



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: María Teresa Otero Cobos

 <http://orcid.org/0000-0002-2121-9832>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es



MODALIDAD 3: TESIS REALIZADA BAJO ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD

RESUMEN

La explotación hotelera tiene su propia singularidad y autonomía dentro del sector turístico. En esta industria han surgido redes de cooperación de distinta intensidad, en la que destacan las cadenas hoteleras integradas. Éstas se caracterizan por la variedad de modelos de afiliación que pueden elegir las empresas hoteleras para formar parte de la cadena, entre los que destacan: el arrendamiento de empresa hotelera, la franquicia hotelera y la gestión hotelera. A la contratación en este ámbito no se le ha prestado la atención jurídica que merece, siendo estos negocios jurídicos atípicos en lo legal pero con un gran reconocimiento y tipicidad en el mercado al amparo de la costumbre.

La realidad demuestra que estamos ante instituciones eminentemente económicas que cobran sentido y eficacia si se plasman sobre una base jurídica. Ha sido el estudio de las distintas cláusulas que forman el contenido de estos contratos lo que nos ha permitido comprobar su relevancia para ordenar las relaciones, maximizar las ganancias y disminuir la exposición al conflicto y, por supuesto, establecer el reparto del control y riesgo del negocio. Así, según la figura jurídica elegida las partes deberán prestar especial atención en sus negociaciones a determinados pactos en virtud de la figura elegida. Finalmente el contrato suscrito permitirá identificar quién ejerce el control y cuáles son los riesgos que asume cada una de las partes.

CONCLUSIONES

- I. En el presente trabajo, hemos estudiado el reparto del control y riesgo en los contratos de explotación hotelera más utilizados. El contexto turístico en el que se suscriben hace inevitable que los cambios que se producen en ese medio influyan en los acuerdos. El impacto económico del turismo junto a otros factores del entorno, ya sean políticos, sociales o culturales, producen efectos sobre la organización, supervivencia, estabilidad y competitividad de las empresas del sector. Por ello, las empresas turísticas deben buscar herramientas adecuadas que garanticen la prestación de los servicios que ofrecen y cubran sus necesidades, así como también tengan la capacidad de dotar de soluciones a los conflictos y situaciones que surjan. En este contexto, el reparto de funciones, cargas y responsabilidades entre la propiedad y la gestión de la empresa, se aborda desde una pluralidad multiforme que permite economías de opción entre diversas figuras contractuales legal o consuetudinariamente tipificadas. Junto a estas, la atipicidad por segregación, yuxtaposición o alteración es igualmente posible.
- II. Entre los diferentes sujetos que intervienen en el mercado de productos y servicios turísticos, hemos centrado nuestra atención en los establecimientos hoteleros. Por tales entendemos aquellas empresas que desarrollan una actividad alojativa y prestan un servicio de hospedaje de manera habitual y profesional. Esta primera aproximación conceptual ya delimita el objeto de la investigación, pues nos interesa tanto el hotel como el bien inmueble cuanto el hotel como empresa, haz de contratos, que para ejercer su objeto precisa de un inmueble.

- III. Precisamente para la realización del objeto de la empresa hotelera requiere de un entramado de colaboraciones contractuales internas y externas con otras empresas del sector turístico. Entre esos colaboradores adquiere especial relevancia el titular de la explotación que puede ejercer su negocio directamente o mediante terceros. Este último supuesto se produce, generalmente, al afiliarse a una cadena hotelera, debiendo en tal caso elegir un sistema de gobierno.
- IV. La cadena hotelera es un grupo de empresas, jurídicamente autónomas que actúan de manera integrada y coordinada. En apariencia, forman un único ámbito organizativo, aunque no todas están sometidas a las mismas relaciones, ni la relación entre propiedad de la empresa y su gestión tiene en todos los casos la misma fisonomía. El sistema de alianza puede ser en propiedad o bien mediante cooperación contractual. Observamos la existencia de una sociedad matriz que es la que impulsará dicha cooperación, aunque no existe una relación jerárquica estricta. Esto es así debido a que la matriz no siempre va a tener el control absoluto, como ocurre en la franquicia o en la gestión. Son relaciones en las que, en la práctica, la subordinación entre empresas puede modularse, siempre teniendo en cuenta la posición hegemónica que posee la cadena hotelera, en relación a su propio know how y a las economías de escala.
- V. El mercado hotelero ha sufrido una evolución, respecto al contrato de sociedad, con limitación o no de responsabilidad. Los modelos que se emplean son atípicos en lo legal pero con gran reconocimiento y tipicidad en el mercado al amparo de la costumbre. Por ello, una industria con sesgo internacional, debe llevar aparejada un cuerpo legal autónomo con suficiente capacidad para desarrollar normas que amparen y doten de seguridad jurídica al creciente número de empresas. Es necesario evitar una normativa que adolezca de dispersión e inconcreción, bien por conflictos competenciales, por tener que acudir al empleo de la analogía legis dada la afinidad con figuras como la agencia, el mandato o la compraventa, por deficiencias en la transposición de normas comunitarias o bien, por carencia absoluta de texto jurídico que las proteja.
- VI. Cada uno de los sistemas de explotación posee sus propias características. En la gestión directa el propietario tiene un control absoluto sobre el devenir del negocio y asume todos los riesgos. Esta elección permite encontrar socios (partners), proveedores de capital o inversores, para suplir las insuficiencias económicas y así el propietario afrontar la gestión. Por otro lado, el propietario puede acudir a un tercero para la explotación del hotel, a través de un contrato de gestión o de arrendamiento de empresa, o valerse de la ayuda de un modelo hotelero ya existente, mediante la figura de la franquicia. En ningún caso podemos hablar de un sistema más efectivo que otro, las partes son las que decidirán cuál les interesa más y qué reparto del control y el riesgo desean asumir.

- VII. El arrendamiento de empresa se convierte en un contrato conservador, en el que el arrendador no desea asumir ningún riesgo de la gestión del negocio, pero sí una rentabilidad por su transmisión. Suele confundirse con el arrendamiento de inmueble hotelero, habiendo establecido la jurisprudencia criterios para conocer cuando estamos ante una y otra figura. Así la menor duración, la posibilidad de transmisión a terceros del contrato, la existencia de un precio fijo y el destino del local a una industria determinada, serán elementos propios del arrendamiento de local de negocio. Una de las cuestiones que se plantean en la práctica para diferenciarlos es si hay preexistencia del negocio hotelero que se pretende arrendar. Consideramos que, en contra del criterio de algunos, aun no existiendo un negocio previo sí podríamos estar ante un arrendamiento de empresa hotelera, con algunas diferencias, principalmente las relativas a la transmisión de la clientela. El arrendador transmite al arrendatario una compleja organización productiva, que a pesar de no haber iniciado la actividad constituye un negocio, y no únicamente un inmueble. Llegada la resolución del arrendamiento se devolverá un negocio hotelero en funcionamiento, operando las indemnizaciones que hayan acordado.
- VIII. Sobre la base de esta, han surgido otras figuras contractuales como el leasing y el leaseback. La segunda ha alcanzado protagonismo en el sector, al permitir obtener mayor rentabilidad de los inmuebles que las cadenas hoteleras tenían en propiedad y mantener la explotación. Del mismo modo, se ha tendido a asimilar el arrendamiento de empresa con el resto de negocios que estudiamos. En nuestra opinión, la diferencia esencial radica en que en este contrato se produce un verdadero traslado de la posesión de la empresa y del inmueble, de ahí que, en muchos casos, sobre todo en sede de obligaciones, se aplique de manera supletoria el régimen de la compraventa de empresa.
- IX. El arrendador asume unas obligaciones bastante limitadas, orientadas principalmente al goce pacífico de la empresa. Incluida en esta obligación y teniendo en cuenta la transmisión que se produce junto a la empresa de las deudas de la actividad, así como de los créditos, hemos entendido que el arrendador debe asumir la posible insolvencia de los deudores. En caso de tener que solventar cualquier controversia que surja con posterioridad a la formalización del contrato, hemos asumido la solución dada por la LSC en los casos de aportación de empresa a la sociedad. Según la cual, el arrendador quedará obligado a sanear cualquier cambio que pueda afectar el correcto funcionamiento de la empresa.
- X. El arrendatario es el auténtico titular de la explotación durante el tiempo que dure el arrendamiento. A nuestro parecer, el principal inconveniente de esta modalidad será la finalización del contrato, puesto que habrá que restituirse la empresa tal y como se recibió, restituir las relaciones jurídicas, laborales y compromisos a su estado inicial y realizar las liquidaciones necesarias. De ahí, que consideremos de gran importancia la inclusión de un pacto de retransmisión.

- XI. El contrato de franquicia hotelera, un modelo de explotación eminentemente exportado de las cadenas hoteleras estadounidenses, con frecuencia, y a pesar de ser un contrato consensual y, por tanto, permitiendo la negociación entre las partes, tiene algunos aspectos que nos recuerdan a los contratos de adhesión. Esto es así porque suele ser un contrato rígido, por establecer un contenido básico de las relaciones entre las partes, sin permitir modificaciones relevantes y respondiendo, generalmente, a la necesidad de estandarizar todas las relaciones con los hoteles que pertenecen a la red de franquicias. Esta situación nos ha hecho plantearnos si el franquiciado posee un verdadero control sobre su empresa.
- XII. En la franquicia, se produce la cesión del derecho de explotación de un negocio hotelero, de ahí que cualquier decisión que adopte el franquiciado dentro del buen funcionamiento de la empresa tiene que ser acorde a los manuales y estrategias que le ha facilitado el franquiciador. Esta relación jurídica está impregnada por un marcado deseo de la cadena hotelera que franquicia de mantener el control operacional, reservándose una capacidad de inspección y centrándose en estrategias de maximización de la expansión de negocio y comercialización, sin adquirir activos inmobiliarios. En consecuencia, consideramos que no podemos hablar de una subordinación estricta entre el franquiciado y el franquiciador.
- XIII. Sin embargo, creemos que hay que incluir algunos matices. No nos podemos olvidar del papel tan importante que juega la licencia de marca y la transmisión del know how. El franquiciador asume la responsabilidad de garantizar que el negocio tenga un éxito constante, manteniendo unos niveles de calidad preestablecidos y en el mejor de los casos, incluso exponencial en el resto de establecimientos franquiciados o bajo otro régimen de explotación. Si bien es cierto, que esas acciones no se realizan de manera pormenorizada, ejerciendo un control sobre cada franquicia, sino globalmente para toda la compañía y valiéndose del fondo común, por lo que supone un esfuerzo y un riesgo mucho menor el que asume el franquiciador que el franquiciado. No es habitual incluir en los contratos una cifra estimada obligatoria de ventas o de ingresos, aunque resulta evidente que, si no opera la rentabilidad en el negocio, éste no tiene sentido que continúe. Por tanto, podríamos decir que en este contrato existe un control fáctico en la distancia por parte del franquiciador, con una mínima inversión, pero con la necesidad de vigilar los daños que puedan ocasionar la falta de cumplimiento de los estándares de la cadena. Sin lugar a dudas, podemos afirmar que los riesgos siempre van a ser más elevados para el franquiciado al ser el titular y gestionar directamente el negocio.
- XIV. Dentro de los acuerdos más comunes de esta modalidad, destaca una conducta anticompetitiva que debiera evitarse por ser una práctica colusoria, así ocurre con el pacto para la fijación de precios de venta de habitaciones. No es extraño que existan sugerencias o límites al precio que puede ofertar el franquiciado y así

conseguir homogeneizar la red. El problema radica en si se imponen unos precios mínimos o una cuantía exacta. En tales casos, teniendo en cuenta las normas antitrust y nuestra jurisprudencia, deberemos considerar nula esa cláusula.

- XV. En el contrato de gestión hotelera se produce un arrendamiento de servicios especial, en virtud del cual el empresario hotelero, con altos conocimientos en gestión hotelera administra, un hotel ajeno, por cuenta y riesgo de su titular y operándolo conforme a su know how, cediendo sus signos distintivos. Este se extinguirá según la voluntad de las partes debiéndose abonar una contraprestación económica. Dado la multitud de acuerdos a los que deben llegar las partes se convierte en un negocio jurídico complejo que deberá revestir una unidad contractual.
- XVI. Las obligaciones que asumen las partes en el contrato de gestión tienen un carácter de medios por el tipo de relación que une a estas y la encomienda que realiza el titular al gestor, a través del inexcusable otorgamiento del poder de representación. Este último requisito es exclusivo de los contratos de gestión hotelera y está muy conectado con la independencia de los empresarios. Hemos demostrado, acudiendo a la doctrina y a la jurisprudencia que no existe equivalencia entre el gestor y el administrador de hecho, sus esferas están muy delimitadas, ciñéndose el primero a la gestión del hotel y el segundo a la sociedad. El conflicto nacerá generalmente cuando una sociedad es propietaria de un único hotel o bien, cuando dentro de las facultades conferidas en el poder, se le asignan unas que le deberían incumbir a la otra parte.
- XVII. Uno de los aspectos a los que habrá que prestar atención es a la información y estudios económicos-financieros previos, que condicionarán la aportación del presupuesto que debe realizar el titular del establecimiento. La función de gestión es una de las obligaciones que consideramos clave en este tipo de contrato junto al respeto a las instrucciones dadas por el titular, así como evitar toda obstrucción en el normal funcionamiento del hotel y la licencia de marca.
- XVIII. En relación a la licencia de marca, cuestionamos si lo correcto sería que operase una cesión de uso en lugar de una licencia. A esta afirmación hemos llegado por el hecho de que la cadena hotelera gestora, propietaria de la marca, no necesita licenciarla puesto que la va a explotar y ejercerá el control ella misma, no el propietario del hotel. La utilización de la licencia en estos casos consideramos que obedece más bien a un fin económico que a una motivación jurídica. Cabría contemplar una salvedad, cuando la titularidad de la marca se encuentre en manos de una entidad distinta a la cadena hotelera gestora.
- XIX. Dentro del programa de acuerdos, existen cláusulas comunes a los tres contratos, características de la explotación hotelera. Una de ellas responde a la intención de garantizar la independencia de los empresarios. En nuestra opinión, resulta relevante que si existe tal interés es fundamental que se preocupen por evitar

cualquier acción que pueda llevar a confusión frente a terceros. En muchas ocasiones, sus actuaciones denotan cierta dependencia, como hemos podido analizar en las relaciones precontractuales con el huésped o la contratación con proveedores que realiza la cadena hotelera para abaratar costes. Además, este objetivo confronta con aquella situación en la que la cadena hotelera forma parte del capital social de la sociedad propietaria del negocio, aunque sea minoritaria. Nuestro criterio, en tal caso, es decantarnos por entender que existiría un único empresario y, por tanto, una gestión directa del hotel, es decir, a pesar de haberse suscrito un contrato de gestión, arrendamiento o franquicia, en puridad no se da el principal presupuesto ya que se produce una gestión de negocio propio. Se asemejaría a la delegación y encomienda en el socio cualificado y con experiencia en la industria turística para que gestione el negocio hotelero, pero no podríamos hablar de contrato de gestión hotelera.

- XX. Otra cláusula relevante es el establecimiento de limitaciones expresas a la cesión del contrato de explotación. Cuando no se haya previsto nada al respecto, habrá que acudir a las normas generales, que van a ser siempre más restrictivas para la parte que insta la cesión, por tener que recabar el consentimiento del cedido y el cedente. Podemos identificar distintos grados de cesión que configurarán la esencialidad o no de recabar el consentimiento de las partes y por tanto, la posibilidad de resolver el contrato en caso de que no se obtenga este. Nuestra conclusión en este asunto va orientada a que cuando se produce una modificación sustancial de la entidad gestora, que impida mantener los acuerdos alcanzados y modifique la llevanza del establecimiento, cabrá la resolución del contrato. Sin embargo, si únicamente se produce un cambio entre las sociedades de la cadena o de titularidad sin implicar modificación de la marca o de la confianza depositada en la misma, cabría recabar el consentimiento, pero no conllevaría la resolución automática del contrato. Junto a estas alteraciones en los sujetos obligados, destaca la no injerencia de terceros durante la pervivencia del contrato. Es importante que el titular del hotel asuma el compromiso de evitar cualquier perjuicio que un tercero pueda ocasionar, como por ejemplo la resolución del contrato de arrendamiento del inmueble, la venta de este o los efectos que pueden alcanzar los conflictos entre los socios de la sociedad titular del hotel.
- XXI. Es frecuente encontrar una referencia a la prohibición de competencia, delimitando una zona geográfica o bien, impidiendo la adhesión a cualquier otro sistema que no sea el pactado con la cadena hotelera. Hemos observado que existe un concepto bastante amplio de quién puede considerarse competencia, extendiéndose incluso a los intereses que puedan ostentar los accionistas o si son propietarios residuales también de otras marcas hoteleras. Lo adecuado, tal y como hemos estudiado, sería además establecer unas características concretas del hotel que no se desea que se implante en esa zona. En los supuestos en los que se permite o el hotel existía antes del contrato, hemos comprobado que cobrarán protagonismo las labores de inspección y control que ejerza el empresario, para supervisar el nivel de desempeño de la cadena hotelera.

- XXII. La siguiente clausula común, responde a un mandato legal. Así, algunas de las normas autonómicas exigen la suscripción de un seguro de responsabilidad civil a los prestadores de alojamiento, aunque nos ha resultado llamativo que no todas hagan esa mención expresa, teniendo en cuenta el riesgo que supone para el funcionamiento de la empresa. A pesar de ello, las partes sí son conscientes de la necesidad de ofrecer tal garantía y, normalmente, incorporan la obligación de contratar dicho seguro detallando el alcance de la cobertura, los sujetos obligados y beneficiarios, así como el pago de la prima. En el contrato de gestión hotelera, el tomador y beneficiario será el titular del establecimiento. Lo mismo ocurrirá en la franquicia, aunque excepcionalmente pueda ser el franquiciador el tomador por razones de oportunidad. En el arrendamiento de empresa, el tomador y asegurado será el arrendatario.
- XXIII. Dentro de los distintos seguros, destaca en la industria hotelera el relativo al lucro cesante. Garantizar la pérdida del rendimiento económico del hotel que hubiera podido obtenerse de no haber acaecido el acontecimiento dañoso, resulta fundamental en este tipo de actividad. El principal problema de este seguro es cuantificar la expectativa de ganancia. Para ello, hemos entendido que la manera correcta de calcular el valor de la pérdida de beneficios sería teniendo en cuenta el porcentaje de ocupación que se preveía para el periodo de tiempo interrumpido y la cancelación de las reservas ya formalizadas. Esta protección se traduce en una indemnización diaria o mensual hasta que vuelva al funcionamiento normal y permitiendo además el abono de honorarios a la cadena hotelera.
- XXIV. Las obligaciones contenidas en los contratos que estudiamos se caracterizan por su onerosidad, por eso es habitual incluir un régimen de remuneración. Generalmente estamos ante cuantías variables que dependen del resultado de la explotación del hotel y de las inversiones que hayan tenido que realizar (CapEx). En el arrendamiento de empresa, la retribución consistirá en un importe fijo y otro variable, dependiente de los beneficios de explotación. En la franquicia, debe abonarse un canon de entrada (application fee), correspondiente a un importe fijo por habitación junto a un porcentaje de los ingresos obtenidos. En la gestión, el precio consiste en un porcentaje del beneficio bruto de explotación (GOP). Tanto en la franquicia como en la gestión existen pagos accesorios que responden al abono de honorarios por otros conceptos como la licencia de marca, la gestión de reservas, comercialización...
- XXV. Junto a la onerosidad, otra característica común es que estamos ante contratos de duración determinada. A lo largo de los años esta duración ha ido disminuyendo, alcanzando en la actualidad entre los 10 y 15 años, incluyendo prórrogas por periodos más breves. Debido a la necesaria adaptación al dinámico mercado turístico, las partes deben ser flexibles y prever un acuerdo que les permita realizar revisiones periódicas. Normalmente, la duración del contrato está vinculada a las

previsiones económicas de recuperación de las inversiones realizadas. Así como al cumplimiento de objetivos que las partes estimen alcanzar para que el negocio sea rentable. El término del contrato produce la liquidación o ajuste del negocio con el fin de equilibrar la situación de ambas partes.

- XXVI. Además del transcurso del tiempo pactado, existen otras causas para la resolución del contrato, junto a las contempladas en las normas de Derecho común, a las que expresamente se hace referencia en el contrato. Estas desencadenarán deberes de indemnización en la mayoría de los casos, siendo más difícil imponer la exigencia de cumplimiento de la obligación en sus propios términos, debido al personalismo y la confianza que hay depositada en este tipo de relaciones. Aunque existe gran variedad de causas, algunas que podemos mencionar son, por ejemplo, aquellas que producen automáticamente la frustración del contrato o un perjuicio agravado a una de las partes. Así sucede cuando la ejecución de la prestación deviene imposible, generalmente por falta de adecuación del inmueble al servicio hotelero. O cuando se resuelve de manera anticipada el contrato sin el suficiente preaviso con la consecuente paralización de la actividad del hotel. No obstante, como resultado de nuestras investigaciones, sí hemos considerado oportuno profundizar en algunas situaciones.
- XXVII. En línea con los vaivenes económicos, cobra protagonismo el castigo por la mala llevanza del negocio hotelero. La caída de rentabilidad es una causa, previamente acordada sobre la base de un plan de negocio que si se incumple produciría la resolución contractual. La dificultad la encontramos en atribuir la responsabilidad de esa caída a la falta de diligencia de la entidad explotadora, por la complejidad de determinar qué debe entenderse por diligencia debida. Nosotros creemos que, aunque en otros momentos de nuestro estudio hemos evitado la comparativa, esa diligencia debe ser equiparable a la que se le exige a un administrador de una sociedad de capital. Esta dificultad ha provocado que nazca un derecho de cura, como una nueva oportunidad para el mal gestor. La cura consistirá en que la cadena hotelera asuma la pérdida o bien, la reducción de los honorarios pactados en el mismo importe de la pérdida financiera.
- XXVIII. Otro motivo habitual es la resolución del contrato por la declaración del concurso de una de las partes, a pesar de generar un conflicto con el principio de vigencia de los contratos regulado en la norma concursal. En aras de garantizar la continuidad de la empresa, el contrato no se podrá resolver y la cláusula se tendrá por no puesta, salvo, entendemos, que haya habido algún incumplimiento del concursado o el juzgador lo acuerde en interés del concurso. No obstante, el estudio de otras normas afines nos ha llevado a sopesar la conveniencia de romper con el principio y permitir la resolución, para evitar consecuencias más gravosas como una posible contaminación a la otra parte, que el grupo hotelero tenga que soportar un perjuicio asumiendo el pago a los acreedores o la compra de la unidad productiva o una perpetuidad de las relaciones que llegue a ser insostenible.

- XXIX. Una cláusula común, pero que su cabida es cuestionable en los contratos de explotación, es la indemnización por clientela. Nuestra opinión, aunque las partes pueden incluirla, es que no tiene justificación en este tipo de contratos, con independencia de la modalidad que elijamos. La principal razón es que indirectamente en la retribución se está compensando esa posible clientela, tanto desde el punto de vista del propietario porque disfruta de un know how y una marca, como de la cadena hotelera porque uno de los principales objetivos que se persigue en el negocio hotelero es la captación de clientes y por ello se le compensa, recordemos los honorarios por ocupación.
- XXX. Por último, las partes deben considerar la conveniencia de estipular una cláusula penal específica para el caso de incumplimiento de cualquier obligación o de alguna concreta. Esto es acordar una indemnización por las consecuencias que ocasiona la ruptura de las relaciones para la parte cumplidora, tanto por la pérdida económica y falta de amortización de gastos como por lo que ha dejado de ganar. Este resarcimiento podrá operar siempre que se respeten las reglas de proporcionalidad y equidad, lo adecuado es tomar como referencia el tiempo que reste de contrato o, en caso de que sea excesivo, un periodo de no más de 2 años.
- XXXI. Una vez analizado el contenido y características de los contratos de explotación y la imputación de responsabilidad contractual, surgen otro tipo de conflictos frente a terceros generadores de responsabilidad extracontractual. En la actividad hotelera, estamos ante una responsabilidad por culpa. La controversia nace a la hora de determinar quién debe responder, si el explotador o el titular del hotel. Atendiendo a la naturaleza del contrato, en el caso de la gestión hotelera, cuando la cadena actúe en nombre del principal, el tercero perjudicado deberá dirigirse contra el titular de la explotación. En cuanto a la responsabilidad indirecta, ex art. 1903, 4ª CC, aun no existiendo una relación jerárquica estricta, sí existe un derecho de control por parte del titular y un deber de rendir cuentas de la cadena hotelera que justifican, la aplicación de dicho precepto, y en consecuencia, el perjudicado puede ejercitar acciones indistintamente contra uno u otro o contra ambos. En todo caso, el titular podrá repetir contra la cadena, en aras de evitar cualquier tipo de indefensión. Respecto al arrendamiento de empresa, el arrendatario responderá frente al daño que haya podido ocasionar su actividad, debido a que ha sucedido en la posición al arrendador. Sin perjuicio, de la posible responsabilidad subsidiaria del segundo en los contratos suscritos con anterioridad al de arrendamiento. En relación a la franquicia hotelera, cada una de las partes responde por los daños causados en su esfera de actividad. Si el perjuicio ha sido originado por los servicios centralizados, responderá el franquiciador y si es por los servicios del hotel, el franquiciado. Este reparto de responsabilidad no impide que en la práctica exista riesgo de apariencia de unidad de empresa y el perjudicado se dirija contra ambas.

- XXXII. Existen distinta clase de terceros que pueden verse afectados por un daño. Por un lado, nos encontramos con los huéspedes o clientes, son los consumidores que van a disfrutar de los servicios del hotel. Cuando se produce algún tipo de responsabilidad por defectos en la prestación del servicio o daño a la integridad del viajero o a sus bienes, el responsable será el titular de la empresa hotelera. En nuestra opinión, en el supuesto de paquetes dinámicos o viajes combinados, la central de reservas de la cadena hotelera, como organizadora, responderá exclusivamente del cumplimiento de las obligaciones incluidas en el negocio jurídico suscrito con el consumidor.
- XXXIII. Otro grupo relevante de terceros son los visitantes. Estos no son usuarios de servicios turísticos, por tanto, no pueden verse protegidos por las normas de consumidores. Ni siquiera debe tener cabida la extensión de la condición de consumidor si van acompañando a un cliente del hotel, únicamente cuando se produzca un uso efectivo de los servicios del hotel. Una excepción a este criterio será el perjuicio producido en las dependencias del hotel por falta de cumplimiento del deber diligencia al ser un establecimiento abierto al público.
- XXXIV. Las empresas externas contratadas por el establecimiento también pueden ocasionar un perjuicio a estos terceros. En tales casos, hemos diferenciado dos clases de empresas, aquellas que realizan servicios vinculados directamente al de alojamiento, si surge un daño sería imputable tanto a la empresa como al titular del establecimiento; y aquellas que prestan servicios en las dependencias hoteleras, en las que operará la responsabilidad de la empresa y subsidiariamente la del titular del establecimiento. No obstante, si estamos ante un servicio en el que la empresa hotelera exclusivamente cede un espacio o actúa como intermediaria de una actividad que se desarrolla fuera del establecimiento, entendemos que no cabrá imputar responsabilidad al titular.
- XXXV. Todo lo estudiado permite asignar un determinado nivel de control y riesgo a cada modelo en base al cual el propietario del hotel elige. En el modelo de arrendamiento de empresa, el arrendatario asume todo el control junto a los riesgos que conlleve su gestión obligándose en nombre propio. El arrendador ostenta una posición ajena al negocio, centrada su responsabilidad en las reparaciones necesarias y en los aspectos vinculados al inmueble del hotel. No obstante, en aquellos contratos en los que el alquiler pactado sea variable, el arrendador va a asumir cierto riesgo, proporcional a la renta que dependa de los beneficios del negocio.
- XXXVI. En el modelo de gestión hotelera, no existe una bilateralidad plena de obligaciones y derechos, ni una subordinación del gestor al titular. El propietario debe respetar las directrices de la cadena hotelera, aunque guarda cierto control al ostentar dos capacidades clave: la aprobación del presupuesto y su derecho de supervisión de la gestión. Asume todos los riesgos, debiendo depositar su confianza en la cadena hotelera que gestiona por cuenta ajena, aunque evita el riesgo de la falta de

cualificación, comercialización y de ausencia en el negocio de la cadena hotelera. Debido al sistema de retribución, ambos asumen el riesgo de los cambios en el mercado turístico. Todo ello debe ir en conexión a los pactos contenidos en el contrato relacionados con la injerencia de terceros, competencia, representación u objetivos de rentabilidad a alcanzar, entre otros, y que influirán en el reparto de los riesgos entre las partes.

XXXVII. En el modelo de franquicia hotelera, existe un reparto del control limitado, puesto que el franquiciado es responsable de la explotación del hotel pero atendiendo a los manuales e indicaciones de la franquiciadora y permitiendo que esta supervise su gestión. Sin embargo, en ocasiones podrá tener mayor control que en el contrato de gestión, según los servicios que se hayan incluido en el contrato de franquicia; tendrá control absoluto sobre los que no se hayan contratado y se beneficia, además, de la incapacidad de la franquiciadora de ejercer un control efectivo sobre todos los hoteles de la red. Los riesgos atañen principalmente al propietario que también disfruta del uso de la marca de la cadena hotelera. Igualmente, el franquiciador asumirá el riesgo de la falta de capacidad y ajuste a los manuales en la gestión del franquiciado.

XXXVIII. Los contratos de explotación hotelera sientan las bases del posterior éxito de la empresa hotelera. Dentro de la contratación mercantil, su regulación es necesaria, ya que generalmente las relaciones entre el titular del hotel y el explotador son complejas, por la preeminencia que posee la cadena hotelera. Las normas proyectadas en la PCM, son insuficientes, sin sustantividad propia. Las partes, dentro de su autonomía, deben realizar una labor previa de examen de los riesgos de la operación y el control que desean ejercer sobre el negocio, a la que le sigue el diseño de una estrategia de reparto que afectará al resultado económico de este. La graduación del control y el riesgo permite añadir especialidades en cada tipo contractual, debiendo observar la suficiente claridad, previsión e intereses para evitar controversias. La importancia y dinamismo del turismo en el mercado, impone nuevos retos a los que las partes podrán hacer frente si sus relaciones están ordenadas.