente aplicable al contrato objeto de nuestro trabajo, puesto que las obligaciones del comisionista son, en esencia, la mismas que competen al mandatario como gestor de intereses ajenos, esto es, ejecutar la el negocio de realización con la diligencia de un ordenado empresario (*Gallego Sánchez, E. et al. 291, 2015*)¹⁶.

Sobre éste particular, si la consulta no fuera posible, hará lo que le dicte la prudencia y sea más conforme al uso de comercio cuidando el negocio como si fuera suyo, es decir, defendiendo siempre los intereses del titular del hotel (*arts 255.2 y 258 del Ccom*) e inexorablemente deberá ir unido al deber de diligencia propia de un ordenado empresario del sector turístico y lealtad (sustentado en la buena fe objetiva, *ex art. 1258 Cc* (*Alcover Garau, 2000 b:1104*)¹⁷ por parte del gestor hotelero frente al titular del hotel gestionado, incardinado al deber específico de información, que le impide divulgar o comunicar a terceros ni utilizar en beneficio propio y/o ajenos secretos industriales a los que haya tenido acceso en razón de la relación contractual especificada.

Incardinada a lo anterior, no deberá aceptar otras remuneraciones no derivadas de la gestión hotelera, no deberá integrar en la cadena un hotel que entre en directa competencia con del gestionado, pudiendo entrar en colisión con las normas reguladoras de la Competencia Desleal (*Broseta Pont, M. /Martínez Sanz, F., 2015*)¹⁸, imposibilidad de adquisición del hotel por compra, aunque sea derivado de una subasta mediante contrato de intermediación (*art. 1459 Cc*); deberá, además, llevar una contabilidad ordenada y adecuada a la actividad empresarial, en nuestro caso, hotelera, que permita un seguimiento cronológico de las operaciones mercantiles efectuadas, así como la elaboración periódica de balances e inventarios (*art. 25 Ccom*) y, especialmente, a que ello permita conocer con claridad la imagen fiel de su patrimonio, de su situación financiera y de los resultados obtenidos (*art. 34.2 del Texto Legal citado y RDGRN de 16 de febrero de 2000 y el Plan General de Contabilidad aprobado por RD*

¹⁶ Vid Gallego Sánchez, E. (2015), *Derecho de la empresa...op. cit.* pp 291.

¹⁷ Cfr. Alcover Garau, G. (2000) "Aproximación"...*op. cit.* pp. 1104.

¹⁸ Vid. Broseta Pont, M. /Martínez Sanz, F. (2015), *Manual...op. cit.* pp 117.

1514/2007, de 16 de noviembre y la ley 26/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, ajustándose a las “Normas Internacionales de Información Financiera” (NIIF) contenidas en el Reglamento 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002)).

Dicha obligación se le exige a la cadena hotelera gestora en interés propio (para una adecuada organización empresarial), en el de los terceros que mantienen relaciones financieras y, además, en el del propio Estado, interesado en conocer la verdadera situación y los resultados obtenidos-téngase en cuenta que el Turismo es uno de los principales motores económico del país). La misma será independiente de cada uno de los titulares de los que tenga encargada la gestión encomendada.

Todo lo anterior, tal y como se deriva de la praxis mercantil, deberá ir unido al ineludible deber de rendición de cuentas por parte de la cadena hotelera gestora al gestionado (arts. 34.1, 35.1 y 36.1 del Ccom recordando que son dos obligaciones distintas, pues mientras que la primera comprende un deber de estricta información como hemos reflejado, dirigido a tener a la contraparte al corriente de las noticias que interesan al buen éxito de la negociación hotelera y a la celebración del negocio de ejecución hotelera (art. 260 del Ccom), la segunda tiene por objeto trasladar al gestionado el resultado y los efectos obtenidos del encargo de gestión ejecutado.

Esta última obligación no se integra por una comunicación meramente declarativa o descriptiva, sino fundamentada y justificada.

Como se desprende del art. 263 del Ccom, al establecer, de forma textual “*que el comisionista estará obligado a rendir, con relación a sus libros, cuneta especificada y justificada de las cantidades que percibió para la comision...*”. Aunque el precepto se ocupa de un supuesto especial que contempla (recepción y reintegro en metálico) el contenido de la obligación, debe modularse en función de la naturaleza del encargo recibido (Broseta Pont, M. /Martínez Sanz, F., 2015 b: 117)¹⁹.

Enlazando con lo expuesto, procede en este punto, abordar el análisis de las obligaciones que surgen para el *titular del hotel gestionado*, las cuales son integradas tradicionalmente en la denominada “*actio negotiorum gestorum contraria*”.

Así, además de ciertas actividades de carácter preparatorio (que pueden llegar a implicar modificaciones en la construcción o decoración de los distintos departamentos al objeto de integración en su red hotelera, y que especificarán en un “Anexo” del contrato de gestión), el titular del hotel gestionado, deberá entregar el hotel como unidad productiva susceptible de funcionamiento inmediato, junto con la maquinaria, mobiliario, útiles y enseres, con los trabajadores, licencias, concesiones, autorizaciones de funcionamiento, seguros de incendios (art. 45-47 LCS), terremotos, (corresponderá su indemnización al Consorcio de Compensación de Seguros), inundaciones que puedan destruir total o parcialmente el hotel (art. 1, 8.4 LCS y art. 76 del citado Texto legal en relación con el art. 38.6 LCS en aplicación de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria o por la legislación notarial), seguros de responsabilidad civil (arts. 73-76 LCS), seguros de crédito y caución (arts. 70-72 LCS) (Lozano Romeral, *et al*, 95-

¹⁹ Vid. Broseta Pont, M. /Martínez Sanz, F. (2015) *Manual...op. cit.* pp 117.

99, 2012)²⁰ y de reaseguro- *cut-thorough clauses*- (arts. 77 y 78.1 del referido Cuerpo Normativo), seguros de accidente para hacer frente a las reclamaciones de lesiones personales o muertes de empleados del hotel gestionado (art. 81 LCS), seguros de “interrupción del negocio”-lucro cesante- (arts. 63-66 del citado texto Normativo), así como la dotación de un fondo de maniobra consistente en una cantidad fija por habitación.

En un lugar común con lo indicado, se deberán reembolsar en la forma y cuantía pactada, los gastos de gestión y abono de la remuneración, *ex art. 277 Ccom*, que si bien no existe en el contrato objeto de nuestro estudio referencia alguna de imposición concreta al objeto de no coartar su libertad de actuación, tampoco refiere ningún impedimento en su asunción, al igual que acontece en otros tipos contractuales afines, como la comisión (art. 1709 Cc, art. 244 a 262 del Ccom) siempre que sean respetadas las pautas del clausulado contractual y llegue a buen fin el resultado perseguido inicialmente.

Igualmente, se deberán sufragar los gastos de gestión directos y los perjuicios que le haya podido ocasionar a la cadena hotelera, al ser la consecuencia necesaria del hecho de que ésta actúe en interés y por cuenta del gestionado-siempre, claro está, que se alegue y pruebe su importe, *ex arts 278 y 253 del Ccom*, junto con los intereses legales generados (arts. 277 y 278 del Cuerpo Legal citado en relación con la Ley 3/2004, de Morosidad de Operaciones Comerciales modificada por Ley 15/2010, de 5 de julio y por el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo), puesto que la falta de determinación del mismo, podría generar la

nulidad del contrato de seguro citado (art. 25 LCS).

En consecuencia, no se requiere intimación previa siendo el interés legal el establecido en su art. 7. Sin embargo, los gastos originados por el ejercicio de su actividad profesional, esto es, el mantenimiento de su estructura, no le serán satisfechos al estar implícitos en el ejercicio de su actividad profesional. Por pacto, asimismo, suelen incluirse los Ff&E (*Fixed Furniture and equipment*) y OC (*Operating Cost*), gastos de promoción, marketing, selección de personal, control de plantilla; además de dotación de un fondo de reparaciones extraordinario (3% de los ingresos), los cuales son deducidos al calcular el beneficio de base de la retribución; de igual forma, deberá facilitar poderes notariales que acrediten la representación de la cadena hotelera, puesto que de ello dimanará parte de la responsabilidad generada.

Ciertamente, especial relevancia tiene abordar la aplicabilidad o no del denominado “privilegio del comisionista” como contrato afín con la relación jurídico- contractual analizada. En este tipo de contratos, el gestor hotelero se convierte en acreedor del gestionado por anticipos concedidos, por gastos de los que debe ser reembolsado o incluso por comisiones devengadas y no pagadas.

Pues bien, para garantizarle la percepción de estos créditos, el art. 276 del Ccom recoge dos importantes derechos: 1^a) retener e impedir ser desposeído de las mercancías recibidas del comitente, mientras no se satisfaga su crédito; 2^a) percibir el importe de su crédito de modo preferente a los restante acreedores del comitente con cargo al importe de dichos efectos. La garantía se

²⁰ *Cfr.* Lozano Romeral, D/Sánchez Montero, A./ Enseñat Bilbao, B. (2012), *Naturaleza y estructura...op. cit* pp 98.

extiende, según el precepto legal citado, sobre todos los efectos que la cadena hotelera gestora hubiera recibido “en consignación”, o sobre los efectos que el titular del hotel gestionado hubiera puesto a su disposición. Si se trata de una comisión de venta, una vez ejecutado el negocio, cobraría sentido lo prevenido en el art. 276.2º del Ccom. En consecuencia, lo que tendrá lugar en tales hipótesis será una deducción o compensación, entregando el gestor hotelero al gestionado el producto de la venta menos lo que importen los créditos que aquel tenga frente a éste.

No obstante, el privilegio concedido pierde su eficacia en el concurso del titular del hotel gestionado, puesto que la Ley Concursal (en adelante LC) no sólo suspende el derecho de retención en tanto no concluya el procedimiento concursal (y, para entonces, lo más frecuente esa que los bienes se hayan enajenado y el resultado de venta distribuido entre los acreedores) (art. 59 LC), sino también porque se prohíbe de forma expresa, la compensación en el concurso de acreedores (art. 58 del Texto Normativo citado).

3.1 Obligaciones accesorias

Además de la genérica “obligación de rendición de cuentas”, cuya ausencia de una normativa específica a propósito de la regulación de gestión de asuntos ajenos, no de forma expresa, ni siquiera por remisión a otras reglas específicas, o los diversos clausulados contractuales o condiciones generales que enmarcan la figura objeto del contrato de gestión hotelera, la doctrina mayoritaria sostiene su aplicabilidad a la institución de la gestión cualquiera que sea el sector en que se desarrolla, siendo el fundamento de dicha exigibilidad la necesidad de conocer el grado de cumplimiento que el gestor hotelero ha dado a los deberes derivados de su ingerencia en los asuntos de otro, lo que explicaría que deberá ser cumplida una vez finalizada su actuación, siendo una obligación genérica de todo

mandato (art. 1720 Cc) e igualmente reconocida en el art. 263 del Ccom, la cual puede proceder de diferentes fuentes presentando una serie de aspectos cuantitativos y cualitativos a través de los cuales se podrá determinar objetivamente el resultado económico de la gestión así como la posición jurídica del deudor y del acreedor del que hace por otro sirviendo, en este caso , de sustento para la exigencia de unas posible responsabilidad.

En buena medida, se deberá tener en consideración que la rendición de cuentas no se concibe como un acto meramente formal, sino que exige una declaración pormenorizada acompañada de los oportunos justificantes que permita la comprobación de la realidad plasmada. La circunstancia de que el precepto legal antedicho se refiera de forma exclusiva al montante de lo recibido, no permite estimar relevado al gestor hotelero también de la rendición económica de las comisiones en general y particularmente del género, efectos y mercaderías recibidas o adquiridas como consecuencia de la gestión del hotel encomendada.

Como colofón a lo anteriormente precisado, las cadenas hoteleras gestoras proporcionan un *know-how* a los trabajadores de la propiedad (aunque no sea su titular), acuerda localización y obras de instalación, un asesoramiento en materia financiera, fiscal, jurídica, informática (adaptaciones del SAP, Fidelio...), permitir al titular del hotel gestionado utilización de los excedentes de tesorería siempre que existan fondos suficientes para poder solventar los gastos futuros; de interiorismo y decoración (estandarización con otros establecimientos de la misma cadena hotelera), restauración y todas aquellas relacionadas, de forma directa o indirecta, con la hostelería (gestión de servicios de comedores, *catering*, *banqueting*...), una adecuada publicidad y

promoción del hotel junto con el resto de las demás hoteles integrantes de la cadena hotelera (arts. 17 a 19 Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, por la Ley 29/2009, de 30 de noviembre de Competencia Desleal que establece un régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de las prácticas engañosas, de las agresivas y , en general de las prácticas desleales y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias (art.1 LGP)²¹.

A partir de aquí, se plantea la posibilidad de integración del hotel gestionado en la red hotelera del gestor (algunos de ellos en régimen de franquicia aplicándose el art. 62.2 y 3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, RD 201/2010 y del Reglamento 330/2010 de la Comisión Europea) cediendo la marca de la que es titular mediante un contrato de licencia de marca, aunque en algunos supuestos es posible su eliminación o modificación (siempre que el nuevo signo distintivo sea de la misma calidad y dirigirse al mismo tipo de turismo que el inicial) y la realización por personal especializado de auditorías internas para la revisión y verificación de los documentos contables aportados dentro de la explotación del hotel en sus diferentes aspectos técnicos, económicos y administrativas, debiendo emitir un informe sobre la fiabilidad de los mismos al objeto de poder tener eficacia frente a terceros (arts. 5 y ss de la Ley 14/2013, de 23 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización).

Reiteramos pues, que las obligaciones accesorias que asume, aun a pesar de la difícil sintetización de su contenido específico, son las propias del franquiciador- no sólo precontractuales, sino también contractuales- y que además del deber básico de hacer partícipe a la contraparte del “sistema del franquiciado”

(que incluye el *know-how* y el derecho al uso de los signos distintivos) tendrá la posibilidad de exigir al potencial franquiciado que guarde “secreto” sobre la mismas (art. 4 RD 201/2010).

En conexión con lo anterior, siempre serán objeto de retribución por el titular del establecimiento hotelero que es gestionado (facturas, *royalties*, revisiones, *staff fees*- normalmente en el sector turístico hotelero es usual establecer un 3% (base *fee*) sobre ingresos totales, un 10% (*incentive fee*) sobre el beneficio operativo y un 2% (*marketing fee*), sobre los ingresos totales- obteniendo, además, unos ingresos derivados de las reservas de servicios turísticos efectuadas por los clientes que son realizadas a través de su central de reservas (integración vertical de *bancohotel*), como intermediador turístico inter-empresarial (aplicándose el art. 163 del TRLGDCU).

Este punto es esencial, al determinar la posición inferior del hotelero y la necesaria protección por parte del legislador, en la misma medida en que es protegido el franquiciado, las obligaciones adicionales impuestas a la contraparte, obligando a la cadena hotelera gestora a su inscripción en el Registro de Franquiciadores, a los meros efectos de “información y publicidad”, debiéndose adjuntar los datos relativos a los derechos de Propiedad Industrial objeto del contrato, así como, a modo ejemplificativo, la acreditación de titularidad, hoteles que pertenezcan a la misma red hotelera en los dos últimos años... (art. 62.2 en relación con el art. 5 .3 RD 201/2010) y ofrecer por escrito deberes precontractuales de información al objeto de potenciar más si cabe, con conocimiento de causa, su adhesión a la misma (art. 62.3 LOCM y art. 3 RD 201/2010) lo cual lleva necesariamente implícito el secreto sobre la misma, que reciba o que vaya

²¹ Vid Gallego Sánchez, E. (2015) *Derecho de la empresa...* op.cit. pp 49.

a recibir (art. 4 RD 201/2010). No podemos dejar de abordar, incardinado a lo anterior, la posible cesión de signos distintivos y de secretos industriales y comerciales por parte de la cadena hotelera al hotel gestionado (que encuadraríamos dentro de la normativa marcaria (art. 46.2 LM y 17.1 RMC).

Finalmente, aun a pesar de su enorme importancia económica, carecen de una terminología unitaria la designación del conjunto de informaciones confidenciales concernientes al ámbito hotelero, las cuales son materializados en varios aspectos específicos: secreto industrial y secreto comercial; esto es, son “especies” de una más amplia categoría que son los secretos empresariales, los cuales, consecuentemente, deberían ser abordados y protegidos bajo el prisma objetivo de la Ley de Competencia Desleal (art. 13 y 14) y que excederían del objeto de nuestro trabajo (Massaguer Fuentes, 1993, Herrera Petrus, 2010, Gómez Segade, A.,1974)²².

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN HOTELERA

Aun refiriéndonos a la función de equilibrio de intereses que debe de cubrir todos los discursos en torno al eventual régimen jurídico de aplicación a cualquier fenómeno atípico, queda por analizar la consecuencias que dimanen al finalizar la relación contractual que une a ambas partes y la procedencia de compensar, en su caso, al gestor hotelero, por su gestión de intereses ajenos.

Sentado lo que antecede, además de las concretas causas generales y ordinarias de extinción contractual, las incardinadas al contrato de gestión hotelera las clasificaremos

en orden a una intervención o no de una declaración de voluntad estimando su importancia en función de la conflictividad reflejada ante los órganos jurisdiccionales, esto es, aquellas cuya operatividad depende directamente de la voluntad de una de las partes (el desistimiento *ad nutum*) y, en un segundo grupo, aquellas sustentadas en el acaecimiento de circunstancias objetivas, las cuales generan en la mayoría de los supuestos, el inicio prácticamente de forma automática, del procedimiento extintivo del contrato, siendo de aplicación los principios generales de las obligaciones y contratos antes indicados.

Con relación al cumplimiento del término pactado en el contrato, este se extingue por cumplimiento del término pactado, teniendo en consideración que son relaciones jurídicas contractuales con una larga duración en el tiempo (de 10 a 30 años), sobre todo porque la integración de un hotel en una cadena hotelera con implantación mundial puede tardar unos cinco años, hasta que se encuentre en plena producción (Martínez Cañellas 2014 c: 836)²³. No existe la obligatoriedad de un plazo de preaviso-aunque puede pactarse por acuerdo previo de las partes-, dado que su efectividad se produce por el mero cumplimiento de lo pactado en el contrato.

Ahora bien, si la cadena hotelera y el titular del hotel gestionado siguen ejecutando dicha relación jurídico-contractual después de finalizado el plazo de duración inicial, ha de entenderse que el contrato de gestión hotelera se transforma en contrato de duración indefinida (art. 23 y 24.2 de LCA). Asimismo, puede incluirse en el contrato un derecho de adquisición preferente al final del periodo a favor del gestor hotelero, que deberá ser comunicada de forma fehaciente al titular del hotel que se gestiona.

De cuanto antecede se desprende que la extinción, *per se*, del mismo en el supuesto

²² Vid Massaguer Fuentes, J (1993) “Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico”, *Derecho de la Propiedad Industrial. Jornadas sobre Derecho de la Propiedad Industrial*, pp.167-192; Gómez Segade, J.A. (1974) *El know-how: concepto y prestación*, Técno, Barcelona, pp 158-159; Herrera

Petrus (2010) *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley Madrid, pp 35-39.

²³ Cfr. Martínez Cañellas, A. (2014), “El contrato...” *op. cit.* pp 836.

indicado, no genera derecho de indemnización en favor de ninguna de las partes, puesto que rige el acuerdo inicial fijado al comienzo de su relación contractual. Cuestión diferente es la producción de una prórroga contractual se podrá aplicar mediante una revisión del clausulado contractual, al no entender posible la tácita reconducción propia del contrato de arrendamiento aplicada por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en los contratos de *tracto sucesivo*, conforme a la cual, de no existir preaviso, se entendería prorrogado 15 días, lo que resulta claramente inadecuado en contrato objeto de nuestro análisis.

Continuado el hilo expositivo, la denuncia unilateral como acto jurídico de declaración formal, es habitual en tiempos de crisis empresarial: los titulares del hotel que se gestiona quieren reducir sus costes y las cadenas hoteleras gestoras quieren mantener su nivel de ingresos y la calidad de su marca, en orden a ello, se debe asumir la tesis del conocimiento del destinatario por aplicación de lo prevenido en el art. 1705.2 del Cc. Es una incorporación del principio general relativo al ejercicio de los derechos en tiempo oportuno y del principio general de buena fe objetiva (art.7 Cc), común (1258 Cc), especial (art. 57) y sectorial (arts. 1706 y 224 del Ccom). Incardinado a ello y junto al tenor literal de los preceptos aludidos, suele incluirse la extinción de los contratos de cupo o contingente celebrados, en el desarrollo de la actividad empresarial, por el gestor hotelero con las agencias de viaje que colaboran con el mismo.

A su vez, el incumplimiento resolutorio, tanto por causa o motivo grave en cualquiera de las partes de una obligación principal del clausulado contractual que implique una imposibilidad de ejecución y una desviación de los objetivos de rentabilidad empresarial derivados de su gestión, sigue las reglas generales contenidas en nuestra Norma Adjetiva (art.1124) lo que, en consecuencia, implica una indemnización por daños y perjuicios (ex art. 1108 Cc).

Igualmente, para el supuesto de revocación del encargo-que debe ser puesta en conocimiento del gestor hotelero- y que se estima libérrima por presuponer el contrato

objeto de análisis una relación de confianza, aplicaremos de forma extensiva, lo prevenido en el art. 279 del Ccom, la cual, para el supuesto de ostentar poderes de representación del titular del hotel gestionado, únicamente surtirá efectos frente a terceros cuando se dé a la misma la preceptiva publicidad registral (art. 22.1 Ccom y 87.2 RRM). El gestor hotelero, sin embargo, no puede libremente denunciar o revocar la relación contractual (art. 252 Ccom). El fallecimiento o inhabilitación del gestor hotelero será causa igualmente de extinción contractual (art. 280 Ccom); no opera, de forma automática, por muerte o inhabilitación del titular del hotel gestionado (art. 280 del citado Texto Normativo).

Así las cosas, también se obliga contractualmente a la adquisición de determinadas materias primas debiendo, en muchas ocasiones, mantener un concreto porcentaje de *stock* de recambio y de suministro que facilite las labores de gestión del hotel. Tal situación, que *a priori* aparece como beneficiosa para todos los sujetos implicados en la relación contractual, se torna peligrosa al abordar su finalización. Piénsese que la utilización de los signos distintivos del gestor hotelero está ligada a la supervivencia del contrato y a la interacción en una red hotelera concreta y de prestigio. A la extinción del mismo el titular gestionado dejará de utilizar todos los signos distintivos de estilo del gestor del hotel al objeto de evitar confusión pública respecto a la fuente o a la calidad de los mimos, lo que podría incluso llegar a constituir una infracción del Derecho marcario, llegándose a poder ejercitar las acciones de cesación correspondientes y la reclamación de los daños y perjuicios generados.

La fuerza de la distinción y el valor de los derechos puede haberse incrementado a través de su utilización en la gestión del hotel pero, evidentemente, esto sólo puede beneficiar a su propietario en la medida en que aquél únicamente ha gozado de un derecho de uso limitado en el tiempo, que ahora, por efecto de la cesación de la relación contractual por las diferentes causas que hemos comentado, ha procedido a su fin.

No obstante lo anterior, y con sustento en el principio de la buena fe objetiva en la ejecución de estos especiales contratos, parecería justo permitir al gestor hotelero la posibilidad de liquidación de las existencias de productos identificados con su marca de prestigio empresarial. A tal efecto sería conveniente la inclusión en el contrato que liga a ambas partes, de forma expresa, una opción u obligación de compra, en su caso, ponderando circunstancias diversas, tales como si dichas adquisiciones se realizaron como consecuencia de cláusulas de cuota o de mínimos.

Llegados a este extremo, se aboga por aplicar las normas generales de las obligaciones y contratos, estimando que cabría hablarse de un derecho de restitución en los casos de condición resolutoria, anulación y nulidad contractual y en los supuestos de incumplimiento con sustento en la imputación de “perjuicio personalizado”.

Fuera de ello, nos encontraríamos con un riesgo contractual que debería ser asumido por la cadena hotelera gestora. Se postula, en este punto concreto, dado el debate jurídico que plantea, instar por una modificación en la legislación que concediera al principal la posibilidad de dejar al gestor en libertad de efectuar su venta, puesto que a él le pertenecen dichos signos distintivos, o bien efectuar un pacto de recompra al precio facturado por aquel-siempre que éste haya probado una diligencia normal y adecuada para efectuar dicha enajenación en el sector hotelero-. Hasta tanto, en su defecto, queda el recurso a la heretoreintegración a partir del principio general antes indicado de la buena fe al objeto de proteger la confianza inter-partes que se genera entre ambas partes integrantes de la relación contractual.

Finalmente, nos preguntamos si como consecuencia patrimonial de la extinción del contrato cabría-en analogía con el contrato de agencia, ex art. 28.1 y 3- la “indemnización por clientela” a la cadena hotelera gestora por parte del hotel gestionado si se hubiera incrementado el número de clientes o el volumen de operaciones con la clientela preexistente, siempre que el titular gestionado pueda seguir beneficiándose sustancialmente

de ello, una vez finalizada la relación contractual que les une y además resulte equitativa dicha indemnización por la existencia de pactos de limitación de competencia postcontractual, por las comisiones que pierda el gestor hotelero o por las circunstancias que concurran en supuestos concretos (art. 28 LCA). Es decir, cuando se haya pactado expresamente la cláusula de prohibición concurrencial al amparo del art. 20 de la Norma citada, donde resultará equitativo, *a priori*, concederle dicha indemnización. No obstante, esta compensación, salvo que se haya pactado contractualmente cláusula diferente a tal efecto, se halla limitada en su cuantía máxima, no pudiendo exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el gestor hotelero durante los últimos cinco años de duración- piénsese que nos encontramos ante un contrato con una duración media entre 15 y 20 años (ex art. 28.3 LCA)-. Se trataría, por tanto, de una “anualidad promediada” de comisiones.

5. CONCLUSIONES

Durante muchos años, el coste de mantener la propiedad de los hoteles era, permítannos la expresión, una “losa” demasiado pesada que restaba agilidad al tráfico económico, por lo que la solución pasaba bien por un sacrificio excesivo en su ansia de crecimiento y expansión, o bien, se optaba por implantar y hacer suyo el ejemplo de las grandes cadenas internacionales, defensoras de reducir el riesgo y de la gestión mediante una nueva estructura contractual, el *management agreement*, el cual que ha ido implantándose de forma sustancial en nuestro país a lo largo de los últimos diez años, de la mano de los operadores internacionales, como alternativa real y efectiva a los arrendamientos fijos hoteleros.

Hemos analizado, a lo largo del presente trabajo, su notable complejidad desde un punto de vista jurídico (en él se encuadran caracteres del contrato de comisión, de agencia, de franquicia...). Por ello planteamos que era necesaria y deseable una unificación de criterios en torno a este específico ámbito del

sector hotelero. A nuestro juicio, la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, lo regula -por primera vez- de forma insuficiente (art. 534-4) dejando abiertos muchos interrogantes, a los cuales se enfrentan a diario los profesionales del sector y en donde colisionan muy diferentes intereses sectoriales. En consecuencia, a la espera de su entrada en vigor, serán los operadores jurídicos los que en última instancia, deberán dar respuesta a las cuestiones que se circunscriben en torno a un contrato que ve incrementada, de forma notoria, su implantación en el nuevo escenario de la gestión turística actual.

6. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. Lozano Romeral, D/Sánchez Montero, A./ Enseñat Bilbao, B. (2012) "Naturaleza y estructura de los contratos de gestión en cadenas de hoteles" en Sebastian, S. (coord) , *Práctica mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2011 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 637-639.

-Alcover Garau, G. (2000) "Aproximación al contrato de gestión hotelera" *Revista de Derecho Mercantil*, 237, Civitas Thomson Reuters, Cizur menor, 1003-1005.

-Auriolés Martín, A., (2003), *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo*, Atelier, Barcelona, 60-63.

-Broseta Pont, M. /Martínez Sanz, F. (2015), *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 113-118.

-Gallego Sánchez, E. (2015), *Derecho de la empresa y del mercado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 45-50.

-García Brera, M.A. (2001), Reflexiones sobre la sustantividad del Derecho turístico en AA.VV *III Jornadas sobre Derecho y Turismo*, 9-13

-Gómez Segade, A. (1974), *El know how. Concepto y prestación*, Técnos, Barcelona, 158-159.

-Herrera Petrus, C. (2010), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 35-39.

-Martí Miravalls, J. (2008) "El contrato de *gérance-mandat*: aproximación a los contratos de gestión empresarial", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 21, 3-5.

-Martínez Cañellas, A. (2014) "El contrato de gestión hotelera", *Revista de Derecho de la UNED*, 14, Madrid, 829-861.

-Massaguer Fuentes, J. (1993), "Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico", *Derecho de la Propiedad Industrial. Jornadas sobre Derecho de la Propiedad Industrial*, 167-192.

-Montaner Montejano, J. (1991) *Estructura del mercado turístico*, Síntesis, Madrid, 25-33.

-Peinado García, J.L. (1996), *El contrato de comisión: cooperación y conflicto*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid 1996, 37-39.

-Pérez Moriones, A. (1998), *El contrato de gestión hotelera*, Tirant lo Blanch, Valencia, 67-69.