



Munich Personal RePEc Archive

Hotel franchising

Mayorga-Toledano, María Cruz

Universidad de Málaga

May 2014

Online at <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/70746/>
MPRA Paper No. 70746, posted 15 Apr 2016 08:14 UTC

LA FRANQUICIA HOTELERA

María Cruz Mayorga Toledano
Acreditada al Cuerpo de Titulares de Universidad
Universidad de Málaga

Abstract

The aim of this paper is the analysis of hotel management by means of hotel franchising contracts under the Spanish normative regulation. The study is carried out considering the scope of hotel chains and includes a comparative analysis of alternative hotel management contracts. A detailed analysis of the strengths and weaknesses of these contracts is presented for this purpose.

Keywords: Franchising contract, hotel management, Spanish regulation, hotel chains

Resumen

En este artículo se realiza un análisis de la gestión hotelera mediante el contrato de franquicia bajo la normativa española. El estudio se afronta bajo la perspectiva de las cadenas hoteleras, comparando y confrontando la franquicia hotelera con el contrato de gestión hotelera. Se analizan los puntos débiles y fuertes de ambos contratos desde el punto de vista jurídico.

Palabras clave: Contrato de franquicia, gestión hotelera, normativa española, cadenas hoteleras

I. Introducción.

Son diversos los factores que influyen en la elección del modelo de explotación de los establecimientos hoteleros (propietario, arrendamiento, gestión hotelera, franquicia). Los cambios operados en el mercado hotelero y la creciente competitividad en el sector han provocado la necesidad de acudir a alianzas estratégicas bien con cadenas internacionales o nacionales o bien mediante la asociación de hoteleros independientes. En cualquiera de los casos, la integración tiene como objetivo acceder u operar bajo una marca consolidada, en tanto bien inmaterial que cada vez cobra mayor importancia en la venta de este servicio turístico; beneficiarse de una central de reservas potente, así como de canales y estrategias de comercialización y, por último reducir los costes mediante el establecimiento de centrales de compra. En esencia, la competitividad en el mercado hotelero se basa necesariamente en la afiliación a una marca fuerte. En esta tesitura, la alianza de un hotel local con una cadena internacional le reportará en consecuencia, la internacionalización del hotel mediante el acceso directo a un mercado concreto y mayor: la clientela extranjera.

Así pues, el sector hotelero ha sufrido cambios de orientación sensibles, adoptando formas de gestión en los que tienen especial relevancia y peso los acuerdos de cooperación entre empresas y que no afectan a la propiedad del establecimiento. Por ello, actualmente las cadenas optan por centrarse en el negocio de gestión, desvinculándose de la propiedad y desinvirtiendo en inmuebles. Los grupos hoteleros están imponiendo patrones de afiliación por el menor riesgo e inversión que demandas frente a otros modelos que exigen mayor capital e implican mayor riesgo. Se está produciendo, por tanto, una separación clara entre la propiedad y la gestión hotelera, de tal manera que los propietarios que no quieren renunciar a la gestión directa de su establecimiento hotelero se organizan para formas cadenas de hoteles independientes; en caso contrario la opción es ceder dicha función a cadenas centradas en la gestión de hoteles.

Las últimas encuestas del sector arrojan un cambio en la fórmula de la industria hotelera en nuestro país. Si bien es cierto que la fórmula mayoritaria sigue siendo el arrendamiento

hotelero, la crisis ha modificado el desarrollo de este sector, influido por la falta de liquidez y por la depreciación de los activos. Así, los contratos de arrendamiento variable se han venido estos últimos años renegociando a la baja en virtud de los resultados obtenidos, lo que ha generado su reducción en beneficio de otras fórmulas de gestión. En este sentido, los contratos de gestión hotelera y de franquicia han experimentado un destacable incremento, aunque no suponen la opción mayoritaria como en otros países (en Estados Unidos, aproximadamente el 70% de los hoteles opera bajo un acuerdo de franquicia). En relación al impacto del contrato de franquicia en nuestro país, ha sido el modelo utilizado actualmente para la penetración en nuestro mercado de las grandes cadenas hoteleras extranjeras. Y si bien la franquicia implica la gestión directa por parte del franquiciado, resulta preciso matizar que, ante todo, se debe realizar dicha función de acuerdo con las directrices y el modelo de negocio del franquiciador (cuya cesión es objeto del contrato), quien ejerce así, cierto control del establecimiento franquiciado adherido a la cadena; no olvidemos que la marca del franquiciador es símbolo de identidad y reputación de la cadena, por lo que constituye garantía de calidad del servicio prestado al cliente. Por otro lado, debemos tener en cuenta un nuevo fenómeno como son los operadores de marca blanca, que no son sino gestores de hotel profesionales que firman contratos de franquicias con marcas extranjeras, de tal manera que si un propietario independiente quiere acceder a una marca internacional puede ceder la gestión a uno de estos operadores quien posteriormente firmará un acuerdo de franquicia con la cadena seleccionada.

No obstante, las características y configuración del contrato de franquicia condicionan la aplicación a segmentos concretos de este negocio. Así, se debe tener en cuenta que la rentabilidad de este modelo de gestión dependerá de que el incremento de los ingresos generados por efecto de la franquicia superen suficientemente los costes añadidos por este contrato (cánones y otros conceptos) y los derivados de la adecuación del establecimiento a los estándares de calidad requeridos por el franquiciador y propios de la marca cedida. Actualmente, las marcas internacionales se decantan por seleccionar principalmente establecimientos hoteleros en grandes destinos urbanos, con una capacidad de alojamiento superior a las doscientas habitaciones y ubicados en la periferia de esas áreas metropolitanas. Ello se debe a que se centran fundamentalmente en el mercado MICE (Meetings, Incentives, Congresses and Exhibitions, es decir, el segmento centrado en viajes vinculados a la realización de actividades laborales, profesionales o asociativas como conferencias, congresos, viajes de trabajo, exposiciones, ferias y también viajes de incentivo), dado que estas cadenas controlan los flujos de reserva a nivel internacional. No en vano, actualmente los hoteles tienden a una mayor especialización para alinearse con los gustos y necesidades de los distintos nichos de mercado: establecimientos temáticos, hoteles boutique, rurales, congresos y convenciones, con ofertas adicionales como deportiva, gastronómica, salud y spa, etc.

II. Régimen jurídico de la franquicia.

El marco jurídico básico del contrato de franquicia y, por ende, del contrato de franquicia hotelera está lógica y directamente relacionado con alguna de sus rasgos o caracteres contractuales. Así, se trata de un contrato atípico, complejo, de distribución y de colaboración empresarial. Se trata pues, de un contrato carente de regulación específica, sí encuentra una definición legal en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio minorista (artículo 62). Esta regulación se encuentra completada por el RD 201/2010, de 26 de febrero, que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores. Sin embargo, respecto del contenido del contrato, categorizado dentro de los llamados contratos de distribución, ha tenido varios proyectos de regulación destacables: el abandonado Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, que en la legislatura anterior llegó a ser publicado en el BOCG, núm. 138, de 29 de junio de 2011 y la propuesta de Código Mercantil de 2013 (a todos los efectos, ver STS de 9 de marzo de 2009), que se ha convertido en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 y que ha eliminado los contratos de distribución de su articulado.

Por otro lado, el contrato de franquicia y, en concreto, la hotelera es una modalidad de franquicia de servicios centrada en la cesión de un modelo de empresa y de colaboración, que precisa en la construcción de su contenido de la combinación de ciertos elementos originarios de otros contratos, aunque ordenados y organizados para la consecución de su objetivo de consolidación y expansión de la cadena o red de distribución: compraventa, arrendamiento, licencias de propiedad industrial e incluso otros contratos de colaboración como el de agencia. Es por ello que las normas relativas a estas figuras en el Código de comercio, Leyes mercantiles especiales y Código civil, se tornan necesariamente aplicables a este contrato (STS de 27 de septiembre de 1996), amén de la Ley de Condiciones Generales de la contratación, en tanto que es un contrato de adhesión.

Respecto al impacto de este modelo empresarial en el mercado y, en concreto en relación con las normas de Derecho de la competencia, hemos de afirmar que la creación de este tipo de redes contractuales siempre ha sido sometida a vigilancia y regulación por parte de las autoridades comunitarias y nacionales, debido a las posibles restricciones que su desarrollo puede producir en el mercado. Así, es de aplicación a los contratos de franquicia el Reglamento (UE) núm. 330/2010, de 20 de abril, sobre la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007, a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

En el ámbito de la franquicia y máxime cuando se trata de un contrato en el que interviene un elemento internacional también nos enfrentamos a la constatación de una exigua regulación de los mismos. El principal problema que plantea este contrato en el ámbito internacional es el de la detección de las normas o códigos aplicables, puesto que son contratos internacionales, como el contrato de máster franquicia, contrato entre franquiciador extranjero y franquiciado principal local y el contrato de franquicia directa, en el que el franquiciador extranjero suscribe el contrato sin intermediario con los franquiciados locales. En estos supuestos, la norma aplicable cuenta en el ámbito europeo con el Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Este Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en los casos o situaciones que implique un conflicto de leyes. Para el caso concreto de la franquicia, el artículo 4, e) determina que el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual. Este nuevo criterio de determinación de la ley aplicable está en consonancia con las normativas internas que tratan de dar mayor protección a la parte considerada más débil de la relación contractual.

III. Noción y naturaleza del contrato de franquicia hotelera: encuadramiento tipológico.

Como punto de partida resulta necesario señalar y determinar el encuadramiento tipológico del contrato de franquicia hotelera. Si atendemos a la categoría genérica de contratos turísticos, entendemos que se adscribe indudablemente dentro de la misma por cuanto se trata de una figura negocial celebrada entre empresas turísticas y que tiene por objeto realizar servicios turísticos. No obstante, la cuestión nos lleva a profundizar y determinar si tiene entidad suficiente este contrato para constituir por sí mismo una categoría contractual propia y autónoma del contrato genérico o básico de franquicia. En este caso, debemos concluir que no presenta rasgos específicos propios y su régimen no se ve sustancialmente alterado por su objeto referido a un servicio turístico. En este sentido, no se trata sino del prototípico contrato de franquicia adaptado a este sector concreto de la industria turística, teniendo en cuenta que la estructura del contrato de franquicia permite su traslación y utilización en diversos sectores de la actividad económica sin tener que alterar sus elementos esenciales y caracterizadores, es decir, sin necesidad de sacrificar su estructura negocial básica.

Partiendo de esta premisa, la franquicia hotelera no es sino un contrato de franquicia, dentro de la categoría de contrato de distribución de servicios por el que una empresa hotelera (franquiciador), mediante la cesión de uso de los elementos que conforman su modelo de empresa van a crear o a reforzar una red estratégica; se trata de un sistema de adhesión específico a su cadena hotelera. Recordemos, siguiendo a RUIZ PERIS que la cadena hotelera en tanto red de distribución es una categoría de red empresarial de la que forman parte empresarios jurídicamente independientes, aunque económicamente vinculados e interdependientes, en la que todos los miembros contratan con el cabeza de red, el franquiciador, quien posee facultades de coordinación, dirección y control respecto a la actuación de éstos, para la comercialización de servicios de alojamiento hotelero.

Así pues, lo que resulta propio de la franquicia hotelera es la caracterización particular del modelo de empresa que se reproduce por parte de los franquiciados adheridos a la cadena mediante contratos bilaterales con el franquiciador. En consecuencia, los franquiciados son empresarios hoteleros que cuentan con un hotel en funcionamiento y que encaja con el sector concreto o tipología de clientela al que van dirigidos los servicios de alojamiento; de tal manera que ese modelo de negocio que se importa se pueda reproducir en idénticas condiciones a los efectos de alcanzar los objetivos o resultados económicos deducidos de la experiencia del franquiciador. La cadena hotelera conformada así, mediante contratos de franquicia en una red de distribución, se convierte en un sistema eficiente de colaboración empresarial en el que los distintos contratantes, en cuanto aportantes de factores de producción, se benefician de las sinergias de las economías de escala respecto de aquellos elementos cuya concentración lo permita. En definitiva, desde un punto de vista de estrategia comercial, la franquicia hotelera es un modelo que permite a un empresario expandir su mercado mediante la creación de una red de empresas independientes que les permite compartir signos distintivos, desarrollar métodos de negocios eficientes y establecer un sistema sólido de distribución y marketing. A esto debemos añadir que la internacionalización de la red es algo sustancial o propio de las redes de franquicia.

En este sentido, la franquicia hotelera es aquel contrato por el que un empresario -franquiciador-, a cambio de una contraprestación económica, cede a otro empresario -franquiciado- el uso de su modelo de empresa, experimentado previamente con éxito, para integrarlo en su red y colaborar conjuntamente en la distribución de los servicios hoteleros que conforman la actividad de la red. En consecuencia, el objeto del contrato es, por tanto, la cesión de un paquete de bienes materiales e inmateriales organizados que reproducen el modelo empresarial del franquiciador. Evidentemente el modelo de empresa en tanto conjunto de bienes organizados para desarrollar una actividad productiva, objeto del contrato de franquicia y como tal, puede asignársele la naturaleza de bien jurídico susceptible de valoración económica y apto para ser objeto de negocios jurídicos. Los componentes esenciales de ese paquete son: 1) la licencia de marcas y otros signos distintivos, 2) el *Know-how*, como conjunto de conocimientos prácticos y experimentados por el franquiciador, sometidos a constante actualización que deben ser secretos, sustanciales e identificados, 3) Derivado de la transmisión del *Know-how*, la formación, asistencia y control del franquiciado y su personal en el modelo y en las constantes adaptaciones que el franquiciador debe hacer del mismo para adecuarlo a los cambios del mercado.

Así pues, la entrada del franquiciador en la cadena hotelera le permitirá el acceso a plataformas tecnológicas avanzadas como la central de reservas, a sistemas centralizados de compras y a fórmulas específicas de publicidad y marketing. Por otro lado, el franquiciador, la cadena hotelera, tendrá la facultad de realizar inspecciones en los hoteles franquiciados para comprobar que los servicios que prestan estos últimos se ajustan a los estándares de calidad exigida por aquélla. Las obligaciones del franquiciado se centran fundamentalmente en abonar por determinados conceptos económicos las cantidades estipuladas en el contrato: canon de entrada, sobre ingresos, inclusión en la central de reservas, . . .

En orden a determinar su naturaleza, ya advertimos de su complejidad por integrar en un solo cuerpo contractual elementos propios de otros contratos, pero que en su conjunto forman una causa única que no es sino la reproducción de un modelo de empresa eficiente y con éxito. Está por tanto organizado para la distribución de servicios de acuerdo con técnicas y conocimientos desarrollados por el franquiciador. Respecto de sus características es siempre un contrato mercantil, tanto desde el punto de objetivo como subjetivo, (STJCE 3/7/1997 -asunto F. Benincasa- Dentalkit, S.A) pues se trata un contrato cuyo objeto es una actividad empresarial, suscrito además entre empresarios. Por otro lado, es atípico, nominado, autónomo, sinalagmático, bilateral y oneroso.

La franquicia hotelera debe diferenciarse de otros contratos que también integran al establecimiento en una cadena hotelera, ofreciéndoles algunas prestaciones parecidas, como puede ser el contrato de gestión hotelera. De tal manera que la gestión hotelera se puede ofertar como prestación única la gestión de intereses ajenos y bien, otras veces, puede ir acompañada de una simple afiliación a una marca de una cadena hotelera (ya que el gestor es una cadena hotelera) o bien estos operadores independientes suscriben posteriormente un acuerdo de franquicia con la cadena seleccionada. La diferencia fundamental se encuentra en que en la franquicia, el franquiciado gestiona y administra directamente el hotel, recibiendo del franquiciador formación y asistencia constantes. Es decir, se transmite un modelo de gestión y formación y conocimientos para que el franquiciado lo lleve a cabo directamente en el hotel. El franquiciado goza de libertad de gestión, que se presume conoce con suficiencia.

En el contrato de gestión hotelera, el titular de la explotación hotelera contrata a un empresario especializado en la gestión de hoteles, operador hotelero para que gestione y administre el hotel por cuenta del titular del mismo. Se trata en estos términos de un contrato de gestión de empresa, en el que el dueño delega en el operador las facultades necesarias para la gestión y administración del hotel, reservándose el primero la autorización y aprobación de ciertas operaciones como el presupuesto anual del hotel, de gastos elevados, de suscripción de contratos de endeudamiento, de contratación de personal con condiciones especiales, etc. En realidad, las grandes cadenas hoteleras recurren a estos dos modelos operativos por ser poco intensivos en capital; en todo caso, la elección dependerá de su valoración acerca de los países en los que se va a implantar pues deben evaluar el posible riesgo de que, con una gestión más autónoma como es la franquicia, no se alcancen los niveles de calidad asociados a la marca, lo que conlleve una posible pérdida de confianza por parte de la clientela; en cuyo caso optarán por la gestión hotelera o *management*. En definitiva, la disyuntiva se encuentra en si se conseguirá alcanzar con los establecimientos franquiciados, los estándares obtenidos con la gestión directa.

IV. Tratos preliminares.

Los tratos preliminares hacen referencia a una fase previa en la que las partes intercambian información y realizan negociaciones previas con la finalidad de culminarla con la efectiva suscripción del contrato. Esta fase resulta de especial trascendencia por los posibles efectos que puede tener sobre el contrato, si realmente se firma y por las indemnizaciones que puede generar si las negociaciones se interrumpen abruptamente y sin justificación. Las negociaciones previas a la firma del contrato generan en las partes unas expectativas que, de truncarse este proceso de forma injustificada, puede ocasionar daños indemnizables. La apreciación de responsabilidad precontractual, en todo caso, debe tener en cuenta la concurrencia necesaria de ciertos elementos esenciales como la madurez de la negociación y, por tanto, la confianza en el éxito de la misma, la ruptura injustificada, el daño ocasionado y la relación de causalidad entre la confianza y el daño ocasionado.

Por otro lado, la obligación de aportar de información con carácter previo a la firma del contrato de franquicia se ha convertido en uno de los requisitos presentes en la mayoría de

ordenamientos que regulan este contrato. Así, el RD 201/2010 impone este deber al franquiciador que debe cumplirlo con una antelación mínima de 20 días hábiles. La información resultará necesaria para que el franquiciado valore y analice la oferta y conforme válidamente su consentimiento. La información precontractual tiene la función de contribuir al consentimiento libre, formado e informado, es decir que quien la reciba pueda decidir con conocimiento de causa su aceptación del contrato y su incorporación a la red de franquicia. Así, esta norma de transparencia contractual hace una descripción de aquellos aspectos de información que deben aportarse (artículo 3 RD 201/2010), relativos al franquiciador, la red de franquicias, el objeto de la franquicia, el contenido del contrato, pero ignora aspectos importantes como revelar los estados de insolvencia del franquiciador en los últimos cinco años (resulta fundamental la situación patrimonial del franquiciador pues la declaración del concurso del mismo genera un deterioro fundamental de la marca, uno de los factores fundamentales de adhesión a la red de franquicia, ver SAP Barcelona 28/11/2012), los posibles procesos concursales de franquiciados y por encima de todo, la estipulación de un régimen específico sobre las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de este deber para el franquiciador.

Respecto a este incumplimiento, los tribunales parecen encontrar que la información verdaderamente relevante a efectos de nulidad del consentimiento es la relativa a los elementos esenciales del contrato, siendo más cautelosos en otros aspectos que han tenido un peso específico en la toma de decisiones, como son las inversiones iniciales y los posibles beneficios que se prevén. En relación con estas últimas, el propio artículo 3 del RD 201/2010, no las incluye como obligatorias en la información precontractual, aunque en caso de ofrecerse y alineado con el impacto que puede tener en la decisión del franquiciado, deben estar basadas en experiencias o estudios suficientemente fundamentados. En otras palabras, parece que la norma entiende que las estimaciones de ganancia reúnen la característica de la esencialidad como requisito necesario para observar un error invalidante por incumplimiento del deber de información precontractual, (artículo 1266 CC): la información relativa a este punto debe ser veraz y no engañosa y justificada, no es una obligación de resultado. Así pues, en la ponderación de esta información como error excusable los escasos pronunciamientos de los tribunales imponen límites y diferenciaciones claras. En este sentido, la STS 27/2/2012 y la SAP Valencia 25/6/2013 tienen presente que la experiencia previa del franquiciado en el sector profesional de la franquicia, algo habitual en el sector hotelero, deben ser tenidas muy en cuenta en la ponderación de dicho error. Por otro lado, la STS 30/7/2012, matiza la efectividad de dicha información por cuanto no refleja un resultado incuestionable sino que se verá afectado por ejecución real del negocio. De esta manera, entiende que no se puede identificar sin más el lucro cesante con las expectativas de ganancia precontractuales, en caso de resolución del contrato a instancias del franquiciado por incumplimiento del franquiciador. Defiende el Tribunal que el lucro cesante hace referencia a futuras pérdidas previsibles o probables, dejadas de obtener y no exclusivamente imputables a quien incumplió el contrato. Así, el lucro cesante debe ser probado con criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta el curso normal de los hechos y las circunstancias acaecidas, luego no puede incluir eventos de futuro no acreditados. El lucro cesante debe tenerse en cuenta a partir de una ponderación razonable de la probabilidad de que estas ganancias habrían tenido lugar. En otras palabras, el contraste entre las expectativas de ganancia y el lucro cesante nos sitúa en un plano en el que las previsiones precontractuales, en tanto que expectativas, deben basarse en experiencias previas o estudios fundamentados pero no son cifras exactas toda vez que están sometidas a variables, muchas inciertas o desconocidas, que impiden que se conviertan en un resultado exigible, ni mucho menos por tanto, identificarse plenamente con el posible lucro cesante.

Por otra parte, el franquiciador tiene la posibilidad de exigir al franquiciado que observe un deber de confidencialidad respecto de la información facilitada. Esta potestad del franquiciador que se enmarcaba, obviamente, dentro del principio de libertad de pacto consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, se consideró necesaria su reiteración por parte del legislador en el artículo 4 del RD 201/2010, donde se contempla en idénticas condiciones.

Por último, dentro de las posibles obligaciones de las partes en esta fase momento, cabe citar la obligación del franquiciador de inscribirse en el Registro de Franquiciadores correspondiente (nacional o autonómico), aunque la información requerida puede ser notificada en el plazo de tres meses desde el inicio de la actividad (artículos 5 a 12 del RD 201/2010). No obstante, por su configuración y efectos, este Registro tiene un alcance muy limitado respecto de la protección del franquiciado (SAP Madrid 30/12/2010, en tanto que la norma no contiene sanción de nulidad del contrato por el hecho de no estar inscrito el franquiciador en el Registro), si ese es su objetivo.

V. Contenido del contrato.

Los derechos y obligaciones que entraña para las partes la suscripción del contrato conforman el contenido del contrato. Ello incluye los elementos esenciales del contrato como aquellas cláusulas que suelen estar presentes en los contratos de franquicia pero que no son parte de su núcleo esencial.

1. Los signos distintivos.

La premisa básica respecto a este elemento esencial del contrato es la disponibilidad por parte del franquiciador de los signos distintivos que va a ceder como parte de este contrato, conforme a lo establecido para el contrato de arrendamiento en el artículo 1554.3 CC: "A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato." Esta obligación resulta de una importancia tal que su incumplimiento, es decir que la falta de legitimación jurídica del franquiciador para evitar en el territorio descrito en el contrato el uso por terceros no autorizados, implica la nulidad del contrato por falta de objeto.

Así, el propio artículo 3 del RD 201/2010, determina como parte de la información precontractual que el franquiciador debe dar al franquiciado es precisamente "la acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora, y de los eventuales recursos judiciales interpuestos que puedan afectar a la titularidad o al uso de la marca, si los hubiere, con expresión, en todo caso, de la duración de la licencia". En definitiva, se impone al franquiciador la obligación de garantizar al franquiciado el uso pacífico de estos signos distintivos por ser titular registral, conforme al artículo 34 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas; (idénticas facultades asisten a los solicitantes de marca -artículo 38 LM- SAP Barcelona de 10/5/2000 y SAP Madrid 17/9/2010 ó a los usuarios extra-registrales de una marca notoria -artículo 34.5 LM-, sobre la notoriedad ver SAP Alicante 10/10/2013).

Por otro lado, esta cesión de uso de signos distintivos al franquiciado está limitada a la duración del contrato de franquicia, en consecuencia, este último debe cesar en su uso una vez extinta la relación contractual (SAP Zaragoza de 18/7/2000). En este sentido, resulta habitual insertar una cláusula penal por permanecer el franquiciado en el uso de las marcas, rótulos o cualquier otro elemento corporativo tras la resolución del contrato, (SAP Cuenca 1/9/2009 y SAP Madrid 16/4/2010).

2. El Know-how.

El saber hacer es uno de los elementos esenciales y definidores del sistema de franquicia, sin el cual ésta no puede existir. En el ámbito de la franquicia hotelera, el saber hacer podrá consistir en técnicas de marketing, de gestión -sistemas contables y de informática- de promoción -publicidad-, etc., en definitiva es una fórmula abierta que integra todos los conocimientos necesarios para desarrollar este negocio. Se trata de una experiencia que supone un plus en el desarrollo de la actividad concreta.

El Reglamento (UE) 330/2010, señala como características principales de este elemento que sea sustancial, secreto y determinado. El carácter de secreto no implica desconocimiento

absoluto por parte del público de todos los elementos individuales que lo componen, éstos pueden ser conocidos. Lo que realmente es secreto y que, por tanto, comporta originalidad es la particular unión de todos ellos. La condición de sustancial hace alusión a una serie de conocimientos técnicos que incluyan información necesaria para la comercialización de los servicios objeto de la franquicia; es decir, que el franquiciado, al recibirlos, mejore su posición competitiva en el mercado, al incrementar su rendimiento o que le ayude a entrar en un nuevo mercado. Por último, su carácter de determinado o descripción suficientemente completa para permitir verificar si cumple las características anteriores debe ser, además, constantemente renovado, puede ser una información fija que se ofrece de una vez. El saber hacer no se agota con la transmisión de un sistema original, sino que ha de haber un continuo desplazamiento del mismo y la necesidad de constante actualización del sistema se justifica en virtud de la naturaleza propia del contrato, en tanto que contrato de duración. Obviamente, de todo lo anterior se debe extraer como rasgo último de este elemento su utilidad, lo que se deriva de que sea una fórmula de éxito experimentada.

Las obligaciones respecto de este elemento son, en esencia, la de transmisión y actualización por parte del franquiciador, lo cual debe contemplar en consecuencia que su falta de transmisión faculta al franquiciado a instar la resolución del contrato (artículo 1124 CC), en tanto que no se ha cumplido la obligación esencial asumida por la franquiciadora, de facilitar esos conocimientos técnicos, necesarios e indispensables para la correcta realización de la actividad a realizar por el franquiciado, en el marco contractual, (SAP Madrid de 26/2/2008 y SAP Sevilla 14/10/2011). La transmisión implica, dado que son bienes de naturaleza incorporal, la entrega y envío de los bienes materiales que constituyen su soporte físico y además, la comunicación y explicación del contenido y, como antes mencionamos, la obligación de asistencia constante y comunicación de las modificaciones y actualizaciones, manteniendo al franquiciado en el uso pacífico del mismo.

Por otro lado, el franquiciador debe garantizar al franquiciado el disfrute del "Know how" que ha creado y desarrollado. Debe ser transmitido mediante una información y formación adaptadas al franquiciado, controlando su aplicación y el respeto al mismo (SAP Islas Baleares 9/11/2011). Además, el *Know-how*, es un derecho susceptible de protección autónoma por la normativa que regula la competencia desleal (STS 21/10/2005). En este mismo sentido, por otra parte, el franquiciado, debe cesar en su uso una vez extinguido el contrato, pues de lo contrario sería un aprovechamiento indebido del mismo. Lo normal es que se introduzca la prohibición expresa en el contrato como cláusula penal y que se extienda por un período de tiempo tras la extinción del contrato (SAP Asturias 17/9/2010).

3. Asistencia, formación y control.

La asistencia técnica que el franquiciador ofrece al franquiciado se presenta como una prolongación de la obligación de transmisión del saber hacer. Por tanto, se configura también como esencial en la franquicia y uno de sus elementos caracterizadores. La finalidad de la asistencia técnica es enseñar al franquiciado el uso correcto del saber hacer, teniendo en cuenta que, en relación con el mismo, el franquiciador se encuentra obligado a su continua actualización. La aportación de los bienes inmateriales está sujeta a un deber de mantenimiento que exige una actitud dinámica y no meramente conservadora, pues su valor económico radica en su eficacia competitiva y continua adaptación a las exigencias del mercado. Dicha asistencia se prestará desde el momento en que se inicia la relación contractual. En ese momento, esta obligación tiene particular relevancia en la franquicia de servicios, materializándose en la formación del franquiciado y de su personal. En la supervisión y asistencia a los franquiciados se encuentra uno de los rasgos diferenciadores respecto de otros modelos de explotación hotelera en red.

El franquiciador deberá desplegar una actividad diligente que, como es lógico, aspira o va encaminada a alcanzar un fin, pero éste no forma parte del contenido de la prestación, es decir,

no es exigible por el franquiciado. Es decir, se trata de una obligación de medios y no de resultado, pues el franquiciador se compromete a poner todos los medios para que el franquiciado aplique correctamente las peculiares técnicas transmitidas, experimentadas con éxito por el franquiciado, pero del contrato no se deriva la obligación de asegurar el éxito del franquiciado.

La responsabilidad contractual del franquiciador no se derivará de un mal resultado económico del franquiciado, sino de la asistencia no prestada (SAP Málaga 2/1/2005 y SAP Madrid 15/4/2005), o prestada de forma deficiente, (SSAP Zaragoza de 22/2/2000, 10/4/2000, 28/6/2000 y 25/7/2000, SAP Málaga de 3/10/2013, estiman insuficientes las visitas y asistencias del franquiciador al franquiciado, entendiéndose que, en todo caso, recae sobre el franquiciador la carga de la prueba del cumplimiento de sus obligaciones como señala la STS de 4/3/1997). No es una obligación que exija un resultado concreto sino sólo un comportamiento diligente en el sentido del artículo 1104 del CC (STS 18/7/1997, SAP Barcelona 29/3/2005, SAP Madrid 6/11/2007).

El control del franquiciador tiene como objetivo principal comprobar la correcta ejecución por el franquiciado de sus obligaciones y, por tanto, de la puesta en la práctica de forma correcta del saber hacer recibido y de las consiguientes instrucciones que se le imparten. Conforme al principio de la autonomía, el franquiciador establecerá en el contrato los límites y el contenido de tal facultad, que pueden ser más o menos invasivos (acceso al sistema informático del franquiciado), pero que resultan conformes con el artículo 1256 CC, (SAP Madrid 5/5/2010). La naturaleza de este control se configura como un derecho-deber que debe ser ejercitado por el franquiciador en interés del correcto funcionamiento de la franquicia para ambas partes. La justificación de este deber está, precisamente, en la correcta ejecución de las técnicas transmitidas desde el inicio de la relación contractual hasta su fin; lo que se apoya en la inclusión de penalizaciones para el franquiciado en caso de que no aporte la información que posibilite dicho control. Por otro lado, el franquiciador no podrá dejar de realizar el control sin consecuencias, ya que, si por la omisión de ese control se produjesen daños para el franquiciado, el franquiciador será responsable frente al franquiciado de la falta de diligencia debida en la ejecución del contrato. Si un negligente o escaso control puede ser el origen de la responsabilidad contractual del franquiciador, un ejercicio excesivo de dicho poder de dirección también podrá entrañar consecuencias negativas para el que lo ejerce. Es precisamente ese control lo que fundamenta parte de la asistencia y guía personalizada que el franquiciador debe proporcionar al franquiciado, como se suele establecer en el propio contrato "During the Term, we may advise you from time to time regarding the Hotel's operation based on your reports or our evaluations and inspections and may guide you".

Es en los contratos de franquicia hotelera donde los controles de calidad alcanzan mayor justificación. Este control se suele centrar, por un lado, en la obtención de la conformidad del franquiciador con el acondicionamiento del hotel a la imagen, estándares y requisitos del modelo transmitido, para la apertura del hotel; autorización para suscribir contrato de arrendamiento, contrato de gestión, u otro acuerdo similar con cualquier entidad independiente para la gestión del hotel; en realizar inspecciones para determinar si el franquiciado está cumpliendo con los estándares de calidad exigidos: "permit our representatives to inspect or audit the Hotel at any time and give them free lodging during the inspection period"; la obligación de enviar informaciones necesarias al respecto y otras tales como las relativas a la entidad de crédito proveedora de la financiación para operar el hotel, información o documentación acerca de cualquier demanda, o cualquier otro aspecto jurídico que pudiera afectar negativamente al Hotel, su capacidad para cumplir con sus obligaciones o su situación financiera, dar acceso a las bases de datos de clientes y de ventas del hotel, etc. En el ámbito de la franquicia hotelera, los sistemas centralizados de información y sistemas de auditoría propios como los *mystery shoppers* y los cuestionarios a la clientela son una expresión de dicho control.

4. Obligaciones pecuniarias.

La obligación pecuniaria se conforma, obviamente, como un elemento esencial o “estructural” del contrato y la principal obligación que debe asumir el franquiciado (STS 30/7/2009). En consecuencia, su falta de atención a tal obligación permitirá recurrir a la resolución por incumplimiento del 1124 CC (STS 5/11/2010). En el contrato de franquicia en general este deber resulta desglosado en el contrato en varios conceptos como son el canon de entrada y otras tarifas periódicas destinadas a retribuir diversos aspectos. En la franquicia hotelera la componente pecuniaria del contrato sigue esta estructura, cuyo esquema básico se concreta específicamente en:

a) Pago único de un canon de entrada o tarifa inicial que se calcula por el número de habitaciones y que se paga en la presentación de la solicitud de franquicia. El pago inicial es retribuye el estudio de viabilidad del hotel y su mercado, así como la prestación de apoyo durante las fases construcción o de conversión del mismo y las demás gastos incurridos hasta su inauguración;

b) Pagos periódicos que a su vez se desglosan en:

i. - “royalty fee” o canon por los signos distintivos, es una tarifa anual calculada sobre los ingresos brutos por habitación;

ii. - “marketing fee” o canon de marketing, que retribuye las actividades promocionales de la cadena a nivel global y también es una tarifa anual calculada sobre los ingresos brutos por habitación;

iii. - “reservation fees” o canon de reserva, destinado a retribuir la participación en el sistema global de reservas (central de reservas) de la cadena, en este caso es una cantidad fija por reserva efectiva. También suele retribuir los sistemas de fidelización de clientes de la cadena.

c) Otros pagos que se pueden deducir por servicios concretos como programas de formación específico, etc.

5. Cláusula de no competencia.

Las cláusulas de no competencia o de exclusividad territorial son aquellas por las que el franquiciador asegura al franquiciado una zona de influencia en la que no va a conceder más franquicias. La cláusula de no competencia territorial tiene como finalidad asegurar al franquiciado una zona exclusiva o área de responsabilidad. El franquiciador puede asumir el compromiso de no actuar directamente en la zona del franquiciado y además, no otorgar otras franquicias a terceros. Es una cláusula que se encuentra en los contratos de franquicia pero aunque el propio RD 201/2010 (artículo 3 f) incluye los pactos de exclusiva dentro de los elementos esenciales del contrato, parte de la doctrina y tribunales entienden que no constituye un elemento esencial del contrato. Así, la SAP Málaga 16/2/2007 entiende que “dentro de la naturaleza del contrato de franquicia no se encuentra la exclusividad ni la reserva de zonas de exclusión”. En los contratos de franquicia hotelera se incluye la cláusula aunque con restricciones, pues el período de exclusividad territorial suele tener un vencimiento menor a la duración la del contrato mismo: “Franchisee acknowledges and agrees that following the expiration of the Exclusivity Period (5 years), Franchisee shall no longer have any territorial protection and that the Area of Protection shall be null, void, and of no further force or effect.”

VI. Extinción del contrato

Uno de los aspectos que en la franquicia requiere especial atención es el relativo a la extinción del contrato. En general, la finalización de cualquier relación contractual suele ser uno de los temas que más conflictos suscita dado que ello supone una nueva situación para las partes, que tiene efectos fundamentalmente económicos. Esta posibilidad de generar conflictos se acentúa en las relaciones de tracto sucesivo, como es el caso de la franquicia.

El contrato de franquicia hotelera suele tener una duración determinada, entre 10 y 20 años, luego ello condiciona determinadas fórmulas de extinción del contrato. La extinción natural del contrato se debe al cumplimiento efectivo del plazo y, ante la falta de regulación específica, la facultad y condiciones de renovación deberán ser fijadas en el contrato. Debemos tener en cuenta que la falta de prórroga del contrato no se puede entender como una resolución unilateral (SAP Barcelona 6/10/2004). Por otro lado, siendo como hemos indicado un contrato de duración determinada no cabe el instituto del desistimiento *ad nutum* o sin justificación, que se predica de contratos por tiempo indefinido donde precisamente se encuentra su justificación legal. Es decir que, cualquier ruptura unilateral del contrato por una de las partes sin alegar justa causa o razón debe entenderse como un incumplimiento contractual que confiera a la otra parte la posibilidad de alegar lo preceptuado en el artículo 1124 CC.

Conforme al carácter obligatorio de los contratos (ex artículo 1091 CC) ambas partes, que deben cumplir expresamente lo pactado de acuerdo con el criterio de la buena fe. El incumplimiento de estas obligaciones puede producir el efecto extintivo del contrato, circunstancia que, con carácter general, se recoge en el artículo 1124 CC. El artículo 1124 CC establece, básicamente, que se puede instar la resolución de una relación recíproca (sin importar su duración) por el contratante perjudicado por el incumplimiento; así, los presupuestos mínimos que deben darse son la existencia de una relación contractual de la que dimanen relaciones recíprocas y que la parte que cumple se vea dañado por el incumplimiento del deudor. Por otro lado, las partes pueden introducir en el contrato un pacto resolutorio expreso, a través del cual establecer criterios relativos al incumplimiento resolutorio diferentes a los fijados por el Tribunal Supremo. Esta posibilidad se deriva del principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC) y por el propio carácter del artículo 1124 CC, por cuanto es un precepto de carácter supletorio y dispositivo que da preponderancia a la voluntad de las partes y que justifica su aplicación en la ausencia de una declaración de voluntad que precise, limite o excluya la resolución entre las consecuencias del incumplimiento, (STS 8/11/1995). Esta es una cláusula utilizada en el contrato de franquicia de forma habitual.

Respecto de los efectos de la resolución del contrato, al ser la franquicia un contrato de tracto sucesivo, es decir, de ejecución continuada, la resolución produce efectos *ex nunc*, no afecta por tanto a los actos que se han agotado y no permiten volver a la situación inicial; se producen solamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual (SSTS 20/3/2007 y 6/11/2009, SAP Pontevedra 23/12/2013, entre otras). Se plantea además si la extinción del contrato puede llevar aparejada una compensación o indemnización, por las condiciones intrínsecas del contrato como pueda ser el caso de la indemnización por clientela. En este caso, carece de sentido hablar del reconocimiento a dicha indemnización por dos motivos básicos, por la estructura retributiva del contrato (así, la clientela que al término del contrato quede ligada a la empresa del franquiciador ya está pagada) y porque uno de los objetivos del franquiciado al entrar en la red es precisamente acceder a la clientela que puede aportar la cadena hotelera. Otro así cabe decir en cuanto a la indemnización por inversiones, en tanto que el franquiciado conforme a la información precontractual y a la duración determinada del contrato, está en posición de valorar el riesgo empresarial que asume.

VII. Bibliografía

ALTINAY, L. (2007). The internationalization of hospitality firms: factors influencing a franchise decision-making process”, *Journal of Services Marketing*, 21(6), 398-406.

BATENHORST, G. (2010). “Breaking up is hard to do: Challenges and opportunities in Franchisor buyback rights and obligations. *Franchise Law Journal*, 3, 97-106.

GARCÍA GUTIÉRREZ, L. (2010). "Los contratos de franquicia internacional", *Revista de Derecho Mercantil*, 275, 249-281.

GIMÉNEZ GARCÍA, I. (2006). "El contrato de franquicia. Cuestiones generales", en *Contrato de agencia, distribución y franquicia*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 21, 229-266.

HERNANDO GIMÉNEZ, A. (2000). *El contrato de franquicia de empresa*. Ed. Citivas, Madrid.

MARTI MIRAVALLS, J. (2010). "El contrato de franquicia", en *Los contratos de distribución comercial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 85-137.

MARTI MIRAVALLS, J. (2013). "Contratos para la internacionalización de las redes de franquicia", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 12.

MARTORELL, O./ MULET, C. (2010). "The franchise contract in hotel chains", *Tourism Economics*, 16(3), 493-515.

MAYORGA TOLEDANO, M. C. (2007). *El contrato mercantil de franquicia*. Ed. Comares, Granada, 2007.

MAYORGA TOLEDANO, M. C. (2013). "El contrato de franquicia en el comercio internacional", en *Estudios de Derecho del Comercio Internacional*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 101-111.

PERALES VISCASILLAS, P. (2010). "Formación del contrato. El proceso de formación en los contratos de distribución", en *Los contratos de distribución*, Ed. La Ley, Madrid, 299-350.

RUIZ PERIS, J.I. (2010). "La problemática actual de las franquicias", en *Contratos de distribución comercial*, Ed. La Ley, Madrid, 77-90.

RUIZ PERIS, J.I. (2000). *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*. Ed. Aranzadi, Pamplona.

TAYLOR, S. (2000). "Hotels", en *Franchising hospitality services*, Ed. Butterworth-Heinemann, Oxford, 170-191.