

La multipropiedad en España, 10 años después de la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno*

Eduardo Corral García

*Profesor titular de Derecho civil
Universidad de Cádiz*

Sumario: I. Introducción.- II. Cumplimiento de la obligación de información.-III. La facultad de desistimiento unilateral por parte del adquirente.- 1. Forma de ejercer el derecho de desistimiento.- 2. Consecuencias del desistimiento: devolución de los anticipos indebidos.- IV. Ineficacia de los contratos de aprovechamiento por turno.- 1. Anulabilidad de un contrato de aprovechamiento por turnos ¿por dolo o fraude?.- 2. Nulidad del contrato por otras causas.- 3. Distinción entre nulidad y anulabilidad: la prescripción de la acción.- 4. Ineficacia por resolución por incumplimiento contractual.- A) Incumplimiento de la obligación de reventa.- B) incumplimiento de otros deberes de las empresas transmitentes de los derechos de aprovechamiento por turno.- V. Ineficacia de los contratos de préstamo vinculados a los contratos de aprovechamiento por turno compartido.- 1. La exclusividad del pacto entre la empresa transmitente de los derechos de aprovechamiento por turno y la entidad financiera.- 2. Aplicación analógica a todos los supuestos de ineficacia, no sólo a la resolución por incumplimiento.- 3. Precisiones terminológicas: supuestos de ineficacia del contrato de aprovechamiento por turno que provocan la ¿ineficacia? del contrato de préstamo vinculado.-VI. Bibliografía.- VII. Índice jurisprudencial.

Resumen: Después de once años de vida de la Ley 42/1998, que regula los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico se puede hacer balance de su aplicación e interpretación por parte de la jurisprudencia española, sobre todo en cuestiones tales como son la facultad de desistimiento por el adquirente, los defectos en la información recibida o las consecuencias que sobre la financiación del contrato provoca su nulidad o su resolución contractual, normalmente por incumplimiento del deber de reventa.

Palabras clave: Multipropiedad, protección de los consumidores, desistimiento, reventa, crédito al consumo.

Abstract: After eleven years of life of the Law 42/1998, which regulates the rights of timeshare real estate for tourism can take stock of their application and interpretation by the Spanish law, especially in such matters as are the right of withdrawal by the purchaser, defects in the information received and the impact on the financing of the contract causes invalid or termination of the contract, usually for failure to resale.

Key Words: Time-share contract, protection of consumer's interest, right of withdrawal, resale contract, credit agreement for consumers.

* Sección coordinada por José Ma^a Pérez Monguió.

I. Introducción

Se han cumplido ya más de 10 años de la entrada en vigor de la Ley 42/1998, reguladora de la adquisición de derechos de aprovechamiento por turno de inmuebles para uso turístico, que es fruto de la transposición a nuestro Derecho interno de la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen compartido, por lo que es buen momento para hacer balance de su aplicación y eficacia real, máxime cuando en el horizonte aparece la necesidad de reformar dicha ley a la luz de una nueva norma comunitaria sobre la materia, la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio¹, con la finalidad de evitar los abusos que se siguen produciendo y que perjudican a los consumidores al amparo de las lagunas normativas existentes².

El hecho de que se siguen produciendo esos abusos es innegable: basta echar un vistazo a *internet* para encontrar páginas web destinadas a canalizar quejas de los adquirentes de lo que antes –y ahora– se denominaba derechos de *multipropiedad* en el lenguaje popular³.

A grandes rasgos, los problemas siguen siendo los mismos que ya existían al aparecer la primera Directiva: métodos de “venta” agresivos que desembocan en contratos “legales” pero celebrados sin la suficiente reflexión, ausencia de información sobre facultades esenciales del consumidor –sobre todo, el desistimiento–, entrega de cantidades a cuenta difícilmente recuperables en caso de fraude, firma disimulada de préstamos vinculados...y últimamente compromisos de reventa de los derechos por parte de las empresas que son incumplidos⁴.

- 1 Es evidente que la nueva Directiva adopta la terminología que ha triunfado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: ya no se habla de utilización de bienes inmuebles en régimen compartido –que seguía sonando a algo parecido a la copropiedad–, sino de aprovechamiento por turno de dichos inmuebles, lo que deja claro que hay una rotación en el ejercicio de un derecho de uso exclusivo del inmueble por parte de los diferentes adquirentes.
- 2 Según el artículo 16.1 de la Directiva de 2008, “los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 23 de febrero de 2011, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva”.
- 3 Baste decir que la web que aparece en primer lugar en el buscador *Google* es www.multipropiedad.eu, que tiene por título “Blog sobre afectados por la multipropiedad, aprovechamiento por turnos, Ley 42/1998, *time-sharing*”.
- 4 El presente trabajo no tiene como objetivo un análisis minucioso y sistemático ni de la normativa comunitaria derogada y de la aprobada recientemente, ni de la española actualmente vigente, sino que pretende arrojar luz sobre los principales problemas existentes en la práctica diaria del mundo de la multipropiedad al hilo de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, ya que por razón de cuantía estas cuestiones no llegan en casación hasta el Tribunal Supremo.

El sentido último de la Directiva comunitaria y de la Ley 42/1998 fue, fundamentalmente, proteger al consumidor de las técnicas de venta agresivas que arrancaban un consentimiento a la adquisición de los derechos de uso de un inmueble turístico formado y manifestado sin conocer los elementos esenciales del contrato de adquisición y sin reflexionar suficientemente sobre las consecuencias de la prestación de dicho consentimiento.

La protección del consumidor pivota sobre una doble vía; en primer lugar, obligar a la empresa que invita a adquirir sus apartamentos, aparta-hoteles, etc., a suministrar una información precontractual suficiente y precisa sobre las condiciones físicas del inmueble, cuál sería el período semanal de utilización, el precio de coste de la operación...; y en segundo lugar, aun suponiendo lo anterior, permitir al consumidor desistir del contrato “consentido” en un plazo relativamente breve con posterioridad a su firma, en línea con lo ya previsto para la contratación a distancia, la solicitud de un crédito al consumo, la concertación de un paquete turístico...evitando así acudir al consumidor a la única vía teóricamente posible según la teoría general de la contratación, la anulación del contrato por la actuación engañosa y torticera –dolosa– de la empresa, extremo no siempre fácil de probar.

Además, la concesión legal de dicha facultad de desistimiento es un elemento esencial del contrato, de tal forma que se hace recaer sobre el empresario el deber de información de la existencia de la misma, cuyo incumplimiento permite al consumidor ejercer una acción de resolución específica, durante un plazo también breve, que no se confunde en nuestro ordenamiento interno con la contemplada de modo general en el artículo 1124 del Código Civil.

Ahora bien, como ya he tenido ocasión de señalar en ocasiones anteriores, esta facultad de desistimiento supone una excepción en toda regla al principio de obligatoriedad de los contratos recogido en el artículo 1256 del Código Civil⁵. Y podríamos plantearnos, 10 años después de la entrada en vigor de la Ley 42/1998, ¿es posible todavía que sigan produciéndose casos en los que alguien es atraído con señuelos variados –viajes o regalos gratis, etc.⁶– a una reunión en la que alguien “muy pesado” intenta convencerle de lo maravilloso que es pasar unos días al año en un paradisíaco lugar, de tal forma que el pez pica en el anzuelo? Pero desde las empresas podría alegarse ¿ha leído usted bien lo que se le propone contratar en la propaganda que se le proporciona? ¿Seguro que usted

5 CORRAL GARCÍA (2000:420 y 424).

6 La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 29 de enero de 2004 (AC 2004\323) nos ayuda a hacernos cargo de la situación que se produce en reiteradas ocasiones: la empresa que ofrece los derechos de aprovechamiento por turno, a la hora de obtener el consentimiento de los consumidores en la firma del contrato, no actúa –como debiera– con buena fe y lealtad contractual, sino con empleo de argucias y maneras engañosas (ofrecimiento de regalos que realmente no eran tales, promesas y garantías que tampoco resultaban ciertas, contenido contractual confuso e ininteligible, ocultación o falta de información sobre los derechos legales del comprador, presión psicológica disfrazada de asesoramiento técnico, etc.), las cuales, sin duda, inducen a los consumidores a celebrar el contrato de aprovechamiento por turno que sin ellas no hubieran celebrado.

no era consciente de lo que estaba haciendo? En unos casos, efectivamente, habrá quien sabe muy bien dónde va y qué puede encontrarse si sigue el proceso, por lo que no puede luego solicitar la ineficacia del contrato⁷, de acuerdo con la doctrina de los actos propios, como veremos más adelante; pero en otros... “firmé para irme de una vez de aquel lugar, para que me dejaran en paz”.

II. Cumplimiento de la obligación de información

La primera pata del sistema, evidentemente, pasa porque en la oferta contractual se informe acerca de la facultad de desistimiento, o bien al menos porque aparezca claramente señalada en la documentación recibida por el consumidor tras firmar el contrato.

La práctica judicial nos muestra que dicha previsión legal se incumple en bastantes ocasiones: dicha documentación no suele incluir los extremos indicados en el artículo 9 de la Ley 42/1998, o lo hace de un modo que se cumple la letra de la ley, pero no su espíritu, es decir, se “informa” de un modo tal que esa información no es perceptible para el consumidor.

Una práctica habitual es la descrita en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de abril de 2007⁸: a los adquirentes se les entregan dos documentos, uno primero que es el contrato en sí, y uno segundo como anexo, que recoge información complementaria. Pero esa práctica “infringe frontalmente lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 42/1988, de 15 de diciembre, en orden al contenido mínimo del contrato, porque la inserción literal de sus artículos 10, 11 y 12⁹ en el texto del contrato no se ha dado, constando la transcripción en letra minúscula y entre otros preceptos de inserción no obligatoria, y de los que no destaca en absoluto en el reverso de otro documento aparte, cuyo anverso no es sino el reverso del plano del inmueble; y esa carencia tampoco puede entenderse subsanada con la entrega de un anexo de más de trescientas páginas en el que, sin índice alguno, y nuevamente con letra minúscula, y entre otros y muy

7 El caso juzgado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de enero de 2002 (AC 2002\813) rechaza la demanda de un matrimonio considerado como “personas que no son de una edad avanzada, que no puedan tener un conocimiento adecuado del contenido de los contratos que suscriben; y la petición de documentación para suscribir un préstamo que finalmente financia la mitad del precio recogido en el contrato de venta del derecho de aprovechamiento por turno sobre inmuebles; la totalidad de la documentación que obraba en poder y a disposición de los actores eran datos claramente indicativos de que estaban realizando una petición de financiación parcial para el abono del precio de lo que había sido el objeto del contrato; en todo caso, tenían los elementos de conocimiento e información suficientes a su alcance para poder leer y analizar lo que habían firmado con la entidad demandada. Los demandantes son personas que se desenvuelven en el mundo jurídico habitual y conocen el alcance de las actuaciones que realizan a la hora de firmar un documento o solicitar un préstamo”.

8 AC 2007\1736.

9 De obligado cumplimiento según el nº 6 del artículo 9 de la Ley, que exige además que se haga constar su carácter de normas legales aplicables al contrato.

extensos textos, se inserta el de la Ley”¹⁰; se advierte que la lectura de ese anexo por parte del consumidor en el plazo de tiempo en que se desarrolla la negociación contractual es totalmente inverosímil, por lo que “tal actuación se constituye en un fraude de ley sancionado en el artículo 6.4 del Código Civil”¹¹.

Pero el problema es mayor si tenemos en cuenta que precisamente para que el desistimiento tenga utilidad real para los consumidores se estableció la prohibición del pago por anticipado mientras no concluya el plazo para desistir... pero si se desconoce la existencia de la facultad ¿cómo se va a saber las condiciones en que se ejerce? Esto se traduce en que en muchas ocasiones un incumplimiento lleva anejo el otro, esto es, las empresas no sólo no informan de la existencia de la facultad de desistimiento, sino que además suelen pedir una cantidad a cuenta en el momento de la firma del contrato, vulnerando la norma prohibitiva al respecto que constituye el art. 11¹².

¿Qué soluciones nos ofrece el ordenamiento jurídico ante estas operaciones fraudulentas? Hasta la aparición de la ley 42/1998, las clásicas, es decir, acudir a la vía de la ineficacia contractual en cuanto que el consentimiento prestado por los adquirentes de los derechos está viciado, bien por error, bien por dolo... aunque nos decantamos, en estos casos, por el dolo, ya que la ocultación del contenido mínimo del contrato se hace con la intención de presionar no sólo para que se firme el contrato, sino para ejecutarlo, obteniendo el cobro antes del plazo previsto legalmente.

Pero la demanda exige la prueba de la existencia del error o del engaño sufrido, algo que no siempre es fácil. Por eso, el avance significativo de la Ley, una vez desactivada la propia facultad de desistimiento por su desconocimiento, es la concesión a los adquirentes de una facultad de resolución del contrato por una causa específica, y especial frente a la resolución genérica prevista en el artículo 1124 del Código Civil, cual es el

10 En este sentido, podemos citar abundante jurisprudencia, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 20 de mayo de 2002 (AC 2002\1065), que ya señaló que “la llamativa reproducción gibarizada, y por vía de anexo al contrato, del texto completo de la Ley 42/1998, no satisface la obligación de informar a un profano de determinados datos, sino más bien es un proceder que pretende perderlos en el amplio y minisculizado texto de esa Ley”; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 24 de septiembre de 2004 (AC 2004\1924); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de enero de 2007 (AC 2007\934).

11 Así se ha pronunciado, entre otras, la misma Audiencia Provincial de Vizcaya en anteriores sentencias de 12 de diciembre de 2006 y 15 de febrero de 2007.

12 En una sentencia del Juzgado de 1ª instancia de Getxo de 30 de junio de 2004 (AC 2004\994) se señala cómo, después de firmar un contrato de tiempo compartido, “los compradores (debería decirse adquirentes...), inducidos por el bono descuento por pronto pago, acuden a la oficina del BBVA, abren una cuenta y suscriben la póliza de préstamo, y el importe es ingresado automáticamente en la cuenta de la empresa. Los compradores seguían actuando constreñidos por esa entrega de la cantidad pactada y el pensamiento de que probablemente no lo recuperarían, por lo que se les priva directamente de la posibilidad de desistir del contrato”. En resumen, los compradores firman un contrato con una voluntad viciada por unas técnicas agresivas de venta, desconocen el verdadero objeto del contrato, y posteriormente se les priva del período de reflexión, por lo que su voluntad sigue viciada.

incumplimiento del deber de información¹³. Estamos pues, ante una causa de resolución contractual por incumplimiento no de las obligaciones que nacen del contrato, sino de un deber previo de origen legal: la información que debe suministrar el propio contrato formalizado por escrito a la parte débil en la negociación del mismo. Eso sí, con un plazo muy limitado, tres meses: se supone que es la segunda medida a la que puede acudir el consumidor después de no haber resultado posible recurrir a desistir del contrato... y antes de proceder a solicitar la anulabilidad del contrato por vicios en el consentimiento.

En definitiva, la subsidiariedad de las acciones viene marcada por la duración de sus plazos: si ya no es posible desistir porque han pasado diez días desde la forma del contrato, con independencia de que se conociera o no la existencia de tal facultad, cabrá resolver el contrato por la vía del artículo 12 de la Ley 42/1998 si todavía no han pasado tres meses... pero si ya se ha cumplido tal plazo, también en el caso de que también se desconociera la existencia de la propia facultad de resolución, no cabe más remedio que acudir a la vía tradicional de la anulabilidad para intentar que se declare la ineficacia del contrato celebrado gracias al uso de esas técnicas agresivas de venta y la ocultación de información vital para los adquirentes de los derechos a tiempo compartido¹⁴.

Así tuvo lugar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de febrero de 2006¹⁵, en la que se aprecia la nulidad de un contrato de adquisición de derechos de tiempo compartido precisamente por no insertar en la documentación contractual el contenido de los artículos 10 a 12 de la Ley 42/1998, por lo que los adquirentes no sólo no pudieron desistir porque no sabían que podían hacerlo, sino que tampoco pudieron pedir la resolución del contrato porque desconocían que la falta de esa información era motivo suficiente para ello. La Audiencia, por tanto, equipara omisión de información a la “falta de veracidad en la información suministrada al adquirente” de cara a las consecuencias previstas en el artículo 10.2 de la Ley, ya que precisamente el argumento de la empresa transmisora de los derechos era que no se había producido tal falta de veracidad, único argumento que les quedaba a los adquirentes para fundamentar

13 Según el artículo 10.2 de la Ley “si el contrato no contiene alguna de las menciones o documentos a los que se refiere el artículo 9, o en el caso de que el adquirente no hubiese resultado suficientemente informado por haberse contravenido la prohibición del artículo 8.1 (...), el adquirente podrá resolverlo en el plazo de tres meses a contar desde la fecha del contrato”.

14 De hecho, ése es el orden lógico que sigue el artículo 10 en cuanto que contiene las posibilidades a las que puede acogerse el consumidor: en el apartado 1, el desistimiento; en el apartado 2, primer párrafo, la resolución específica; y en el segundo párrafo, la ineficacia, si bien su inclusión no añade nada al régimen general del Código Civil: “en el caso de que haya falta de veracidad en la información suministrada al adquirente, éste podrán, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubiera podido incurrir el transmitente (...), instar la acción de nulidad del contrato conforme a lo dispuesto en los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil”.

15 JUR 2006\186660.

la ineficacia del contrato, una vez transcurridos los diez días para desistir y los tres meses para resolver¹⁶.

Por el contrario, y aun teniendo por objeto un contrato celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, pero con la Directiva como punto de referencia, la Audiencia Provincial de Las Palmas advierte en su sentencia de 28 de febrero de 2008¹⁷ que “la falta de información o el hecho de que el contrato no contenga el contenido mínimo del artículo 9 de la Ley no determina *per se* la nulidad del mismo, pues el artículo 10.2 de la misma establece solamente un derecho de resolución en el plazo de tres meses a contar desde la fecha del contrato. Si bien en caso de que se haya faltado a la verdad en la información suministrada al adquirente, éste podrá resolverlo o instar la nulidad del contrato conforme a lo dispuesto en los artículos 1300 y ss. del Código Civil. Acción de nulidad (...) que no se sustenta en vicios del consentimiento por haberse faltado a la verdad en la información suministrada, sino que está fundada en que le fue dada una información parcial o incompleta”.

III. La facultad de desistimiento unilateral por parte del adquirente

Un gran avance de la Directiva de 2009 es que por fin se utiliza el término preciso para referirse a la facultad de que goza el adquirente consumidor para dejar sin efectos el contrato firmado sin necesidad de alegar causa alguna¹⁸, en línea con lo contemplado en

16 Se apoya la Audiencia en una sentencia anterior de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de febrero de 2005 (AC 2005\277), que entiende aplicable a un caso similar el artículo 10 bis de la Ley de Consumidores, que permite declarar la nulidad del contrato en tanto la omisión de uno de los contenidos esenciales y mínimos del contrato debe considerarse contraria a esos principios de claridad en la redacción de los contratos y buena fe, generando en perjuicio del consumidor un importante desequilibrio, cual es el de privarle del conocimiento de los derechos que le asisten respecto al desistimiento y resolución del contrato y, consiguientemente, impedirle de hecho su ejercicio, en abierta oposición al contenido que la Ley específica ordena que debe consignarse claramente en el contrato.

17 JUR 2008\191441. Aun teniendo por objeto un contrato celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, pero con la Directiva como punto de referencia, no compartimos el criterio de la Audiencia porque, como ya se dijo antes, la omisión de la existencia de los derechos de desistimiento y resolución provoca, como mínimo, el error del adquirente, ya que desconoce el contenido real del contrato, esto es qué derechos le asisten. Además, si las verdades a medias son peores que la mentira, la omisión de información debe tener la misma consecuencia que la falta de veracidad: ambas consiguen engañar al adquirente.

18 En el art. 5 de la Directiva 94/47/CE se establecía que “además de lo que las legislaciones nacionales permitan al adquirente en materia de invalidez de los contratos, el adquirente tendrá derecho a resolver el contrato sin alegar motivos (*ad nutum*) dentro de un plazo de diez días naturales a partir de la firma del contrato por ambas partes o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante”. En nuestra opinión, no estamos ante una facultad de resolver el contrato, ya que –al menos en Derecho español– el reconocimiento de la resolución contractual viene ligada a una situación de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato para una de las partes, considerándose la resolución como una sanción de tal incumplimiento, lo cual no ocurre en el caso que nos ocupa.

otras normas similares¹⁹ (viajes combinados²⁰, contratación a distancia²¹). Desistimiento *ad nutum* durante un plazo breve que comienza a correr no necesariamente desde el momento en que se firma el contrato de adquisición de los derechos, sino desde que el adquirente reciba la documentación contractual en la que debe ir incluida la información sobre el ejercicio del derecho de desistimiento; son dos momentos que pueden coincidir o no, si la documentación es recibida por vía postal con posterioridad a la fecha de la celebración del contrato.

Plazo breve, pero que la nueva Directiva considera que debe incrementarse respecto al contemplado 15 años antes, que era de diez días: la experiencia muestra que no es suficiente, por lo que “conviene prolongar dicho plazo, con objeto de lograr un alto nivel de protección de los consumidores y comerciantes”: en correspondencia con lo anterior –objeto del Considerando 11–, el artículo 6.1 dispone que “los Estados miembros velarán por que el consumidor pueda, en un plazo de catorce días naturales, desistir del contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de producto vacacional de larga duración, de reventa o de intercambio, sin necesidad de justificación”.

1. Forma de ejercer el derecho de desistimiento

El artículo 9 de la Ley 42/1998 establece que el contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno “deberá constar por escrito”, sin especificar más, luego se entiende que basta que se redacte en documento privado, como muestra la práctica recogida en la jurisprudencia. Entendemos que dicha exigencia tiene la misma finalidad

Ya señalaron la incorrección terminológica de la Directiva A. J. QUESADA SÁNCHEZ y J. M. RUIZ-RICO RUIZ (2000: 338).

- 19 Como ya dije en un trabajo anterior, la justificación del reconocimiento de este derecho de desistimiento estriba “por un lado, en la nula intervención del consumidor en la redacción del contenido contractual, predisposto por el empresario o comerciante que le suministra un producto o le proporciona un servicio, hecho agravado por la situación de falta de madurez con que se toma la decisión de aceptar la oferta efectuada por dichos sujetos, encauzada muchas veces a través de técnicas publicitarias que provocan una respuesta casi inmediata, de la que posteriormente el consumidor se arrepiente” (cit., p. 429).
- 20 Art. 9.4 de la Ley 21/1995, de 6 de julio: “En todo momento, el usuario o consumidor podrá desistir de los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiere abonado, pero deberá indemnizar al organizador o al detallista en las cuantías que se indican a continuación, salvo que tal desistimiento tenga lugar por causa de fuerza mayor”.
- 21 Art. 44 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista: “1. El comprador podrá desistir libremente del contrato dentro del plazo de siete días contados desde la recepción del producto. En el caso de que la adquisición del producto se efectuase mediante un acuerdo de crédito, el desistimiento del contrato principal implicará la resolución de aquél. 2. El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite, en cualquier forma admitida en Derecho. 3. El derecho de desistimiento del comprador no puede implicar la imposición de penalidad alguna, si bien el comprador deberá satisfacer los gastos directos de devolución y, en su caso, indemnizar los desperfectos del objeto de compra”.

que la necesidad de documentar por escrito otros contratos celebrados por consumidores: facilitar no sólo la prueba de que el contrato se ha celebrado, así como los términos del mismo. ¿Debe exigirse la forma escrita también para el ejercicio de la facultad de desistimiento por el adquirente? El artículo 10. 3 dispone que debe notificarse tal ejercicio “por cualquier medio que garantice la constancia de la comunicación y de su recepción, así como de la fecha de su envío”...luego no puede pretenderse impedir sus efectos alegando que debe constar en acta notarial, como se hizo en los hechos juzgados por la Audiencia Provincial de Castellón en su sentencia de 20 de mayo de 2002 ya citada: aunque el contrato sí se escrituró ante notario, es válido el desistimiento comunicado por los adquirentes mediante telegrama, ya que en ese caso el art. 10.3, en su segundo párrafo, señala que “sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, el desistimiento podrá hacerse constar en acta notarial”, pero no es una obligación para los adquirentes²².

En este sentido, la Directiva de 2009 se inclina por exigir la forma escrita para ejercer el desistimiento, pero sin exigir que se canalice a través de documento público: el artículo 7 señala que “si el consumidor tiene intención de ejercer el derecho de desistimiento, notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero, antes de que expire el plazo de desistimiento”, pudiendo utilizar un formulario normalizado recogido en la propia Directiva y que deberá haber recibido junto con el resto de documentación contractual en el momento de su firma.

2. Consecuencias del desistimiento: devolución de los anticipos indebidos

El desistimiento no puede implicar ningún gasto ni indemnización –por un supuesto incumplimiento contractual que alegara la otra parte– a los adquirentes, según el artículo 10.1 *in fine*. Ahora bien, los problemas económicos que se generan en la práctica no vienen de ahí, sino de la vulneración generalizada de la prohibición establecida en el artículo 11 de la ley 42/1998 de exigir la entrega de cualquier anticipo como pago parcial²³,

22 La sentencia es un tanto confusa, ya que advierte que la cuestión a dilucidar “es si después de tal escritura (la del contrato), era preciso plasmar la voluntad de desistir del contrato y también de resolverlo a través de acta notarial, que exige el art. 10 *in fine* de la Ley 42/1998”, de lo que disentimos: es una posibilidad, no un deber. Por ello, a continuación se da marcha atrás de un modo enrevesado: “consideramos que tal requisito, en cuanto supone la sujeción *ad solemnitatem* de un derecho personal a un requisito de forma, debe merecer una interpretación restrictiva y ajustada estrictamente al supuesto de la norma, y éste no es otro que el ejercicio del derecho de desistimiento exclusivamente”. Esto se explica porque realmente lo que hicieron los adquirentes es resolver el contrato por falta de información sobre la posibilidad de desistir; pero nos parece que en ninguno de los dos casos la Ley exige forma sustancial como requisito para la eficacia del acto.

23 En la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 de junio de 2003 (2003\2386) se desmonta un argumento peregrino según el cual la entrega de una cantidad de dinero a cuenta “no se trata de un anticipo, sino de un primer pago de parte del precio total”; de modo análogo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 21 de noviembre de 2003 (AC 2003\1880) rechaza que una cantidad de dinero entregada el mismo día de la firma del contrato se considere una primera entrega que garantiza la sucesión de unos plazos y no un anticipo.

mientras se pueda desistir o resolver el contrato por las causas establecidas en el artículo 10.2, esto es, tanto en los diez días posteriores a la firma del contrato si desiste—, como en los tres meses siguientes, si resuelve. Norma cuya finalidad es evidente: permitir que el adquirente no deje de solicitar el desistimiento o la resolución por miedo a perder la cantidad de dinero entregada a cuenta. A este respecto no podemos olvidar que en esas ocasiones el adquirente normalmente desconocerá la existencia de esa norma prohibitiva porque no se ha insertado en el texto del contrato escrito²⁴.

Ante ese incumplimiento, al adquirente no le queda más remedio que, además de desistir, solicitar la devolución de lo entregado a cuenta...duplicado a su favor, de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 11²⁵, lo que constituye “una medida sancionadora y disuasoria para el transmitente con el fin de que se observe la prohibición”²⁶.

Y si ya ha transcurrido el plazo para desistir, el hecho de haberse exigido un anticipo es en sí mismo motivo para resolver el contrato en los tres meses siguientes a la firma del contrato, de modo análogo a lo establecido en el artículo 10.2 con respecto a la omisión de información: en ambos casos, estamos ante el incumplimiento por la empresa transmitente de normas imperativas sobre el contenido contractual. Además, la resolución lleva aparejada consigo también la devolución del duplo de lo entregado²⁷, ya que ésta se puede pedir “en cualquier momento”²⁸.

24 La nueva Directiva quiere reforzar la prohibición del pago de anticipos al comerciante o a terceros durante el plazo de desistimiento (Considerando 14), lo que se concreta en el artículo 9.1: “respecto a los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de producto vacacional de larga duración y de intercambio, los Estados miembros velarán por que se prohíba el pago de anticipos, la constitución de garantías, la reserva de dinero en cuentas, el reconocimiento explícito de deuda o cualquier otra contrapartida al comerciante o a un tercero por parte del consumidor antes de que concluya el plazo de desistimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6”.

25 Esta norma recuerda al artículo 1454 del Código Civil, en sede de compraventa, en concreto si las arras son penitenciales: el contrato deja de tener eficacia, si bien a iniciativa del adquirente —que ocupa una posición similar del comprador—; pero como la empresa ha vulnerado la prohibición de exigir el anticipo, debe reintegrar el doble de lo cobrado indebidamente, como si fuera ella quien ha decidido rescindir el contrato.

26 Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de enero de 2007, ya citada.

27 El artículo 11.2 de la Ley dispone, de manera similar a lo recogido en el art. 1124 del Código Civil para la resolución contractual, que el adquirente podrá “optar entre resolver el contrato en los tres meses siguientes a su celebración o exigir su total cumplimiento”.

28 Ése es uno de los extremos sobre los que se tuvo que pronunciar la Audiencia Provincial de Cantabria de 24 de mayo de 2004 (AC 2004\869), ya que, como los adquirentes solicitaron resolver el contrato por la falta de información sobre la prohibición de anticipos, la empresa se negó a devolver el anticipo recibido porque la obligación de reintegrar el doble de esa cantidad sólo rige en caso de desistimiento, no de resolución. La Audiencia aclaró que la afirmación de que la prohibición se limita a los diez días siguientes a los de la firma del contrato “es una premisa equivocada”, de acuerdo al tenor literal del artículo 11: la prohibición está en vigor “antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento o mientras disponga de la facultad de resolución a las que se refiere el artículo anterior”.

Lógicamente, una vez transcurridos los tres meses para solicitar la resolución, ya no cabrá solicitar la devolución de lo pagado por anticipado, sino que se aplicarán las normas generales sobre restitución que se deriven bien de la nulidad, bien de la resolución por incumplimiento del contrato²⁹.

IV. Ineficacia de los contratos de aprovechamiento por turno

1. Anulabilidad de un contrato de aprovechamiento por turnos ¿por dolo o fraude?

Una vez que el plazo para desistir haya concluido sin que el adquirente haya ejercitado su derecho, si éste recapacita y piensa que realmente no quiere utilizar para sus vacaciones el inmueble en régimen de tiempo compartido, no le queda más solución que la tradicional en el Derecho de obligaciones, esto es, solicitar la ineficacia del contrato por vicios del consentimiento contractual, en cuanto que “cayó en la trampa” de los comerciales de la empresa transmitente de los derechos de aprovechamiento por turno, ya que sus métodos de actuación fueron tan agresivos y persuasivos que le convencieron para llevar a cabo algo que en su fuero interno no estaba dispuesto, esto es, firmar el contrato.

Ante esta realidad puesta de manifiesto en infinitud de demandas planteadas en los juzgados, podemos reaccionar de dos modos totalmente contrapuestos: uno, buscando la mayor protección del consumidor, según la cual las técnicas de venta agresiva son siempre un mecanismo manipulador de la voluntad de las personas sometidas a ese marketing invasivo, lo que justifica declarar la anulabilidad del contrato; y dos, inclinándonos por la conservación del negocio, entendiendo que si alguien firma un documento tras haber acudido voluntariamente a la reunión concertada normalmente mediante una publicidad atrayente no puede alegar que no sabía lo que estaba haciendo y que ha sido víctima de un engaño, por lo que habría que rechazar la demanda y obligar al adquirente al pago de los derechos adquiridos (o, en su caso, a la devolución del préstamo obtenido para financiar la operación contractual).

29 Así lo recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 23 de junio de 2003 (*JUR* 2004\11559), que rechaza la devolución por duplicado de una cantidad entregada por los adquirentes de unos derechos derivados de un contrato cuya resolución solicitan pasados ya un año y tres meses desde su firma, sin que conste que se hubieran entregado en concepto de arras penitenciales o con cualquier tipo de penalización. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 15 de noviembre de 2007 (*AC* 2008\283): debe negarse al adquirente la acción para exigir la devolución del duplo de las cantidades indebidamente adelantadas “cuando inste la ineficacia del contrato por causa de resolución ordinaria (*ex art.* 1124 CC), o anulabilidad”.

Es evidente que no estamos ante una cuestión fácil, ya que habrá de probarse que efectivamente se produjo tal engaño³⁰; precisamente ése es el sentido del desistimiento, permitir al consumidor quedar inmune ante las posibles maniobras fraudulentas del comerciante sin necesidad de demostrar su existencia. De hecho, la Directiva de 2009, en su considerando 9º, hace referencia a la prohibición de prácticas comerciales entre empresas y consumidores que sean engañosas, agresivas o desleales. Y para evitar que se produzcan tales conductas, insiste en la obligación de facilitar la información precontractual al potencial adquirente “para dar al consumidor la oportunidad de comprender cabalmente cuáles son sus derechos y obligaciones en virtud del contrato” que está a punto de concluir.

Por tanto, si esa información se produce, es difícil admitir una especie de presunción *iure et de iure* según la cual siempre que los métodos comerciales hayan sido agresivos va a poder apreciarse una conducta dolosa o, al menos, que induzca al error del consumidor por parte de la empresa transmitente.

Pero hay que admitir que sólo en una minoría de casos los jueces se inclinan a pensar que no hay justificación suficiente para apreciar la existencia de un vicio del consentimiento en el demandante de la ineficacia contractual. Así ocurrió en las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de enero de 2002³¹, de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de mayo de 2002, ya citada³², de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de septiembre de 2004³³, y de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de enero

30 La sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 14 de marzo de 2006 (*JUR* 2006\141053) advierte que “la utilización de técnicas agresivas de captación de clientes por las empresas que se dedican al sector del aprovechamiento por turnos de apartamentos turísticos no es suficiente para entender viciado el consentimiento de los compradores”, sino que “la asunción de tales vicios ha de hacerse de forma restrictiva, y requiere que se demuestren cumplidamente por quien los denuncia, según las reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba”.

31 *AC* 2002\813. Se afirma que “no han logrado los actores acreditar la concurrencia de los vicios invalidantes del consentimiento invocados, pues tal consecuencia no se puede hacer derivar de la rapidez con que se concertó la operación o del sistema utilizado para la captación de clientes (convocatoria a una reunión con promesa de un viaje gratuito) o de los métodos publicitarios empleados por la demandada, que de ninguna manera pueden ser calificados como de maquinación insidiosa. Quizá adoptaran los demandantes una decisión precipitada o irreflexiva, pero lo cierto es que ello no puede determinar la consecuencia pretendida. Porque estamos hablando de una contratación llevada entre personas adultas y capaces, debiendo además recordarse que la contratación por adhesión, aunque precise el correspondiente control legal y judicial para evitar consecuencias abusivas, no produce sin más la nulidad contractual”.

32 Las consideraciones son similares: el uso de posibles técnicas agresivas no queda acreditado; los demandantes no son personas de edad avanzada, o que no puedan tener un conocimiento adecuado del contenido de los contratos que suscriben; en todo caso, tenían los elementos de conocimiento e información suficientes a su alcance para leer y analizar lo que habían firmado. Son personas que se desenvuelven en el mundo jurídico habitual y conocen el alcance de las actuaciones que realizan a la hora de firmar un documento o de firmar un préstamo.

33 *AC* 2005\93. Se vuelve a señalar que las técnicas de venta susceptibles de utilizarse en supuestos de contratación de este tipo de derechos no integran, sin más, supuestos de dolo causante susceptible de viciar el consentimiento de los demandantes.

de 2009³⁴. En las todas ellas se advierte que precisamente por la peculiaridad de las técnicas comerciales utilizadas en las ventas de derechos de aprovechamiento por turno el legislador comunitario y, por ende, el legislador español, reconoció al consumidor un período de reflexión durante el cual puede optar por el desistimiento del contrato sin necesidad de alegación de causa alguna.

Por el contrario, hay muchas ocasiones en las que los Tribunales, ante relatos fácticos similares, sí aprecian la existencia de vicios del consentimiento susceptibles de anular el contrato celebrado. Como botón de muestra, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 29 de enero de 2004, ya citada, se estima que la empresa demandada, a la hora de obtener el consentimiento de los actores en la firma del contrato de aprovechamiento por turno, no actuó —como debiera— con lealtad y buena fe contractual, sino con empleo de argucias y maneras engañosas (ofrecimiento de regalos que realmente no eran tales, promesas y garantías que tampoco resultaban ciertas, contenido contractual confuso e ininteligible, ocultación o falta de información sobre los derechos legales del comprador, presión psicológica disfrazada de asesoramiento técnico, etc.), las cuales, sin duda, indujeron a los actores a celebrar el contrato que sin ellas no hubieran celebrado, actuación que se puede calificar como dolosa que vicia el consentimiento y que, por consiguiente, origina la nulidad (anulabilidad) del contrato³⁵.

Como vemos, hay un primer problema para los adquirentes: la prueba de esas técnicas agresivas. Y, en segundo lugar, conseguir que el juez estime que realmente han sido engañados e inducidos a hacer lo que no estaban dispuestos. La gran duda sigue siendo si siempre que se recurre a ese ofrecimiento de regalos que hacen de gancho, a una fuerte presión psicológica para firmar un contrato ventajoso al que —al menos desde un punto de vista teórico— fácilmente se le puede dar marcha atrás mediante la reventa... ¿hay un comportamiento antijurídico por parte de la empresa vendedora de los derechos?

No lo hay, en todo caso, cuando la propia actuación de los adquirentes de los derechos desmiente que hayan sido inducidos a celebrar el contrato mediante engaño, es

34 AC 2009\705. Si bien los hechos son anteriores a la entrada en vigor de la Ley 42/1998, se advierte que “no puede concluirse la utilización de maquinaciones insidiosas o engañosas aptas para determinar o formar la contratación, al punto de estimar que no hubo consentimiento válido, pues no se puede desprender el dolo ni de la rapidez con que se obtuvo la firma del contrato, ni tampoco del sistema de promoción o marketing mediante regalos, toda vez que la utilización de obsequios como métodos vinculados no está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 9 de la ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios de 1984), ni puede presumirse del peculiar sistema de promoción el ánimo defraudatorio”.

35 En el mismo sentido, podemos traer a colación de nuevo la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Getxo de 30 de junio de 2004, que entiende que “la técnica de venta agresiva sin duda impide realizar una opción sosegada y reflexiva sobre las condiciones esenciales y accesorias del objeto del contrato y es por ello esencial contar con la garantía del derecho de desistimiento. La insistencia agobiante de la venta, la oferta momentánea, la promesa de premios, el aislamiento, la premura en la firma de los documentos esenciales de la venta, pueden distorsionar la realidad y viciar el consentimiento prestado por el consumidor con la proyección prevista en el artículo 1300 del CC, en orden a la nulidad del contrato celebrado”.

decir, cuando quepa aplicar la doctrina de los actos propios. La sentencia ya citada de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 14 de marzo de 2006³⁶, apoyándose en otras sentencias anteriores³⁷, afirma que no cabe estimar la acción de nulidad contractual cuando se aprecia “la ejecución de actos inequívocos que acreditan la voluntad de ejercer los derechos que el contrato confería a los demandantes”, como ocurre en el supuesto de autos con el hecho de haber hecho efectiva la facultad de intercambio dos años sucesivos y haber instado posteriormente la gestión de la reventa de los derechos adquiridos en su condición de socios del Club de intercambio, “siendo evidente que, si ostentaban dichas condiciones, era precisamente en virtud de los contratos cuya nulidad ahora invocan, pretensión que sería contraria a la doctrina de los actos propios”³⁸.

2. Nulidad del contrato por otras causas

A) Por falta de claridad del objeto contratado

Como es sabido, para que haya contrato debe de concurrir el consentimiento de ambas partes sobre el objeto del contrato, que debe estar determinado o haberse fijado las reglas necesarias para su determinación.

Ésta es precisamente una de las causas más frecuentes de apreciación de nulidad de un contrato de aprovechamiento por turno por parte de los jueces: la indeterminación del objeto³⁹, esto es, no se llega a concretar qué bien inmueble va a ser objeto de disfrute con finalidad turística por parte de los consumidores, o bien se produce una indeterminación del período concreto de utilización del mismo.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 15 de abril de 2002⁴⁰ es paradigmática: confirma la ineficacia del contrato declarada en instancia porque “es claro que de la información suministrada no se alcanza a conocer qué fue lo efectivamente vendido, pues los términos contractuales se prestan a confusión o error. No se fija la finca registral cuyo uso se vende, cuestión que ya de por sí vicia de indeterminación el objeto

36 JUR 2006\141053.

37 Cita la de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 6 de julio de 1999, la de la Audiencia Provincial de Cantabria de 20 de diciembre de 2000, la de la Audiencia Provincial de Málaga de 6 de septiembre de 2001, y la de la Audiencia Provincial de Navarra de 21 de diciembre de 2004.

38 Como veremos más adelante, si la reventa no se lleva a cabo por la empresa transmisora de los derechos, lo ajustado a derecho es solicitar la resolución por incumplimiento del contrato (válido), y no la nulidad del mismo.

39 Ésta es uno de los supuestos posibles para los que DÍAZ GÓMEZ (2003:141) tenía sentido el artículo 10.2 de la Ley: “si se tiene en cuenta que el profesional ha podido suministrar determinados datos, aun a sabiendas de que no coinciden con la realidad de los hechos, su exigibilidad, en tanto que sea imposible, podrá ser excepcionada: podrá decirse en su caso, que hay una indeterminación o una falta de existencia del objeto o de la causa del contrato, y en tal caso nulidad” (*Información y voluntad en la contratación de derechos de aprovechamiento por turno*, Valencia, 2003, p. 141).

40 JUR 2004\730.

contractual, creando inseguridad jurídica para el adquirente. Y en cuanto a la semana concreta adquirida, la “04”, de los términos de la cláusula en absoluto cabe inferir que se trate de la semana 4ª del año, pues la numeración va precedida de la mención Estación Color Azul, (...) y se desconoce a que período corresponde la denominada” como tal; “en definitiva, la redacción del contrato dada por la apelante cumple todas las exigencias de la inseguridad, la indeterminación del objeto vendido y la confusión”⁴¹.

En el supuesto de hecho juzgado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de diciembre de 2007, se sanciona con la nulidad de pleno derecho la falta de concreción de cuáles sean los complejos de los que pueden disfrutar los adquirentes de los derechos de aprovechamiento por turno “en virtud de su condición de socios de *Dream Works Vacation Club*, que ni siquiera son seguros, pues dependen de la disponibilidad de los mismos, datos que deberían haber sido concretados en el contrato”.

En el caso abordado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de enero de 2007⁴², tiene lugar la segunda de las posibles causas: hay nulidad contractual porque “debió determinarse la concreta semana de disfrute, como lógica consecuencia del deber de determinación del contrato (...); en el contrato no se detalla el turno, sin concreción de la semana y mes que han adquirido los actores”.

¿Por qué proceden así las empresas? Cabe pensar que esa imprecisión les permite cambiar a su antojo y conveniencia tanto los pisos, apartamentos, bungalows, etc.⁴³, como las fechas de su uso, obteniendo un beneficio económico en cuanto que, una vez ya recibido el importe total del contrato, el cambio de año a año les facilita prestar un servicio de menor calidad y, por tanto, inferior al precio realmente acordado.

41 En nuestra opinión, la ineficacia contractual se produce por la nulidad debida a la inexistencia de uno de los elementos esenciales del contrato, el objeto del mismo, aunque la Audiencia concluya que “es ininteligible el objeto del contrato, quedando viciado por ello el consentimiento que prestaron los adquirentes hoy apelados y nulo el contrato litigioso”. Nuevamente se produce la confusión entre nulidad y anulabilidad; aunque las dos categorías se encuadran dentro de la ineficacia, no se pueden identificar. Si hay vicio del consentimiento, lo que se produce es la anulabilidad prevista en el art. 1300 CC; pero en estos casos de indeterminación del contrato pensamos que se vulnera el art. 1261 CC, y no el 1265 CC.

42 AC 2007\934.

43 La sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de junio de 2000 (AC 2000\2481) muestra claramente cómo una empresa jugó al despiste con sus clientes, en cuanto no sólo se describe el inmueble concreto como objeto de compraventa a tiempo parcial (terminología prohibida por la ley) ubicado dentro de un complejo inmobiliario inscrito en régimen de multipropiedad (sic), sino que además se introdujo en el contrato “una vaga facultad de la vendedora de sustituir un apartamento por otro a su libre arbitrio”, lo que provoca “una gran indeterminación sobre el inmueble, con una escasa claridad, pues no se sabe si se trata de una relación obligacional de disfrutar las dos semanas en cualquier apartamento del complejo, o de una relación real sobre un determinado apartamento”.

B) Por vulneración de normas imperativas

Por si no quedaba claro que el caso anterior –la falta de determinación del objeto– es un supuesto claro de nulidad, de acuerdo con la teoría general del contrato, las normas tuitivas del consumidor refuerzan más si cabe tal afirmación. Efectivamente, esa indeterminación vulnera el art. 9.3º de la Ley 42/1998, que considera como información ineludible “la descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales y al turno en que es objeto del contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina”, como lo recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga recientemente citada; y la de la Audiencia Provincial de Castellón de 20 de mayo de 2002 señala que igualmente “se vulnera los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa que establece el apartado a) del art. 10.1 de la LGDCU”.

Como nos encontramos ante la vulneración de normas de carácter imperativo –que poseen tal carácter precisamente porque concretan el deber de información del empresario, correlativo del derecho a la información del consumidor, en cuanto que, como contratante débil, no participa en la redacción de las cláusulas contractuales, por lo que desconoce a priori su contenido–, la consecuencia no puede ser otra que la prevista en el art. 6.3 del Código Civil, la nulidad del contrato.

También se ha apreciado dicha ineficacia cuando en la documentación contractual se ha hecho caso omiso de la prohibición tanto de la primera Directiva comunitaria como de la Ley española de 1998 respecto a la utilización de los términos que induzcan a pensar que se adquieren derechos como copropietario sobre un inmueble –de ahí la prohibición de utilizar el término multipropiedad–, y no el derecho de uso previsto legalmente. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 4 de abril de 2007⁴⁴ declaró nulo un contrato en el cual se podía leer frases tales como “el adquirente pretende y desea ser copropietario del apartamento abajo referido”, o “el comprador tiene interés y desea convertirse en copropietario del apartamento que a continuación se describe”, las cuales pueden fácilmente dar a entender que estamos en presencia de una compraventa sobre una parte indivisa del inmueble, algo terminantemente prohibido por el art. 1.4 de la Ley 42/1998.

3. Distinción entre nulidad y anulabilidad: la prescripción de la acción

Volvemos a un tema ya esbozado anteriormente: no es indiferente que la ineficacia de un contrato de aprovechamiento por turno venga provocada por una causa u otra, en cuanto que el plazo para plantear la acción correspondiente no es el mismo. Efectivamente, y yendo de menor a mayor gravedad en el defecto de que adolezca el contrato –lo cual se va a traducir en una categoría de ineficacia más grave y en un plazo

⁴⁴ AC 2007\1028.

de prescripción mayor—, el contrato puede ser ineficaz porque no se ha proporcionado la información suficiente (resolución contractual en un plazo de tres meses), porque el adquirente lo es mediante la prestación de un consentimiento viciado por error o dolo (anulabilidad o nulidad relativa en un plazo de 4 años desde la firma del contrato *ex art.* 1301 CC), y porque o hay falta de elementos esenciales del contrato (objeto) o se han vulnerado las normas prohibitivas o imperativas generales en materia de consumidores y usuarios o específicas de la ley 42/1998 (nulidad radical del contrato, aplicable de oficio⁴⁵ e imprescriptible).

Por ello, hay que distinguir muy bien entre anulabilidad y nulidad, algo que no siempre hacen nuestros Tribunales. Pone el dedo en la llaga la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de enero de 2009, ya citada, cuando —si bien *obiter dicta*— advierte que “los vicios del consentimiento integrarían causa de anulabilidad, distinta de la nulidad en la que cabría incardinar *ex art.* 6.3 del Código Civil los actos contrarios a una norma imperativa o prohibitiva, y también de la inexistencia, aquellos contratos en los que falta alguno de los requisitos del artículo 1261”. Y para el caso de que se vulnere una norma imperativa, remacha la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 4 de abril de 2007 que el contrato “es radicalmente nulo sin posibilidad de ser sanado, ni siquiera por el transcurso del plazo de caducidad previsto en la Ley 42/1998, ya que ese plazo está previsto exclusivamente para el supuesto de falta de información” (se refiere a los tres meses para resolver el contrato en ese supuesto específico de incumplimiento), añadiéndose más adelante que “la acción no prescribe; la nulidad se produce *ipso iure* y por ello es imprescriptible”⁴⁶.

4. Ineficacia por resolución por incumplimiento contractual

Asimismo, el contrato de aprovechamiento por turno podrá ser ineficaz no ya por esa causa específica de resolución de la propia Ley 42/1998, en cuanto que se incumpla el

45 Nos mostramos de acuerdo con la doctrina jurisprudencial emanada de varias sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, que, remitiéndose a las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9989) y 16 de marzo de 2001 (RJ 2001\3200), entiende en su sentencia de 21 de noviembre de 2003, ya citada, que en los casos en que se vulnera el contenido prohibitivo —por ejemplo, la utilización de los términos copropiedad o copropietario— o imperativo —el contenido mínimo del contrato— de la Ley 42/1998 o de la normativa general sobre protección de los consumidores, estamos ante actos nulos de pleno derecho, cuya nulidad puede ser incluso declarada de oficio cuando se trate de infracciones de un precepto claro y terminante, consideraciones que vuelven a ser puestas de manifiesto, y fundamentan el fallo, en sus sentencias de 4 de abril de 2007, ya citada, y de 30 de junio de 2008 (AC 2008\1585).

46 Por eso apostilla DÍAZ GÓMEZ (2003:142) que “frente al posible recurso de la resolución del contrato por la vía del artículo 10.2, la nulidad del contrato permite aumentar la protección del consumidor; pues, por un lado, se amplían los supuestos que la originan, ya que no son sólo aquellas informaciones que estén o deban estar contenidas en el documento informativo, sino cualquier otra que haya sido suministrada por el profesional; y, sobre todo, porque se otorga al consumidor un plazo de ejercicio más largo”.

deber de información precontractual y contractual por parte de la empresa transmisora de los derechos –caso en el cual, si se ha entregado alguna cantidad a cuenta, deberá devolver la empresa al adquirente el duplo de lo recibido–, sino que también cabrá resolver el contrato por incumplimiento de acuerdo con la acción general contemplada en el art. 1124 CC.

A) Incumplimiento de la obligación de reventa

Uno de los motivos más abundantes en la jurisprudencia menor para proceder a la resolución de un contrato de aprovechamiento por turno es el incumplimiento por parte de la empresa del mal llamado “pacto de reventa”, en cuanto que si se revende algo, es que previamente se había “vendido”...lo cual es precisamente lo que se quiere evitar a toda costa por parte de la normativa comunitaria, la confusión acerca de la naturaleza de los derechos adquiridos por el consumidor.

En definitiva, estamos en presencia de un *gancho* más utilizado por las empresas propietarias de los inmuebles de uso turístico: “si usted se compromete pero no le satisface el uso del apartamento, después de pasado un plazo mínimo de tiempo –un par de años o tres, es decir, cuando ya ni se puede desistir ni solicitar la resolución por falta de información *ex art.* 10 de la Ley 42/1998–, puede desligarse del contrato solicitando que procedamos a la reventa de sus derechos”...pero entonces la empresa se lava las manos, diciendo que no ha encontrado comprador...por lo que el consumidor debe seguir pagando los derechos de algo que no quiere ya usar.

El problema de fondo que se plantea –con desigual respuesta por parte de las Audiencias Provinciales– es tan sencillo como el siguiente: la obligación a la que se compromete la empresa de revender los derechos de uso ¿es una obligación de medios o de resultados? Dicho de otro modo, ¿es una prestación esencial para el adquirente o no deja de ser algo accesorio en el contenido contractual? En el primer caso, si no se encuentra comprador, los jueces van a rechazar la demanda de resolución contractual, mientras que en el segundo apreciarán incumplimiento contractual, y por tanto estimarán la demanda planteada por los adquirentes.

Veamos un ejemplo: en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de mayo de 2008⁴⁷, se analiza el alcance de la cláusula siguiente de un contrato firmado el 19 de julio de 2002: “por medio de la presente, Blue Millenium S. L. certifica a los señores N. y N. que dicha mercantil procederá a la gestión de reventa del turno adquirido una vez realizados como mínimo dos intercambios, mediante empresas o terceros especializados, otorgando para ello poder notarial. La gestión se realizará por un plazo máximo de 45 días a partir de su solicitud por escrito, pudiendo en este caso hacerse a partir de septiembre de 2003”.

⁴⁷ AC 2008\1116.

Lógicamente, las empresas, en cuanto demandadas, alegan siempre que han llevado a cabo las “gestiones” necesarias para satisfacer la solicitud de los adquirentes, pero sin éxito alguno. Y hay sentencias que han acogido esta interpretación, estableciendo que el deber de la empresa se trata de una obligación de medios, por lo que bastará acreditar la realización de esas gestiones para rechazar la existencia de incumplimiento. Así, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de enero de 2005⁴⁸, que entiende que, “en principio, se trata de una prestación accesoria respecto de la principal, que es la venta del derecho de aprovechamiento por turno”; y, sobre todo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 26 de enero de 2006⁴⁹, que acepta los argumentos de la empresa demandada acerca de que la gestión de reventa es una obligación de medios, no de resultado, y no puede tener la consideración de esencial, de modo que faculte para la resolución contractual, exclusivamente por este motivo (...), no constando que la finalidad del contrato estuviera supeditado a la reventa del derecho adquirido, ni frustra las legítimas expectativas del aprovechamiento por turnos contratado, el hecho de que la mercantil no haya procedido a materializar la reventa”; y en similar sentido, la de la misma Audiencia de Málaga de 4 de abril de 2006⁵⁰.

Por el contrario, la mayoría de las Audiencias sí estiman que la obligación de reventa es una obligación esencial del contrato, en cuanto que tranquiliza al adquirente, dándole a entender que podrá recuperar gran parte del desembolso realizado, y que tiene el carácter de obligación de resultados. Podemos citar dos sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, contradictorias con las anteriores; una, de 30 de junio de 2003⁵¹, en cuanto que esta vez sí se considera que “la entidad vendedora se comprometió a revender esta semana y la que poseía además el comprador en otro complejo, aunque para ello utilizara a ora sociedad, sino que dicho compromiso fue esencial para el otorgamiento del contrato”; además, estima que “ha existido por parte de la entidad vendedora un incumplimiento de contrato, ya que incumplió su obligación de reventa, al no constar ni siquiera que la entidad encargada de la misma haya contactado con los compradores”, y otra, de 19 de abril de 2007⁵².

De un modo mucho más claro, varios fallos de la Audiencia Provincial de Barcelona se pronuncian en el mismo sentido: sentencias de 14 de noviembre de 2006⁵³, 9 de abril

48 JUR 2005\3666.

49 AC 2006\473.

50 JUR 2006\263432. Se señala que la empresa “sólo se comprometía, una vez requerido el servicio, a tramitar la cesión o alquiler del derecho de uso y disfrute anual a través de profesionales del sector turístico especializados” en dichas operaciones, lo cual se hizo seleccionando a una de las empresas de más confianza, dando como referencia para contactar el nombre de una entidad, un número de teléfono y una persona de contacto... Si eso es cumplir con el deber de reventa, ¡ancha es Castilla!

51 AC 2003\1883.

52 AC 2007\2149.

53 AC 2006\160.

de 2008⁵⁴ y 30 de mayo de 2008; en este último fallo, ya citado, se advierte que, si bien literalmente en el contrato se recoge que la empresa asume la “gestión” de la reventa, “no es menos cierto que se está dando la sensación de que tal reventa estaría consumada en 45 días, y en la persuasión de que el precio de reventa no podría ser muy dispar del de la compra efectuada un año antes”; en definitiva, la seguridad de la inversión, garantizada mediante el mecanismo de la reventa, “es bastante trascendente a la hora de que los demandantes se decidieran a comprar”, luego ni puede aceptarse —añadimos nosotros— ni que se le califique como un deber puramente accesorio, ni que se le considere como una obligación de medios, que permite a las empresas desentenderse del asunto remitiendo a empresas intermediadoras donde se pierde inevitablemente el proceso de reventa.

Asimismo, podemos acudir a las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava de 10 de abril de 2003⁵⁵, que distingue muy acertadamente entre “garantizar” y “meramente gestionar”; la de la Audiencia Provincial de León de 27 de enero de 2003⁵⁶, que señala en un párrafo que bien puede servir de conclusión, que “dado que tal incumplimiento del compromiso de reventa lo es de una de las obligaciones esenciales del contrato concertado entre las partes, del que aquel indudablemente forma parte, y no meramente una obligación accesorio o complementaria, por cuanto tal obligación resultó decisiva para determinar a los compradores a prestar su consentimiento”; y por último, una más reciente de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 15 de mayo de 2008⁵⁷.

B) Incumplimiento de otros deberes de las empresas transmitentes de los derechos de aprovechamiento por turno

Realmente hay pocos supuestos de resolución por incumplimiento por parte de las empresas al margen del pacto de “reventa” visto anteriormente. Prácticamente se reducen a que los adquirentes no pueden finalmente usar el inmueble prefijado en las fechas previamente convenidas, lo cual frustra sus expectativas de tal forma que permite soli-

54 JUR 2008\197865.

55 AC 2003\1037.

56 JUR 2003\115245.

57 JUR 2008\331025. La argumentación es muy similar a la ya vista en ocasiones anteriores: la inclusión del pacto de “gestión de reventa”, con el fin de recuperar la inversión efectuada, induce a confusión sobre el verdadero objeto de la cláusula, pues parece convertir la obligación de la demandada en una obligación de medios, como era la simple “gestión de reventa”, en vez de una obligación de resultados, cual es “la recuperación de la inversión efectuada”, a conseguir, además, durante el plazo máximo de treinta días (...). Se señala además que la seguridad que otorga la cláusula de garantía que se debate supone uno de los puntos esenciales de la contratación, permitiendo libremente la recompra de la participación adquirida, aun en un pacto anexo, no es, en este caso, una obligación independiente, accesorio e intrascendente, sino que es una obligación destacada dentro del contrato con una significación esencial y determinante en la finalidad negocial, que influirá decisivamente en la emisión de la voluntad de los compradores, tranquilizándoles sobre la seguridad de su inversión... *luego no es de recibo que la empresa se quiera “ir de rositas” poniendo en contacto a los adquirentes con una empresa especializada del ramo* (la cursiva es nuestra).

citar la resolución contractual por la vía del artículo 1124 del Código Civil y, por ende, la devolución de la cantidad entregada en pago por la adquisición de los derechos de tiempo compartido.

Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de enero de 2003⁵⁸ se resuelve un contrato celebrado por unos adquirentes de derechos de aprovechamiento por turno para los que fue requisito fundamental de cara a la efectividad de su consentimiento disfrutar de las vacaciones ofertadas en el mes de agosto del mismo año en el que se firmó dicho contrato, hecho que no tuvo lugar porque hasta finales de ese mes no recibieron la certificación de ser miembros del club de intercambio, ofreciéndoseles posteriormente utilizar el inmueble objeto del contrato en Navidades. Todo ello permite apreciar una “postura rebelde de la demandada a dar exacto cumplimiento a sus obligaciones pese al puntual cumplimiento de las suyas por parte de sus defraudados clientes”, por lo que tienen derecho “a obtener la resolución contractual y la restitución de lo pagado” con los intereses correspondientes.

En términos similares se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25 de septiembre de 2005⁵⁹, que resuelve un contrato que, al ser anterior a la entrada en vigor de la Ley 42/1998, no permite aceptar la consideración de cierto pago como anticipo prohibido en el artículo 11 de dicha norma y su devolución por duplicado, pero no hay problema alguno en estimar la pretensión subsidiaria de resolución contractual por incumplimiento en aplicación del artículo 1124 del Código Civil, en cuanto que el apartamento objeto del contrato debía haber sido utilizado por los adquirentes de derechos de uso por turno durante dos semanas de enero de 1999...y no fue hasta julio de 2001 cuando recibieron la documentación que les permitía acceder a dicho uso, lo que no puede calificarse como un simple retraso, sino como “auténtico incumplimiento del contrato en cuanto se produjo la frustración de las legítimas aspiraciones de los actores, que eran disfrutar de su apartamento desde la fecha en que se acordó”⁶⁰.

58 AC 2003\1270.

59 AC 2005\1846.

60 Si bien en enero de 1999 se les dio como alternativa alojarse en un hotel, tanto en enero de 2000 como en enero de 2001 ni siquiera se les ofreció ninguna posibilidad similar de sustitución.

V. Ineficacia de los contratos de préstamo vinculados a los contratos de aprovechamiento por turno compartido

1. La exclusividad del pacto entre la empresa transmitente de los derechos de aprovechamiento por turno y la entidad financiera

Si bien la materia objeto de este apartado ha sido objeto de tratamiento específico en una publicación anterior⁶¹, dos acontecimientos posteriores a la redacción de la misma hacen necesario volver a abordar esta temática que sigue dando mucho trabajo a nuestros Tribunales. Nos referimos tanto a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de abril de 2009⁶², que resuelve el caso *Luigi Scarpelli v. NEOS Banca S. A.*, y que establece la no exigencia del requisito de la exclusividad entre comerciante y prestamista para apreciar la exigencia de un crédito al consumo vinculado al contrato celebrado entre el comerciante y un consumidor, así como a la propia Directiva de 2009, que regula en su artículo 11 la “rescisión de contratos accesorios”; habrá que ver en qué medida la nueva normativa comunitaria se corresponde con la reciente interpretación jurisprudencial, así como cuál es la situación legislativa y jurisprudencial en España, esto es, si habrá que modificar o no la normativa sobre los préstamos vinculados y si las sentencias de nuestros Tribunales están recogiendo la doctrina jurisprudencial del alto Tribunal comunitario.

En definitiva, el problema al que nos referimos también se planteó cuando los afectados por el caso *Opening* reclamaron no sólo que las entidades financieras que seguían reclamando las cuotas de un préstamo para pagar unas clases que ya no se impartían dejaran de hacerlo, sino que devolvieran lo recibido hasta el momento a los que habían dejado de recibir el servicio contratado con la academia citada: las entidades alegaron entre otras cosas que, al ser varias las que podía elegir el alumno para financiar la operación, no se cumplía el requisito de exclusividad en la relación previa entre financiador y comerciante exigido en el art. 11 de la Directiva 87/102 sobre los créditos al consumo⁶³, y el art. 15.2 de la normativa española sobre dicha materia, la Ley 7/1995, de 23 de marzo. Como muy bien dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de mayo de 2008, la reacción del legislador, ante el posible desamparo de los consumidores —que no sólo veían cómo dejaban de recibir el servicio contratado, sino que además

61 Me refiero a mi artículo publicado en el núm. 2 de esta misma revista, de marzo de 2009, titulado “Multipropiedad y préstamos bancarios conexos”, pp. 103 a 114.

62 TJCE 2009\88.

63 Según el art. 11 de la Directiva, el consumidor podrá dirigirse contra el prestamista “cuando los bienes o servicios no se suministren o no sean conformes al contrato de suministro” financiado por aquél —es decir, cuando ambos contratos son conexos o vinculados— siempre que “entre el prestamista y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo en virtud del cual exclusivamente dicho prestamista podrá conceder crédito a los clientes de dicho proveedor para la adquisición de bienes o servicios suministrados por este último”.

sufrían la reclamación de la devolución del préstamo recibido para contratar dicho servicio—, fue la modificación de la Ley de 1995 mediante la redacción conferida al art. 15, párrafo b), por el art. 134 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁶⁴: si bien sigue haciendo referencia a la necesidad de un acuerdo previo, concertado en exclusiva, entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios, como norma general para obtener la ineficacia del contrato de préstamo, se exceptúa para el caso de que “se provean servicios de tracto sucesivo y prestación continuada”, en cuanto que bastará que “exista un acuerdo previo en virtud del cual aquél (el concedente del crédito) ofrecerá crédito a los clientes del proveedor”.

Esa misma consecuencia, la ineficacia del contrato de préstamo derivada de la ineficacia del contrato conexo —sea cual sea tanto la modalidad contractual, como la causa de ineficacia del mismo—, prevista en la normativa comunitaria e interna, tanto sobre los créditos al consumo en general como sobre el contrato de aprovechamiento por turno en particular, no depende del pacto de exclusividad, de acuerdo a lo establecido a la STJCE anteriormente reseñada. En efecto, en la misma el Tribunal cifra la cuestión prejudicial planteada en “si debe existir una cláusula de exclusividad entre el prestamista y el proveedor para que el consumidor pueda dirigirse judicialmente contra el prestamista en caso de incumplimiento de las obligaciones que incumben al vendedor⁶⁵; en particular, “si es necesario en caso de demanda de resolución del contrato de financiación y en caso de restitución de las sumas ya pagadas a la entidad financiera”.

El TJCE entiende, a *sensu contrario*, que si exigiera la exclusividad la norma comunitaria no ofrecería ningún plus de protección al consumidor respecto a las normas contractuales generales, por lo que aboga por interpretar la norma en el sentido de que “la existencia de un acuerdo entre el prestamista y el proveedor, en virtud del cual exclusivamente dicho prestamista podrá conceder crédito a los clientes de dicho proveedor, no es requisito necesario para el ejercicio del derecho del cliente a dirigirse contra el prestamista en caso de incumplimiento de las obligaciones que incumben al proveedor, con objeto de obtener la resolución del contrato de préstamo y la consiguiente devolución de los importes pagados a la entidad financiera”.

¿Por qué el TJCE interpreta la norma comunitaria saltándose a todas luces la literalidad de la misma, que contiene el adverbio *exclusivamente* para calificar la potestad de la concesión del crédito por la entidad financiera? Porque...ya está vigente una nueva Directiva sobre los contratos de crédito al consumo, la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, que deroga a la anterior, y que no sólo incluye en el típico elenco de

64 Recordemos que dicho precepto, de modo correlativo al inmediatamente transcrito, exigía que concurran en el contrato de financiación tres circunstancias para que pueda determinarse su ineficacia ligada a la del contrato de consumo financiado, la segunda de las cuales consiste en que “entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo, *concertado en exclusiva* (la cursiva es nuestra), en virtud del cual aquel ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste”.

65 En nuestro caso, la empresa transmitente de los derechos de aprovechamiento por turno.

definiciones a los contratos de crédito vinculados, sino que al referirse a ellos desaparece la exclusividad: según el art. 15.2 de dicha norma, “si los bienes o servicios estipulados en un contrato de crédito vinculado no son entregados, o lo son sólo en parte, o no son conformes con el contrato de suministro de bienes o servicios, el consumidor tendrá derecho de recurso contra el prestamista siempre que haya recurrido contra el proveedor y no haya obtenido de él la satisfacción a que tiene derecho”; es decir, el consumidor –adquirente de derechos de aprovechamiento por turno, v. gr.– puede actuar contra la entidad financiera que le concedió el préstamo para pagar el precio del contrato de consumo aunque no sea la única que trabaje con la empresa suministradora del bien o servicio. En definitiva, si bien la Directiva anterior sigue siendo eficaz⁶⁶, el TJCE aplica ya la nueva... para proteger al consumidor, lo cual es loable, pero rechazable en nuestra opinión porque la nueva norma no tiene efectos retroactivos, por muy *pro consumatore* que sean.

Ahora bien, con respecto a los contratos de aprovechamiento por turno, tanto la Directiva de 1994⁶⁷ como la Ley española de 1998, al referirse a los contratos de préstamo vinculados, en ningún caso exigen la exclusividad de la relación entre empresa transmitente de los derechos de aprovechamiento y entidad financiera, por lo que, en nuestra opinión, al constituir una *lex specialis* respecto a la normativa general sobre créditos al consumo, ya se podía aplicar la doctrina emanada del TJCE para el caso Scarpelli.

Pero además ya no hay duda de que ha desaparecido el requisito de la exclusividad desde la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 15 de la Ley de crédito al consumo, y es obvio que un contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles es un contrato de tracto sucesivo y prestación continuada durante los años en los que los adquirentes tienen derecho a usar el inmueble para disfrutar de sus vacaciones.

2. Aplicación analógica a todos los supuestos de ineficacia, no sólo a la resolución por incumplimiento

Tanto la sentencia del TJCE como la redacción de la normativa aplicable debe ayudar a clarificar las decisiones de nuestra jurisprudencia menor, ya que es un aspecto más de la protección a los adquirentes de derechos de aprovechamiento por turno compartido

66 Según el art. 29 de la Directiva 2008/48/CE, la Directiva 87/102/CEE queda derogada con efectos a partir del 12 de mayo de 2010.

67 En el Considerando núm. 13, se señalaba que “en caso de resolución de un contrato de adquisición de un derecho de utilización en régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles, cuyo precio esté total o parcialmente cubierto por un préstamo concedido al adquirente por el vendedor o por un tercero sobre la base de un acuerdo celebrado entre éste y el vendedor, conviene prever que el contrato de préstamo sea resuelto sin penalidad”; vemos que, efectivamente, no se añadía el calificativo de exclusivo a dicho acuerdo. De modo análogo se procedía en el art. 7: se hablaba de un préstamo concedido al adquirente por un tercero “previo acuerdo celebrado entre el tercero y el vendedor”, sin más; y donde la Ley no distingue, no debemos distinguir nosotros.

donde hay contradicción entre las Audiencias Provinciales, ya que la prueba del acuerdo exclusivo puede calificarse para los demandantes como un ejemplo más de *probatio diabolica*.

Así, en dos sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid –una, de 11 de febrero de 2008⁶⁸; y otra, de 10 de abril de 2008⁶⁹–, si bien declaran nulo un contrato de aprovechamiento por turno –por falta de determinación del inmueble sobre el que ejercitar los derechos adquiridos la primera, y por error en el consentimiento la segunda–, no se admite la nulidad del contrato de préstamo celebrado por los adquirentes en cuanto que no se ha acreditado la existencia de un acuerdo previo concertado en exclusiva entre la empresa transmitente y la entidad financiera⁷⁰.

En parecidos términos se manifiesta la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 30 de mayo de 2008, ya citada, en la cual, a pesar de resolver el contrato de aprovechamiento por turno por incumplimiento del pacto de reventa, mantiene la eficacia del préstamo vinculado porque no se cumple el requisito de la exclusividad.

Por el contrario, la Audiencia Provincial de Vizcaya, en su sentencia de 11 de junio de 2008⁷¹, declara nulo un contrato de préstamo vinculado a uno de aprovechamiento por turno declarado nulo porque la entidad financiera –el BSCH– no ha acreditado la pretendida falta de exclusividad, “siendo que era al BSCH a quien correspondía acreditarla”; como vemos, el Tribunal acude al socorrido recurso de la inversión de la carga de la prueba para establecer una especie de presunción *iuris tantum* de exclusividad⁷²...

68 AC 2008\634.

69 JUR 2008\150186.

70 En la primera de las dos sentencias, si bien la Audiencia reconoce que dicha exigencia ha desaparecido tras la entrada en vigor de la Ley 62/2003, como los hechos tuvieron lugar antes de la misma, entiende aplicable la Ley de crédito al consumo en su redacción originaria; y como la entidad financiera demandada, el BBVA, no es la única que ha concedido préstamos a los clientes de la empresa transmitente de los derechos de aprovechamiento por turno –hay quienes lo concertaron con Caja Madrid–, no puede entenderse que estemos ante contratos conexos, por lo que el préstamo sigue siendo válido a todos los efectos. Aquí el problema radica en si la norma aplicable es la Ley de créditos al consumo o la Ley 42/1998, más favorable al consumidor en este sentido sin ninguna duda, como ya se dijo anteriormente. De hecho, la segunda de las sentencias entiende que es la Ley 42/1998 la aplicable; pero no admite la nulidad del préstamo decretada en la instancia porque sólo cabe apreciarla si el contrato financiado ha sido resuelto o ha devenido ineficaz por desistimiento, lo cual no ocurre, tema éste que veremos a continuación. En todo caso, añade que tampoco podría apreciarse la nulidad del préstamo porque los empleados de la empresa transmitente dieron a elegir a los adquirentes entre el BBVA y el BSCH como entidades a las que solicitar la concesión del crédito.

71 AC 2008\2359.

72 Mecanismo muy similar al utilizado por nuestra jurisprudencia para relajar el requisito de la culpa o negligencia en la responsabilidad extracontractual o aquiliana derivada del art. 1902 del Código Civil.

para así alcanzar el resultado previsto en la normativa vigente, pero no aplicable cuando los hechos tuvieron lugar⁷³.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 15 de mayo de 2008, ya citada, resuelve un contrato de aprovechamiento por turno por incumplimiento del pacto de reserva —como el primero de los pronunciamientos de la Audiencia Provincial de Barcelona vistos anteriormente—, y sí aprecia la ineficacia del contrato de préstamo, en cuanto que, por lo que respecta a la carga de la prueba sobre la exclusividad entre empresa y financiador, “se ha puesto de manifiesto que la inexistencia de acuerdo previo y la no exclusividad quedan fuera del alcance del consumidor”⁷⁴, amén de que proporciona ciertos criterios que permiten relajar la exigencia de la exclusividad⁷⁵.

En cualquier caso, la inseguridad jurídica causada por la interpretación diversa del art. 15 de la Ley de crédito al consumo desaparecerá cuando los contratos cuya ineficacia se pretenda sean posteriores a la entrada en vigor de la Ley 62/2003, aparte de que incluso para los fallos que afecten a contratos celebrados vigente la redacción originaria debería ya tenerse en cuenta la interpretación de la Directiva comunitaria ya derogada efectuada por el TJCE, que como ya sabemos es contraria a la exigencia del requisito de la exclusividad en la relación entre empresa proveedora y entidad financiera.

Conclusión con la que se alinea la nueva Directiva sobre derechos de aprovechamiento por turno, que en su art. 11.2, a la hora de establecer los requisitos para solicitar la “rescisión” de los contratos accesorios al contrato principal, el que transmite los derechos de aprovechamiento por turno, señala que, “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 15 de la Directiva 2008/48/CE (...), en caso de que el precio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un préstamo concedido al consumidor por el comerciante o

73 El contrato de préstamo se formalizó en julio de 2003, meses antes de la reforma de la Ley de crédito al consumo.

74 Si bien el actor no puede probar el acuerdo previo exigido por la norma, el juez sí puede deducir su existencia a partir de indicios tales como “la existencia de una colaboración planificada entre el proveedor de los bienes y servicios y el financiador, la falta de contacto o relación directa del prestamista con el consumidor, facilitar el propio proveedor el impreso para la solicitud del préstamo, la contratación simultánea del servicio y la financiación, etc.” Esta postura nos parece más acertada que la inversión de la carga de la prueba, por muy favorable al consumidor que sea, ya que violenta la dicción literal del precepto.

75 Se hace referencia a una interpretación excesivamente rigurosa del precepto en la práctica totalidad (sic) de las Audiencias Provinciales, en cuanto que “la exclusividad del acuerdo no sólo debe apreciarse desde la perspectiva del proveedor y del prestamista, sino también del consumidor, que no puede acudir para la financiación de la adquisición a quien tenga por conveniente, sino únicamente al empresario o empresarios que le son indicados por el proveedor”; y se añade que “la nota verdaderamente determinante es que el concedente del crédito colabore asiduamente y en masa con el proveedor, aunque la financiación sea compartida simultánea o sucesivamente con otros también predeterminados, cuya intervención es sugerida o impuesta al consumidor, que no es libre para elegir al financiador que tenga por conveniente”. Esto último es lo que nos parece resaltable; si hay varias entidades concertadas con la empresa proveedora de los derechos por turno, pero al adquirente sólo se le ofrece acudir a una de ellas, ¿hay exclusividad?

por un tercero según lo convenido entre el tercero y el comerciante, el contrato de préstamo quedará rescindido, sin coste alguno para el consumidor”.

Por tanto, cuando el adquirente de derechos de aprovechamiento por turno, aparte de obtener la ineficacia del contrato de adquisición, solicite la devolución de lo devuelto a la entidad financiera en concepto de préstamo vinculado al contrato de aprovechamiento por turno, ésta no podrá ya oponer que el acuerdo con la empresa transmitente no estaba concertado en régimen de exclusividad.

En definitiva, el problema se plantea cuando son varias las entidades financieras con las que está previamente de acuerdo el vendedor de los derechos de aprovechamiento... porque si sólo hay una con la que la empresa concierta todos los préstamos, la exclusividad se da de suyo.

3. Precisiones terminológicas: supuestos de ineficacia del contrato de aprovechamiento por turno que provocan la ¿ineficacia? del contrato de préstamo vinculado

Como acabamos de ver, la Directiva de 2009 contempla como consecuencia de la ineficacia de un contrato de aprovechamiento por turno –provocada por el ejercicio del derecho de desistimiento por parte de los adquirentes– la *rescisión* del contrato de préstamo vinculado. Y en el núm. 3 del artículo 11 se añade que “los Estados miembros establecerán normas detalladas relativas a la rescisión de tales contratos”.

Desde el punto de vista del campo de aplicación de la doctrina de los contratos conexos o vinculados, la “nueva” Directiva es menos favorable para los consumidores que la “antigua”, ya que el art. 7 de la Directiva 94/47/CE contemplaba como supuesto de hecho el que “el adquirente ejerza cualquiera de los derechos de resolución del contrato”, esto es, no sólo el desistimiento, sino también la resolución contractual por falta de la información exigida en la documentación del propio contrato.

Y desde el punto de vista terminológico en cuanto a la consecuencia jurídica de la previa ineficacia del contrato “principal”, la norma comunitaria vuelve a tropezar en la misma piedra: si en 1994 se estipuló que “el contrato de préstamo quedará resuelto”, en 2009 se establece que “el contrato de préstamo quedará rescindido”. En el primer caso, el término resulta inapropiado para referirse a los supuestos en los que no se produce ningún tipo de incumplimiento por parte de la empresa transmitente de los derechos, como ocurre en el desistimiento ejercido por el adquirente; y en el segundo, los contratos rescindibles son aquellos que, siendo válidos, causan daño a una de las partes, lo que no ocurre en ningún caso: si el adquirente desiste del contrato o solicita su resolución por incumplimiento de los deberes de información de la otra parte contratante, el contrato devendrá ineficaz, luego no cabe confundir desistimiento y resolución con rescisión.

En definitiva, volvemos sobre un viejo problema ya comentado en nuestro trabajo anterior. Y nos reafirmamos en lo ya dicho entonces: la doctrina de los contratos vincu-

lados o conexos se aplica cualquiera que sea la causa o supuesto de ineficacia del contrato principal o financiado —el de aprovechamiento por turno—, teniendo como consecuencia inmediata sobre el contrato accesorio —el de financiación, llamémosle préstamo o crédito al consumo— la declaración de ineficacia.

Y para ello nos apoyamos en que la propia Directiva de 2009 admite que su normativa específica sobre contratos conexos se aplica sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2008/48/CE, que establece dos supuestos distintos, el desistimiento y la resolución por incumplimiento del contrato principal:

1. Si el consumidor ha ejercido su derecho de desistimiento conforme al Derecho comunit el consumidor tendrá derecho de recurso contra el prestamista (...).

2. Si los bienes o servicios estipulados en un contrato de crédito vinculado no son entregados, o lo son sólo en parte, o no son conformes con el contrato de suministro de bienes o servicios, el consumidor tendrá derecho de recurso contra el prestamista (...).

Por tanto, la Directiva de crédito al consumo “nueva” ofrece un nivel de protección más alto al adquirente vinculado a una entidad prestamista que la propia “nueva” Directiva sobre aprovechamiento por turno: coinciden ambas en eliminar la relación con el financiador si hay desistimiento, pero la Directiva del crédito al consumo contempla la misma medida si:

- Los bienes o servicios no son conformes con el contrato de suministro...es decir, cuando hay falta de conformidad del inmueble o de sus circunstancias de uso vacacional, como puede ser la alteración en las fechas de disfrute que frustra las expectativas de los adquirentes, casos contemplados en nuestra jurisprudencia menor, vistos anteriormente.
- Los bienes o servicios no son entregados. ¿Cuándo puede ocurrir eso? En nuestra opinión, si dejamos aparte el desistimiento, cuando el adquirente resuelve el contrato en los tres meses siguientes a su celebración por la falta de información mínima...o cuando, superado ese plazo, el contrato es nulo por falta de objeto —el adquirente no ha llegado a disfrutar de sus vacaciones porque no se determinó que inmueble se iba a utilizar, luego no se entregó—...o cuando el contrato es anulable por vicios en el consentimiento del adquirente, que tampoco llegó a disfrutar del inmueble contratado. Avala esta interpretación el que en el Considerando 37 de la Directiva 2008/48/CE añade que, además del ejercicio de desistimiento, “ello no debe afectar a las normas nacionales aplicables a los contratos de crédito vinculados en caso de que un contrato de compra haya quedado *anulado*”. Anular no es ni desistir, porque ya se ha mencionado expresamente, ni resolver, porque ésa es la consecuencia de la falta de conformidad; necesariamente tiene que pensarse en los supuestos de nulidad radical o de anulabilidad a los que nos hemos referido más arriba.

Así piensa nuestra jurisprudencia menor, en línea con la actual redacción del art.15 de la Ley de crédito al consumo –que recordemos que sólo se ha modificado en lo referente a la no exigencia de exclusividad para los contratos de tracto sucesivo y prestación continuada–, que debería permanecer así cuando se adapte a la Directiva de 2008: la ineficacia del contrato financiado provoca la ineficacia del contrato de préstamo vinculado.

En efecto, ya la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 27 de abril de 2007⁷⁶ declaró que “la consecuencia de la nulidad de dicho contrato de préstamo viene determinada por el éxito de la acción de nulidad por falta de concurrencia de los requisitos del art. 1261 o de anulabilidad del art. 1300 CC, sin ignorar la aplicabilidad del art. 12 de la ley de aprovechamiento por turnos, que, en supuestos de resolución, la extiende a los contratos de préstamo celebrados (...), extensión que, si es predicable para los supuestos de resolución, en mayor medida lo es para los supuestos de nulidad”.

Posteriormente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 11 de junio de 2008⁷⁷ declara que, constatada la estrecha vinculación entre un contrato de aprovechamiento por turno y uno de préstamo y apertura de cuenta, “la nulidad del contrato de préstamo resulta obligada, por aplicación de lo preceptuado en los artículos 14 y 15 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo”.

En conclusión, lo mejor que podría hacer el legislador español, si tiene algún día la feliz idea de trasponer las Directivas 2008/48/CE y 2008/122/CE, y elaborar dos nuevas leyes sobre créditos al consumo y sobre la adquisición de derechos de aprovechamiento por turno⁷⁸, es dejar las cosas como están: el precepto de la segunda de ellas relativa al contrato de préstamo debería referirse como mínimo, igual que ahora, al desistimiento y a la resolución específica por falta de información del contrato de aprovechamiento por turno como causas de *ineficacia* –que no de rescisión– de aquél⁷⁹; y en la normativa

76 JUR 2007\261951.

77 AC 2008\3259.

78 Los antecedentes no son muy halagüeños en lo referente a la diligencia del legislador español para transponer las normas comunitarias dentro del plazo marcado por su homónimo comunitario. Baste citar como ejemplo que la Directiva de octubre de 1994 sobre tiempo compartido debería haber sido transpuesta dentro de los 30 meses siguientes, esto es, abril de 1997...y la ley española entró en vigor en enero de 1999.

79 Coincidimos plenamente con la Audiencia Provincial de Barcelona cuando, en su sentencia de 30 de mayo de 2008, ya citada, critica que el Juzgado de Instancia declare la ineficacia de un contrato de financiación aplicando el art. 12 de la Ley 42/1998, ya que “tal aplicación no es correcta, pues el art. 12 citado (al igual que el art. 6 de la Directiva comunitaria) se refiere a los supuestos en que el adquirente desiste o resuelve el contrato financiado en función de tal facultad resolutoria prevista en el art. 10, es decir, el libre desistimiento en los diez primeros días (lo que posiblemente explica que la financiación no se hiciera antes de tal tiempo) o de la facultad de resolver por falta de indicación de más menciones legalmente obligadas, en el plazo del apartado 2 del art. 10, que no es el caso”, ya que la ineficacia del contrato tiene como causa la resolución por el incumplimiento del pacto de reventa, luego el Juez debería haberse apoyado en el art. 14 de la Ley de crédito al consumo.

general sobre los contratos de préstamo vinculados debería seguir disponiéndose que la ineficacia del contrato financiado, en cuanto contrato principal –fundamentalmente, por nulidad radical, por anulabilidad por vicios del consentimiento y por resolución *ex art. 1124 CC*–, conlleva la ineficacia del préstamo en cuanto contrato accesorio.

En este sentido hay que entender la salvedad prevista en el artículo 15.3 de la Directiva 2008/48/CE cuando advierte que lo dispuesto sobre el contrato de crédito vinculado “se entenderá sin perjuicio de las disposiciones nacionales que asignan al prestamista una responsabilidad solidaria respecto de cualquier reclamación del consumidor contra el proveedor cuando la adquisición a este de bienes o servicios se haya financiado mediante un contrato de crédito”. La solidaridad ahí descrita es una posible consecuencia de la vinculación de ambos contratos, de tal forma que el adquirente puede demandar a ambos cuando pretenda recuperar el desembolso efectuado por los derechos de aprovechamiento por turno derivados de un contrato ineficaz. Es más, de acuerdo con la mecánica conocida, realmente a quien se dirige desde un punto de vista práctico el adquirente es a la entidad financiera, ya que ésta le habrá cobrado parte o todo del préstamo entregado a la empresa transmitente de los derechos, y es a quien corresponde la devolución de las cantidades recibidas del adquirente, así como no seguir reclamando la cantidad que, en su caso, todavía quedara por reclamar. Sin embargo, en nuestro Derecho interno no encaja bien la figura de la solidaridad entre vendedor y prestamista, ya que estamos ante dos contratos distintos y con obligaciones diferentes derivadas de cada uno de ellos, por lo que realmente ambos no responden solidariamente frente al vendedor por el incumplimiento de una misma obligación respecto a un mismo perjudicado, ni tampoco subsidiariamente, sino “en cascada”; una vez declarado ineficaz el contrato principal, lo es también el accesorio, y es entonces cuando cabe solicitar la restitución de las prestaciones cumplidas en virtud del segundo de dichos contratos.

Por eso el artículo 15.1 de la Ley de crédito al consumo española establece que el consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos, *podrá ejercitar esos mismos derechos frente al empresario que hubiera concedido el crédito*, o sea, la solicitud de nulidad de uno y otro contrato; pero en ningún caso se establece la solidaridad entre ambos, como ocurre en otras normativas protectoras de los consumidores (por ejemplo, la Ley de responsabilidad de productos defectuosos, según la cual responden solidariamente tanto el fabricante como el importador del producto), donde el consumidor celebra un solo contrato y puede dirigirse contra los sujetos intervinientes en la producción de un bien o en la prestación de un servicio.

VI. Bibliografía

- CORRAL GARCÍA, EDUARDO (2000): “El ¿desistimiento? unilateral de algunos contratos con consumidores”, *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería.
- DÍAZ GÓMEZ (2003): *Información y voluntad en la contratación de derechos de aprovechamiento por turno*, Valencia.
- QUESADA SÁNCHEZ, A. J. y J. M. RUIZ-RICO RUIZ (2000): *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno*, dirigidos por J. M. RUIZ-RICO RUIZ y A. CAÑIZARES LASO, Ed. Civitas, Madrid.

VII. Índice jurisprudencial

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

- Sentencia de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009\88)

Audiencia Provincial de Álava

- Sentencia de 10 de abril de 2003 (AC 2003\1037)

Audiencia Provincial de Alicante

- Sentencia de 16 de septiembre de 2004 (AC2005\93)

Audiencia Provincial de Asturias

- Sentencia de 15 de febrero de 2005 (AC 2005\277)

Audiencia Provincial de Barcelona

- Sentencia de 17 de mayo de 2002 (JUR 2002\189432)
- Sentencia de 14 de noviembre de 2006 (AC 2006\160)
- Sentencia de 9 de abril de 2008 (JUR 2008\331025)
- Sentencia de 30 de mayo de 2008 (AC 2008\1116)

Audiencia Provincial de Cantabria

- Sentencia de 24 de mayo de 2004 (AC 2004\869)
- Sentencia de 15 de noviembre de 2007 (AC 2008\283)

Audiencia Provincial de Castellón

- Sentencia de 20 de mayo de 2002 (AC 2002\1065)
- Sentencia de 15 de abril de 2002 (JUR 2002\730)

Audiencia Provincial de Ciudad Real

- Sentencia de 27 de abril de 2007 (*JUR* 2007\261951)

Audiencia Provincial de Guadalajara

- Sentencia de 14 de mayo de 2006 (*JUR* 2006\141053)

Audiencia Provincial de León

- Sentencia de 27 de enero de 2003 (*JUR* 2003\115245)

Audiencia Provincial de las Islas Baleares

- Sentencia de 13 de junio de 2000 (*AC* 2000\2481)

Audiencia Provincial de Madrid

- Sentencia de 11 de febrero de 2008 (*AC* 2008\634)
- Sentencia de 10 de abril de 2008 (*JUR* 2008\150186)
- Sentencia de 23 de enero de 2009 (*AC* 2009\705)

Audiencia Provincial de Málaga

- Sentencia de 10 de junio de 2003 (*AC* 2003\2386)
- Sentencia de 23 de junio de 2003 (*JUR* 2003\11559)
- Sentencia de 30 de junio de 2003 (*AC* 2003\1883)
- Sentencia de 26 de enero de 2006 (*AC* 2006\743)
- Sentencia de 7 de febrero de 2006 (*JUR* 2006\186660)
- Sentencia de 4 de abril de 2006 (*JUR* 2006\263432)
- Sentencia de 15 de enero de 2007 (*AC* 2007\934)
- Sentencia de 19 de abril de 2007 (*AC* 2007\2149)
- Sentencia de 15 de diciembre de 2007 (*AC* 2007\1003)

Audiencia Provincial de Las Palmas

- Sentencia de 21 de noviembre de 2003 (*AC* 2003\1880)
- Sentencia de 25 de septiembre de 2005 (*AC* 2005\1846)
- Sentencia de 4 de abril de 2007 (*AC* 2007\1028)
- Sentencia de 28 de febrero de 2008 (*JUR* 2008\191441)
- Sentencia de 30 de junio de 2008 (*AC* 2008\1585)

Audiencia Provincial de Sevilla

- Sentencia de 20 de enero de 2003 (*AC* 2003\1270)

Audiencia Provincial de Valencia

- Sentencia de 11 de enero de 2002 (*AC* 2002\813)
- Sentencia de 27 de enero de 2005 (*JUR* 2005\3666)

Audiencia Provincial de Valladolid

- Sentencia de 29 de enero de 2004 (AC 2004\323)
- Sentencia de 24 de septiembre de 2004 (AC 2004\1924)

Audiencia Provincial de Vizcaya

- Sentencia de 3 de abril de 2007 (AC 2007\1736)
- Sentencia de 11 de junio de 2008 (AC 2008\2359)

Juzgado de 1ª Instancia de Getxo (Vizcaya)

- Sentencia de 30 de junio de 2004 (AC 2004\994)