

SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA 85/577/CE, DE CONTRATOS NEGOCIADOS FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES, A UN CONTRATO DE MULTIPROPIEDAD.

(Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 22 de abril de 1999)

PEDRO A. MUNAR BERNAT
Profesor Titular de Derecho civil
de la Universidad de las Islas Baleares

SUMARIO: I. LOS HECHOS. II. EL PROCESO JUDICIAL. III. LA DOCTRINA QUE SIENTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA. IV. EL REFLEJO DE ESTA PROBLEMÁTICA EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES. 1. *Elenco jurisprudencial.* 2. *Los principales hitos que establecen.* V. EL LITIGIO T.V. S.L. - MANUEL JOSE A. S. 1. *El tipo de procedimiento de que se trata.* 2. *La posición adoptada por el juez español.* A) Imposibilidad de invocación de la Directiva 94/47, de 26 de octubre. B) La posibilidad de seguir la línea trazada por la jurisprudencia. C) La alternativas por la que se decanta el juzgador: el juego de la Ley 26/1991. VI. LAS REFLEXIONES QUE SURGEN AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO. 1. *¿Queda el contrato de multipropiedad en general incurso en la excepción que plantea el art. 3.2 a) de la Directiva?* 2. *¿Supone una excepción a la excepción el hecho de que en el contrato exista un contenido de servicios y meramente obligacional de mayor valor que el contenido inmobiliario?* A) La copropiedad del mobiliario. B) El impuesto sobre el valor añadido. C) La prestación de servicios. D) La utilización de los servicios comunes. E) La afiliación a una sociedad de intercambio. 3. *¿Son excluyentes las Directivas 85/577 y 94/47?* 4. *¿Cuál sería la solución a la luz de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre?* A) La desaparición de la posible venta de cuotas de propiedad. B) La prestación de servicios como contenido del derecho de aprovechamiento por turno. C) La compatibilidad entre propiedad del inmueble y titularidad de la obligación de prestar los servicios. D)

La afiliación a una sociedad de intercambio no forma parte del contenido del derecho de aprovechamiento por turno. E) Los contratos que puedan escapar a la Ley. 5. *La noción de excursión organizada por el vendedor*. 6. *La caracterización de la facultad de renuncia como un desistimiento "ad nutum"*. 7. *La forma de notificar la renuncia*. 8. *¿Es compatible la facultad de desistir del contrato con una cláusula penal?*

El objeto de estas líneas no es otro que realizar unas reflexiones sobre una reciente sentencia del Tribunal de Luxemburgo que analiza dos aspectos de singular interés: la posible aplicación de la Directiva sobre ventas fuera de establecimiento a un contrato de multipropiedad y el objeto de este tipo de contratos (1).

Para dar un orden lógico a la exposición se comenzará relatando los hechos que dieron lugar a plantear el litigio y el fallo; a continuación se resumirá la doctrina que emana de la sentencia del Tribunal; para, más adelante, hacer las pertinentes observaciones.

I. LOS HECHOS

El 14 de septiembre de 1996 se suscribe un contrato en Denia por el que T. V. S.L. cede al Sr. A. S. una cincuentiunava parte indivisa de la propiedad de un apartamento amueblado en la urbanización Parque Denia, la cual le daba derecho al uso exclusivo del mismo, en régimen de multipropiedad, durante la decimonovena semana del año civil. Según el contrato, T. V. tenía, además, la obligación de prestar al Sr. A. S. determinados servicios, como el mantenimiento del inmueble, la gestión y administración de la multipropiedad, la utilización de servicios comunitarios de la urbanización y la afiliación a la organización internacional R.C.I., multinacional del intercambio vacacional a la que al parecer se hallaba afiliado el meritado complejo. A cambio, el comprador debía pagar 1.090.000 ptas, de las que 285.000 ptas. representaban el valor inmobiliario de la parte indivisa y el resto del precio correspondía al I.V.A., a la copropiedad del mobiliario según inventario, a los servicios mencionados y a la afiliación a R.C.I. El contrato

(1) Ya ha sido objeto de algún análisis. Así, Noemí DOWNES: "Una nueva vía para la protección de los consumidores de multipropiedad. A propósito de la STJCE (Sala 3ª) de 22 de abril 1999". *La Ley*, 30 de julio 1999, nº 4851, págs. 9-11; Paloma LLANEZA: "Derecho de renuncia en un contrato de multipropiedad". *Iuris Actualidad y Práctica del Derecho*, nº 30, julio-agosto 1999, pág. 13.

preveía, asimismo, que el comprador tenía la facultad de resolver el contrato dentro del plazo de siete días desde su firma, previa notificación fehaciente a la vendedora y depósito del 25% del precio total, en concepto de indemnización de daños y perjuicios expresamente pactada.

El 17 de septiembre de 1996 se le comunicó que el B.B.V. SA le había concedido el crédito de 1.000.000 ptas, que la vendedora le había gestionado para financiar la operación. Sin embargo, el Sr. A. S. no se presentó en el banco para suscribir el contrato de préstamo, sino que acudió a las oficinas del vendedor en Valencia para manifestar verbalmente que todo quedaba sin efecto y que se le debían devolver los documentos suscritos por él, concretamente una letra de cambio entregada como anticipo del precio. Posteriormente, el letrado de la vendedora le remite una carta en que, dando por resuelto el contrato, le reclama la indemnización del 25% del precio (275.500 ptas).

II. EL PROCESO JUDICIAL

El 22 de noviembre de 1996, T. V. S.L. presentó ante el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Valencia una demanda de juicio ejecutivo (Juicio Ejecutivo 880/96) contra D. Manuel José A. S. por impago de una letra de cambio de 90.000 ptas, aceptada por éste cuando firmó el contrato, como parte del 25% del precio. El demandado alegó no estar en deber nada puesto que el contrato había quedado resuelto.

En tales circunstancias, el titular de dicho órgano jurisdiccional, Ilmo. Sr. D. Alberto Jarabo Calatayud, resolvió suspender el procedimiento y solicitar, mediante Auto de 11 de noviembre de 1997, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 85/577, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, donde formulaba seis preguntas:

1ª) Si el contrato de "multipropiedad" en general y, en particular, el de autos debe o no considerarse comprendido en las exclusiones de aplicación de la Directiva, consignadas en su art. 3, 2-a).

2ª) Si aun suponiendo excluido el contrato de autos de la aplicación de la Directiva por mor del artículo mencionado y contemplando su naturaleza de "multipropiedad", puede obstar o no a tal hipotética exclusión el hecho de no contener solamente un objeto inmobiliario el contrato de autos, puesto que también genera dicho negocio un contenido de servicios y otros puramente obligacionales (estipulación 3.2),

siendo éstos de mayor valor que aquél (pues representa el valor inmobiliario 285.000 pts., sobre un total de 1.090.000 pts. que se determina como global del contrato).

3ª) Si el complejo turístico de apartamentos en "multipropiedad" en la ciudad de Denia, al que se invitó al consumidor, entra en el presupuesto del art. 1.1, primer inciso, de la Directiva ya nombrada, habida cuenta de que el domicilio de la empresa T. V., S.L., es en la calle ... de Valencia.

4ª) Si el derecho de renuncia consagrado en el art. 5.1 de la Directiva a favor del consumidor encuentra su teleología en una presunción de mediatización o manipulación sobre la voluntad del comprador-consumidor, producidas por las circunstancias que señala el art. 1 de la Directiva; y en tal sentido hasta qué punto tal filosofía del derecho de renuncia que protege la Directiva se conecta con el dolo general del vendedor, que utiliza "palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes que inducen al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho" (art. 1.269 C.c.), y en general, con el consentimiento contractual libre y necesario (arts. 1.254, 1.258, 1.261 y ss. C.c.).

5ª) Si el Tribunal entiende que la notificación del art. 5.1 de la Directiva ha de ser expresada, o en su caso tal renuncia pueden consistir en actos taxativos indubitados, tal y como ocurrió en el caso presente al no presentarse el consumidor en el plazo previsto y concertado para firmar en el Banco la ratificación, esto es el 17 de Septiembre de 1996, tres días después de la firma del contrato, actitud respaldada y completada por la personación del consumidor en los locales del vendedor en Valencia, el mismo día 17 de Septiembre de 1996, poniendo de manifiesto verbalmente "que todo queda sin efecto y que se le devolvieran los documentos suscritos por el consumidor".

6ª) Los reembolsos, restituciones y otros efectos contenidos por el artículo 7 como respuesta en favor del vendedor ante el ejercicio por el consumidor de su derecho de renuncia del artículo 5 de la Directiva, ¿son compatibles con el pacto de una "indemnización por daños causados al vendedor" a tanto alzado —cuantificada en un 25 % del precio total de la transacción—, tal y como consta en la estipulación cuarta del contrato?

Las partes en el proceso presentan sus observaciones por escrito, al igual que hacen el Gobierno español y la Comisión de las Comunidades Europeas (2).

(2) D. Salvador Vázquez Cantó en nombre de T. V. S.L., D. Josep Gallel Boix, en nombre de Manuel José A.S., Dª Nuria Diaz Abad en calidad de Agente del Gobierno español y como Agentes de la Comisión, D. José Luis Iglesias Buhigues y D. Pieter van Nuffel.

El Juez Ponente, Sr. C. Gulmann, emite su informe y el Abogado General, Sr. Alber, presenta sus conclusiones el 26 de noviembre de 1998 (3).

La Sala Tercera del Tribunal de Justicia, integrada por los Srs. J.-P. Puissechet —que ocupa la Presidencia de la Sala—, J.C. Moitinho de Almeida y C. Gulmann, dicta sentencia el 22 de abril de 1999 (4), cuyo fallo es el siguiente:

1) La Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, se aplica a un contrato que tiene por objeto la adquisición de un derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido y la prestación de servicios cuyo valor es superior al del derecho de utilización del inmueble.

2) Debe considerarse que un contrato se celebró durante una excursión organizada por el comerciante fuera de sus establecimientos comerciales, en el sentido de la Directiva 85/577, cuando dicho contrato se celebró en una situación en la que el comerciante invitó a un consumidor a personarse en un lugar determinado, que se encuentra a cierta distancia del lugar en el que reside el consumidor, distinto de los establecimientos en los que el comerciante ejerce habitualmente sus actividades y que no está identificado claramente como local de venta al público, con el fin de presentarle los productos y servicios que ofrece.

3) El consumidor puede ejercer su derecho de renuncia, previsto en el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 85/577, cuando el contrato se ha celebrado en circunstancias como las descritas en el artículo 1 de dicha Directiva, sin que sea preciso demostrar que el comerciante influyó en el consumidor o lo manipuló.

4) La Directiva 85/577 no se opone a que un Estado miembro adopte una normativa por la que la notificación de la renuncia, prevista en el apartado 1 del artículo 5 de dicha Directiva, no está sujeta a ningún requisito de forma.

5) La Directiva 85/577 se opone a que un contrato contenga una cláusula por la que se impone al consumidor el pago de una indemnización a tanto alzado por daños causados al comerciante por el único motivo de que haya ejercido su derecho de renuncia.

(3) Se puede consultar en la siguiente dirección de internet: <http://Curia.eu.int/jur...T&seance=CONCL&where=0>.

(4) Se puede consultar vía internet en: <http://Curia.eu.int/jur...T&seance=ARRET&where=0>. Ha sido publicada por *La Ley. Unión Europea*. 30 julio 1999, n° 4851, págs. 11-14.

A la vista de este pronunciamiento, se reanuda el juicio ejecutivo que concluye con sentencia de 17 de mayo de 1999, en la que el juzgador decreta la nulidad del juicio, por entender que es nula la cláusula que contemplaba la indemnización del 25% del precio para el supuesto de renuncia, siendo así que la letra de cambio ejecutada formaba parte de esa cantidad.

III. LA DOCTRINA QUE SIENTA EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

1. *Sobre las cuestiones primera y segunda*

Es preciso señalar, en primer lugar, que si bien es cierto que la Directiva 94/47 tiene por objeto los contratos de multipropiedad, esta circunstancia no excluye que un contrato que contenga un elemento de multipropiedad también pueda estar comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/577, si además se cumplen los requisitos para la aplicación de ésta.

En efecto, ninguna de estas dos Directivas contiene disposiciones que excluyan la aplicación de la otra. Además, sería contrario al objetivo de la Directiva 85/577 interpretarla en el sentido de excluir su protección por el mero hecho de que el contrato esté comprendido, en principio, en el ámbito de aplicación de la Directiva 94/47. Tal interpretación privaría al consumidor de las disposiciones protectoras de la Directiva 85/577, aunque el contrato se hubiera celebrado fuera de un establecimiento comercial.

Debe destacarse, asimismo, que es cierto que en virtud de la letra a) del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 85/577, ésta no se aplica ni a los contratos relativos a la construcción, venta y alquiler de bienes inmuebles ni a los contratos referentes a otros derechos relativos a bienes inmuebles.

No obstante, procede señalar, como hace acertadamente la Comisión, que a un contrato como el que es objeto del litigio principal no le es aplicable la exclusión prevista en la letra a) del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 85/577, ya que dicho contrato no se refiere únicamente al derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido, sino que se refiere igualmente a la prestación de distintos servicios de un valor superior al del derecho de utilización de un inmueble.

2. Sobre la tercera cuestión

Hay que señalar, en primer lugar, que debe considerarse que tal es el caso, en el sentido de la Directiva 85/577, si se celebró en una localidad distinta de aquella en la que reside el consumidor, de modo que éste tuvo que recorrer un trayecto determinado para desplazarse hasta ella.

En segundo lugar, cuando la iniciativa de tal excursión parte del comerciante, de tal forma que invitó al consumidor a un sitio determinado mediante cartas o llamadas telefónicas en las que indicaba el día, la hora y el lugar de la cita, procede considerar que la excursión fue organizada por el comerciante en el sentido de la Directiva 85/577.

Por lo que se refiere a la cuestión de si el contrato se celebró fuera de los establecimientos comerciales del comerciante, debe señalarse que este concepto se refiere a los establecimientos en los que el comerciante ejerce habitualmente sus actividades y que están identificados claramente como locales de venta al público.

3. Sobre la cuarta cuestión.

Debe señalarse que la Directiva 85/577 enuncia, en su cuarto considerando, que cuando un contrato se celebra fuera de los establecimientos comerciales del comerciante, el consumidor no está, de ningún modo, preparado para las negociaciones y se encuentra desprevenido, y que, frecuentemente, no está en condiciones de comparar la calidad y el precio de la oferta con otras ofertas. Por esta razón, a tenor del quinto considerando de esta Directiva, conviene conceder al consumidor un derecho de rescisión durante un período de siete días, como mínimo, con el fin de ofrecerle la posibilidad de considerar las obligaciones que resultan del contrato.

De lo anterior se deduce que para que el consumidor disponga del derecho de renuncia previsto en la Directiva 85/577, basta con que se encuentre en una de las situaciones objetivas descritas en el artículo 1 de dicha Directiva. En cambio, no se exige, y, por tanto, no tiene que probarse, un determinado comportamiento o una intención de manipulación por parte del comerciante.

4. *Sobre la quinta cuestión*

Primeramente, debe recordarse que el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 85/577 establece que el consumidor tiene el derecho de renunciar a los efectos de su compromiso mediante el envío de una notificación en un plazo mínimo de siete días, a partir del momento en que haya recibido la información contemplada en el artículo 4 y de acuerdo con las modalidades y condiciones establecidas en la legislación nacional.

De ello se infiere que la Directiva 85/577 no se opone a que un Estado miembro adopte una normativa por la que la notificación de la resolución no está sujeta a ningún requisito de forma, permitiendo, de este modo, que la notificación consista, en particular, en actos inequívocos. En efecto, habida cuenta del objetivo de esta Directiva de proteger al consumidor, un Estado miembro puede adoptar precisamente tales disposiciones para facilitar al consumidor el ejercicio de su derecho de renuncia.

Si bien la última frase del apartado 1 del artículo 5 prevé, en relación con el respeto del plazo, que basta con que la notificación se haya expedido antes de transcurrido dicho plazo, ello no constituye un elemento suficiente para llegar a la conclusión de que la notificación debe realizarse por escrito. En efecto, dicha disposición regula únicamente el cómputo del plazo mínimo de siete días en el supuesto de que el consumidor notifique su renuncia por escrito.

5. *Sobre la sexta cuestión*

Debe recordarse que el apartado 2 del artículo 5 de la Directiva 85/577 dispone que en caso de renuncia, el consumidor quedará liberado de toda obligación que resulte del contrato rescindido.

De lo anterior se deduce que tras la resolución del contrato, desaparece la obligación del consumidor de pagar daños y perjuicios en caso de incumplimiento del contrato. En efecto, como señaló el Sr. Abogado General en el punto 59 de sus conclusiones, tal indemnización de daños y perjuicios equivaldría a una sanción por ejercer su derecho de renuncia, lo que sería contrario a la finalidad protectora de la Directiva 85/577, que consiste, precisamente, en impedir que el consumidor asuma obligaciones económicas sin estar preparado para ello.

Si bien el artículo 7 de la Directiva 85/577 remite a la legislación nacional para regular los efectos jurídicos de la renuncia, en particular

en lo referente al reembolso de pagos relativos a los bienes o a las prestaciones de servicios, así como a la restitución de mercancías recibidas, esta disposición no contempla la indemnización debida por haber ejercido su derecho de renuncia, sino solamente los efectos de la renuncia, en relación con las partes, que puedan estar previstos en dicha legislación en lo que atañe al reembolso o a la restitución de los pagos o de las entregas que ya hayan sido efectuados.

IV. EL REFLEJO DE ESTA PROBLEMÁTICA EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

De la simple lectura de los hechos que se han relatado se deduce que nos hallamos ante uno de esos típicos casos en que un consumidor, más o menos inocente, ha sido convencido por unos vendedores que, empleando unas técnicas de marketing muy agresivas, le llevan a suscribir un contrato mediante el cual adquiere una semana en régimen de multipropiedad sobre un apartamento sito en un complejo de Denia (5).

Esta situación se ha repetido con muchísima frecuencia en los últimos años, lo que ha dado lugar a un número francamente importante de litigios, pudiéndose señalar a título meramente ejemplar las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales que se han pronunciado sobre el tema y a las que he tenido acceso.

1. *Elenco jurisprudencial*

- A.P. Alicante. S. 4ª: 16 diciembre 1998; S. 5ª: 14 mayo 1999.
- A.P. Asturias. S. de 24 marzo 1997 (AC 487/97).

(5) Los últimos datos económicos que ofrece el Informe Ragatz de 1997 pueden resumirse en algunas cifras: Existen 4.750 complejos en el mundo donde se han vendido 645.000 períodos. En España, hay 450 complejos (191 en las Islas Canarias, 46 en las Islas Baleares y 213 en territorio peninsular) en los cuales han adquirido 480.000 familias, de las que son españolas 50.000. La evolución ha sido espectacular: si se tiene en cuenta que en 1990 había en España 161 complejos, 327 mil personas habían adquirido derechos de tiempo compartido siendo 720 españoles. A lo largo de 1997 llegan a España 1.800.000 turistas que disfrutaron de sus períodos en complejos sitios en nuestro país, ya sea por tener derecho sobre los mismos o a través del intercambio. Para concluir, otro dato que no se puede desdénar: la industria del tiempo compartido en España da empleo a 44.000 personas, siendo 25.500 empleos directos. *Cfr. Boletín de la Asociación Española de Empresarios de Tiempo Compartido*, págs. 5-7.

— A.P. Baleares. S. 3^a: 7 de marzo 1996 (AC 478/1996), 8 abril 1997 (El Derecho, 6930/97), 9 octubre 1997 (AC 2084/1997), 4 junio 1998; S. 4^a: 3 julio 1997 (El Derecho 8508/97), 1 septiembre 1997, 2 junio 1998, 22 octubre 1998, 11 junio 1999; S. 5^a: 6 junio 1997, 1 junio 1998, 10 junio 1998.

— A.P. Barcelona: 29 de abril 1995 —S. 14^a—.

— A.P. de Granada. S. 3^a: 6 abril 1998.

— A.P. Las Palmas. S. 1^a: 21 abril 1999; S. 2^a: 13 octubre 1997 (El Derecho 14028/97), 6 febrero 1998, 12 febrero 1998 (El Derecho 4474/1998), 16 febrero 1998, 6 marzo 1998 (AC 4677/98), 28 septiembre 1998, Auto 18 marzo 1999; S. 3^a: 9 julio 1998 (El Derecho, 1073/98), 15 julio 1998, 28 julio 1998; S. 4^a: 22 septiembre 1998, 22 enero 1999, 29 enero 1999, 17 febrero 1999; S. 5^a: 28 febrero 1999, 19 abril 1999, 10 mayo 1999.

— A.P. Lleida. 5 de junio 1995 —S. 2^a—.

— A.P. Madrid. 27 de mayo 1994 (S. 20^a) (El Derecho 7507/94).

— A.P. Málaga. S. 4^a: 26 abril 1996 (Sepín, septiembre 1996, págs. 20-21), 1 septiembre 1998 (El Derecho 24813/98); S. 6^a: 7 diciembre 1995 (AC 2310/1995), 18 febrero 1997 (AC 240/1997), dos de 30 junio 1997 (El Derecho 7044 y 7066/97), 31 julio 1997 (El Derecho 7055/97), 30 enero 1998 (El Derecho 3109/98), 15 abril 1998 (AC 798/98) y 2 más de la misma fecha, 23 abril 1998, 28 abril 1998 (El Derecho 98/24408), 7 mayo 1998 (AC 5371/98), 15 mayo 1998 (AC 5372/98), 5 junio 1998 (AC 6270/98), 15 junio 1998 (El Derecho 98/24781), 29 junio 1998, 30 junio 1998, 14 julio 1998 (El Derecho 98/24791), 10 septiembre 1998, 22 septiembre 1998 (El Derecho 1172/98), 6 octubre 1998, 13 octubre 1998, 4 noviembre 1998 (El Derecho, 27279/98), 17 noviembre 1998, 24 noviembre 1998, 21 diciembre 1998, 29 diciembre 1998, 30 diciembre 1998, 16 febrero 1999, 17 marzo 1999, 5 mayo 1999.

— A.P. Tenerife. S. 1^a: 12 febrero 1998, 15 de junio 1998, 16 enero 1999, 13 febrero 1999, 20 marzo 1999, 24 abril 1999; S. 3^a: 24 mayo 1996, 6 junio 1998 (El Derecho 98/15667), 20 junio 1998, 4 julio 1998, 11 julio 1998, 17 julio 1998 (AC 1496/98), 24 octubre 1998, 19 diciembre 1998, 27 febrero 1999, 6 marzo 1999, 27 marzo 1999, 30 abril 1999.

— A.P. Vizcaya. S. 4^a: 12 febrero 1999 (El Derecho 99/2547).

— A.P. Zaragoza. S. 2^a: 16 septiembre 1996 (AC 1508/1996); S. 3^a: 8 abril 1997; S. 4^a: 7 abril 1998 (El Derecho 6678/98), 20 julio 1998 (El Derecho 19997/98); S. 5^a: 25 mayo 1998 (AC 5481/98); sin establecer la sección de procedencia: 6 octubre 1997 (AC 2085/1997), 4 noviembre 1997 (AC 2240/1997), 2 mayo 1998 (AC 983/98).

2. Los principales hitos que establecen

Los órganos jurisdiccionales han encontrado toda una serie de vías para poder, a falta de Ley sobre la materia, resolver los conflictos planteados a favor del adquirente que se ha visto sorprendido en su buena fe o que ha sido cogido desprevenido.

Debe hacerse hincapié en el detalle de que la labor jurisprudencial ha suplido en alguna medida la ausencia de una norma sobre la figura. Dicho de otro modo, la jurisprudencia se ha esforzado por hallar soluciones interpretativas de suficiente consistencia como para poder amparar a los consumidores que, ante el silencio del legislador, se hallaban ayunos de protección. Al respecto debe destacarse que, con independencia de que se hayan podido aventurar caracterizaciones jurídicas diversas sobre la figura, el aspecto más relevante de la abrumadora mayoría de sentencias ha sido el análisis de las técnicas de venta utilizadas y el estudio del clausulado de los contratos, con el fin de hallar elementos suficientes para destruir la apariencia comercial creada, ya sea por la vía de la anulación del contrato, o bien autorizando su resolución.

Las conclusiones a las que llega la doctrina jurisprudencial se puede resumir en los siguientes puntos (6):

1. Se trata de un tipo de contrato que queda sometido a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios.

Con independencia de que su aplicación determine el triunfo de la acción ejercitada, resulta casi unánime el reconocimiento de que los contratos de multipropiedad son inscribibles en el marco de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, por el hecho de ser el multipropietario un consumidor.

2. Son contratos, en la mayoría de supuestos, de adhesión o sometidos a condiciones generales.

La calificación del contrato como de adhesión o sometido a condiciones generales autoriza a los Tribunales a entrar a realizar una labor de control de su contenido para determinar cuáles de sus cláusulas pueden resultar abusivas, con la sanción de nulidad que ello conlleva. En esta dinámica, han sido tachadas de nulidad tres de esas cláusulas que resultan significativas por ser contrarias a la buena fe:

a) Cláusula de desistimiento oscura y falaz: aquella por la que se

(6) Estas conclusiones son desarrolladas en: Pedro A. MUNAR BERNAT: "La multipropiedad: análisis de su proyectada regulación legal y estudio de la jurisprudencia menor relativa al fenómeno". *Materials X Jornades de Dret Català a Tossa*. (en prensa).

reconoce la facultad de desistir en un plazo de 7 días, si el contrato es sometido a la aprobación de un letrado y encuentra irregularidades.

b) Cláusula de sumisión a arbitraje que, en ocasiones se emplea para intentar impedir que el contratante disconforme en alguna medida con el contrato pueda acudir a la jurisdicción ordinaria y se vea sometido a un órgano arbitral normalmente indeterminado o que se deja su determinación a la parte vendedora.

c) Cláusula de renuncia a la acción de división cuando se define como copropiedad.

3. Son contratos que deben cumplir las condiciones que exige el R.D. 515/1989, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, de 21 de abril.

4. Se ha reconocido la posibilidad de resolver el contrato por ausencia de información completa y leal.

Tratándose de un contrato de adhesión y que queda amparado por la L.G.C.U. y por el R.D. 515/1989 es exigible a la parte vendedora una cumplida información sobre todas las características del inmueble, sus condiciones, etc. La falta de tales condiciones permite la resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones que legalmente le son exigibles.

5. Se ha planteado cierta controversia sobre la calificación jurídica que debe reputarse del contrato en que se acredita la captación de la voluntad por medios coercitivos al aparecer dos corrientes al respecto.

La primera la inscribe, sin duda, en el marco del dolo como causa de anulabilidad del negocio; frente a ella, la otra sostiene que no supone la concurrencia de dolo, sino más bien de una falta de reflexión del comprador.

6. Se reconoce la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento de la cláusula por la que se garantizaba la readquisición.

Se trata de una argucia empleada en muchas ocasiones por los vendedores que, como aliciente para obtener el consentimiento de los adquirentes, les ofrecen la posibilidad de recomprarles lo adquirido si, una vez probado, no les satisface. Una vez solicitada, esgrimen cualquier tipo de excusa para no cumplir lo estipulado.

Uno de los problemas que se han advertido con relación a esa recompra se presenta cuando se ofrece a titulares de semanas la posibilidad de adquirir otras. Tanto las Audiencias de Málaga, Santa Cruz de Tenerife y Baleares se han enfrentado ya a esta cuestión. Se trata de un documento que suscribe el vendedor y que materialmente no forma parte del contrato por el cual se compromete a que, si en un plazo

determinado no se consigue vender la semana que ya poseían, solicitará a una empresa especializada en la reventa que coloque la semana nueva adquirida en primer lugar en la lista para su venta inmediata. Mientras el adquirente sostiene que la imposibilidad de venta de la semana antigua debe calificarse como una condición resolutoria, el vendedor sostiene que simplemente es una obligación de hacer, independiente del contrato.

7. Surge el debate sobre la aplicabilidad directa de la Directiva.

Esta cuestión aparece a partir de la entrada en vigor de la Directiva, pero ha adquirido mayor relevancia una vez se ha constatado el transcurso de los 30 meses que aquella norma concedía a los Estados para armonizar su legislación sin que España hubiera procedido a dictar norma alguna al respecto. En este sentido, ha sido la Audiencia Provincial de Zaragoza la que ha entendido posible aplicar directamente la norma europea ante el silencio del legislador español, tesis que ha sido corroborada por la de Málaga.

Esta línea jurisprudencial ha sido doctrinalmente cuestionada con fundamento. Efectivamente, parece ser que el efecto directo de las Directivas comunitarias ha sido reconocido por el Tribunal Supremo, pero con un alcance limitado: permite al particular actuar contra el Estado que ha incumplido su obligación de trasponer la norma comunitaria (efecto vertical), pero impide que se utilice la Directiva para solventar litigios entre particulares (efecto horizontal) por no estar directamente vinculados al Tratado de Roma y sí solamente los Estados que lo firmaron (7).

Al hilo de esta cuestión, conviene hacer hincapié en un hecho destacable. Es sabido que a principios de este año ha entrado en vigor la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, mediante la cual España cumple el compromiso de trasponer la Directiva 94/47, 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 de tiempo compartido. Hay que recordar que el plazo que concedía la Directiva para proceder a esa labor de adaptación de la normativa de los Estados a sus previsiones era de 30 meses, lo cual suponía que el 29

(7) Cfr. Javier LETE ACHIRICA: "A propósito del derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 y su aplicación en el Derecho español". *A.C.*, 1-7-junio 1998, págs. 529-548, en concreto, págs. 539-540.

de abril de 1997 finalizaba el plazo, puesto que fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 29 de octubre de 1994 (8).

Como se puede apreciar inmediatamente, España ha incumplido esa obligación, al haber transcurrido casi 20 meses desde la fecha de finalización del plazo. Precisamente, en virtud de ese incumplimiento se han producido dos actuaciones jurídicas relevantes:

— La Comisión europea interpone el 11 de agosto de 1998 un recurso contra el Reino de España con el fin de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declarara que éste ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a lo dispuesto en la Directiva (9).

— La Organización de Consumidores y Usuarios, conjuntamente con Test-Achats, Consumentenbond y Comitato Consumatori y 27 consumidores de 6 Estados europeos, han presentado el 18 de febrero

(8) Hasta donde mi conocimiento alcanza salvo Grecia y Portugal, todos los demás Estados de la Unión Europea han procedido a la trasposición, si bien muchos de ellos también con un llamativo retraso. A continuación, por orden cronológico, se citan las normas de cada uno de ellos. 1) Alemania: Ley sobre la transmisión de derechos de disfrute de inmuebles a tiempo parcial, de 20 de diciembre de 1996. 2) Holanda: La Ley de 26 de marzo de 1997 que contiene el desarrollo del Título 7.1 (compra y permuta) del Código civil relativo a las disposiciones sobre la compra de derechos de uso a tiempo compartido de bienes inmuebles. Posteriormente, esta norma ha sido desarrollada por sendos Decretos de 25 de junio, el primero que fija la entrada en vigor de la ley y el segundo que establece los datos que los vendedores deben mencionar en favor de los adquirentes en el contrato; y por el Decreto de 3 de julio por el que se reenumeran las disposiciones de la Ley. 3) Austria: Ley federal 32/1997, de 27 de marzo, sobre la adquisición de derechos de uso a tiempo parcial de bienes inmuebles; 4) Dinamarca: Ley 234, de 2 de abril de 1997. 5) Reino Unido: Dicta un reglamento, de 29 de abril de 1997, mediante el que adecúa su Ley de 1992 a los dictados de la Directiva. Para el territorio de Gibraltar, se ha dictado una norma propia, the Timeshare Ordinance 1997, publicada ya en 1998. 6) Suecia: Ley 218 de 1997, sobre protección a los consumidores en la adquisición de bienes a tiempo compartido. 7) República de Irlanda: Reglamento de 13 de mayo de 1997. 8) Finlandia: Ley 1162/97, de 11 de diciembre. 9) Francia: Crea una Sección 9ª del Capítulo I del Título II del Libro I del Código de Consumo que se dedica al contrato de disfrute de un inmueble a tiempo compartido, aprobada por la Ley 98-566, de 8 de julio de 1998. 10) Italia: Decreto legislativo n° 247, de 9 de noviembre de 1998, "actuación de la Directiva 94/47/CE relativo a la tutela del adquirente en algunos aspectos de los contratos relativos a la adquisición de un derecho de goce a tiempo parcial de bienes inmuebles". 11) Luxemburgo: Ley de 18 de diciembre de 1998, relativa a los contratos que tienen por objeto la adquisición de un derecho de utilización por tiempo parcial de bienes inmuebles. 12) Bélgica: Ley de 11 de abril de 1999, relativa a los contratos que tienen por objeto la adquisición de un derecho de utilización por tiempo parcial de bienes inmuebles.

(9) Cfr. Mario MERINO: "Multipropiedad: una Ley que llega tarde". *La Ley. Diario de Noticias*, 11 mayo 1999, n° 157, pág. 5.

una reclamación administrativa de responsabilidad patrimonial contra el Estado por vulneración del derecho comunitario, puesto que ha dejado transcurrir 20 meses más allá de la fecha prevista por la Directiva como plazo máximo para su trasposición, documentando 27 casos en que no se devolvió a los adquirentes la señal entregada; solicitando del Estado español la devolución de los 9 millones entregados más los intereses de tal cantidad (10).

V. EL LITIGIO T.V. S.L. - MANUEL JOSE A. S.

1. *El tipo de procedimiento de que se trata*

Antes que nada, habrá que advertir que el problema no se plantea en un procedimiento declarativo, sino en un juicio ejecutivo que por su carácter especial y sumario no parece el más idóneo para el análisis de cuestiones de fondo, puesto que las excepciones que prevé el art. 1464 LEC no parecen a priori el cauce más indicado para la discusión, teniendo más sentido, quizás, reservar ese debate al juicio declarativo, en el que las partes con plena disponibilidad de armas probatorias podrían alegar lo que a su derecho conviniera.

De hecho, de las cinco ocasiones en que las Audiencias Provinciales han dictado sentencia relativa a multipropiedad en un procedimiento ejecutivo (S. 30 enero 1997 —A. P. Madrid, Secc. 8^a—, S. 5 febrero 1998 —A.P. Barcelona, Secc. 16^a—; S. 21 febrero 1998 —A.P. Madrid, Secc. 10^a—; S. 18 junio 1998 —A.P. Barcelona, Secc. 16^a— y S. 25 junio 1998 —A.P. Barcelona, Secc. 11^a—), sólo en la de 5 de febrero 1998 se plantea debate respecto del posible juego de una declaración de revocación del contrato realizada por los adquirentes, en que fundan su negativa a satisfacer el pagaré que habían suscrito. Curiosamente, en esa única ocasión, el Tribunal entiende que “el irrenunciable derecho de revocación ad nutum regulado en el art. 5 de la Ley 26/1991 no puede ser utilizado por los compradores dado que el art. 2.1, apartado segundo excluye del ámbito de aplicación de la norma los contratos relativos a la construcción, venta y arrendamiento de bienes inmuebles, o que tengan por objeto algún derecho sobre los mismos”.

(10) Cfr. Mario MERINO: *Loc. cit.*; F. GUIJARRO: “La OCU exige que se indemnice a clientes de multipropiedad en Balears”. *Diario de Mallorca*, 19 de febrero 1999; “Denuncian al Estado por no aplicar la directiva de multipropiedad”. *El Mundo/El Día de Baleares*, 19 de febrero 1999.

2. *La posición adoptada por el juez español*

A) Imposibilidad de invocación de la Directiva 94/47, de 26 de octubre

Lo primero que hay que subrayar y que parece ya ser opinión unánime, es que no podía plantear la posible invocación de la Directiva 94/47, por cuanto al momento de la firma del contrato no había transcurrido el plazo para que el Estado español procediera a la transposición de la norma comunitaria (11). Así lo subraya el Abogado General en sus conclusiones, cuando en el apartado 18 declara: "A este respecto, debe observarse que, en el momento de la celebración del contrato, el Derecho español aún no se había adaptado a la Directiva 94/47 y que el plazo para dicha adaptación no había expirado. Por lo tanto, queda demostrado, sin discusión, que esta Directiva no es aplicable al presente contrato".

B) La posibilidad de seguir la línea trazada por la jurisprudencia

En esa tesitura, quizá el juzgador hubiera podido adoptar alguna de las vías que le proporcionaba la consolidada doctrina jurisprudencial a la que me he referido: entender que se podía solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de información, o por incumplimiento del RD 515/1989, o entender que se trataba de un contrato nulo por la existencia de alguna cláusula abusiva en el texto del contrato, entre otras.

Claro está, esa posibilidad podía resultar cuando menos insegura, puesto que habría que estar al contenido de las pruebas o al albur de la posible confirmación o no de su resolución por los órganos jurisdiccionales superiores, caso de que fuera recurrida.

(11) Las sentencias Auer, de 7 de febrero de 1979 (As. 136/78, Rec. pág. 437) y Ratti, de 5 de abril de 1979 (As. 148/78, Rec. pág. 1629), advierten de forma nítida ese principio de imposibilidad de invocación de las disposiciones de la Directiva antes de la expiración del plazo de trasposición.

C) La alternativas por la que se decanta el juzgador:
el juego de la Ley 26/1991

Al advertir algunos aspectos singulares en el contrato de autos, y en aras a la protección del consumidor, se plantea el juez la posibilidad de poder aplicar la Ley de ventas fuera de establecimiento, porque se trata de la norma española que reconoce ese posible derecho de revocación ad nutum que dice haber ejercido el adquirente cuando no compareció en la entidad bancaria a suscribir el contrato y que reiteró cuando se dirigió al domicilio social de la empresa.

Con una encomiable agilidad, se dirige al Tribunal de Luxemburgo para que le aclare si es posible o no aplicar la Directiva 85/577, de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles, en cuyo caso habrá que suponer que ello le legitimará para poder aplicar sin discusión el articulado de la Ley 26/1991, por la que el Estado español procede a trasponer la mencionada Directiva.

El cauce escogido por el juez español para ello no es otro que el denominado "efecto de transfusión" de las Directivas comunitarias. Es decir, la posible invocación de la norma comunitaria cuando ya se ha procedido a su transposición en el ordenamiento interno, como parámetro interpretativo de esa norma dictada en ejecución de aquella. Esta vía de utilización de la Directiva fue inicialmente señalada en la sentencia Mazzalai, de 20 de mayo de 1976 (12) y consolidada por la sentencia Von Colson y Kamann, de 10 de abril de 1984 (13). Hay que resaltar que ese efecto de transfusión de la invocabilidad de la directiva acaba incidiendo en su alcance real, puesto que una vez que ha sido desarrollada la norma, incluso si se ha hecho correctamente, no desaparece la directiva para dejar que ocupe su lugar el derecho

(12) As. 111/75, Rec. pág. 657. En ella se estima que una interpretación de la directiva puede ser útil al juez nacional, con objeto de asegurar a la ley interna adoptada para su desarrollo una interpretación y aplicación conformes a las exigencias del derecho comunitario.

(13) As. 14/83, Rec. pág. 1891. En ella expresamente se manifiesta que "la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado por ella perseguido y su deber, conforme al art. 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas apropiadas, generales o particulares, para asegurar el cumplimiento de esa obligación se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos dentro del marco de sus competencias, los órganos jurisdiccionales. De lo que se se sigue que, al aplicar el derecho nacional, y en particular las disposiciones de una legislación interna, especialmente aprobada con el fin de desarrollar la directiva 76/207, los tribunales nacionales deben interpretar su derecho interno a la luz del texto y del objetivo de la Directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere el art. 189.3".

nacional; sino que continuará presente en un segundo plano para servir de apoyo a los intereses del justiciable (14).

En este caso, lo que intenta dilucidar es, por una parte, cuál debe ser el alcance de las excepciones a la aplicación de la norma y, por otra, los requisitos que se pueden exigir a la declaración de renuncia. Aspectos ambos que aparecen reflejados en la Ley española, pero que conviene examinar a la luz de la directiva que se ha pretendido integrar en nuestro ordenamiento.

VI. LAS REFLEXIONES QUE SURGEN AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dicta una sentencia que, sin duda, supone una apuesta decidida por la protección del consumidor, al que se contempla como la parte débil del contrato, que se puede ver sorprendido y que de no encontrar el amparo de la Directiva podía quedar indefenso, al no valorarse la posible resolución del contrato.

Las ideas que suscita la resolución judicial las iré desgranando al hilo de las seis preguntas que inicialmente planteó el juzgador español y que fueron resueltas mediante cinco pronunciamientos por el Tribunal.

1. *¿Queda el contrato de multipropiedad en general incurso en la excepción que plantea el art. 3.2 a) de la Directiva?*

Prima facie, una lectura apresurada de la sentencia podía llevar a pensar que cualquier contrato de multipropiedad queda bajo el ámbito de la Directiva 85/577. Si esto fuera así, cualquier adquirente en España podría quedar amparado por la Ley 26/1991 o por la 42/1998, puesto que la primera le protegería desde el flanco de la forma en que se realizó el contrato, mientras que la segunda le ampararía desde la perspectiva del contenido del mismo.

No obstante una lectura más sosegada y detenida de la misma pone de relieve aspectos que la hacen menos rotunda. Efectivamente, el Tribunal es extraordinariamente sutil cuando advierte que la Direc-

(14) Cfr. Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER: *El juez nacional como juez comunitario*. Madrid, 1993, págs. 160-161.

tiva 85/577 se aplicará a un contrato que tiene por objeto la adquisición de un derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido y la prestación de servicios cuyo valor sea mayor que el derecho de utilización del inmueble. Por tanto, no se puede afirmar que aquella Directiva sea de aplicación a un contrato de multipropiedad en general, sino sólo a aquellos en que el valor de la prestación de servicios sea superior al valor del derecho inmobiliario concedido.

Este aspecto debe ser subrayado puesto que el Gobierno español se muestra favorable a la posible aplicación de la Directiva atendiendo al valor de los servicios, después de afirmar que el contrato de multipropiedad en general debe considerarse uno de los supuestos a los que no es aplicable la Directiva 85/577, ex art. 3.2 a), puesto que confiere un derecho real sobre un inmueble, mientras que la Comisión adopta idéntica posición, atendiendo al hecho que la utilización compartida del inmueble es sólo uno de los elementos del contrato, cuyo objeto consiste en un conjunto de prestaciones de servicios turísticos.

La doctrina que había tenido ocasión de plantearse el posible juego de la Ley de ventas fuera de establecimientos en supuestos de contratos de multipropiedad se había mostrado unánime en rechazar esa posibilidad (15). Y es que, con independencia de la configuración jurídica que se le quiera dar a la figura, parece que cualquier derecho que quede incluido en la definición que ofrece la Directiva 94/47: "contrato relativo, directa o indirectamente, a la adquisición de un derecho de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido (en lo sucesivo denominado contrato): todo contrato o grupo de contratos celebrado para un período mínimo de tres años, por el que, mediante el pago de un determinado precio global, se cree, se transfiera o se establezca compromiso de transferir, directa o indirectamente, un derecho real o cualquier otro derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles, durante un período determinado o

(15) Así, Javier LETE ACHIRICA: "A propósito ..." *cit.*, pág. 541 afirma: "A pesar de que la venta de multipropiedad pudiera haber tenido lugar fuera del establecimiento mercantil del empresario, lo cual es en la práctica la regla general en este sector inmobiliario, el art. 2.1 LCCFEM excluye de su ámbito de aplicación los contratos ... Por tanto, no parece posible acudir a esta vía de protección de los intereses de los adquirentes de multipropiedad mientras no exista en nuestro ordenamiento una norma *ad hoc*". Por su parte, Noemí DOWNES: *Los contratos internacionales de timesharing*, Madrid, 1998, pág. 309: "La protección del consumidor en las circunstancias descritas se articula conforme a la Ley 26/1991 ... y, en ambos casos, el ámbito material de aplicación de esta normativa excluye los contratos relativos a derechos sobre bienes inmuebles. En consecuencia, en nuestro ordenamiento el consumidor de timesharing ha sido excluido de las prerrogativas de esta Ley".

determinable del año que no podrá ser inferior a una semana”, queda amparado por la excepción que tanto la Directiva 85/577 como la Ley 26/1991 establecen.

Conviene recordar que existen algunos Estados donde sí se ha aplicado la ley nacional que traspone la Directiva 85/577 a supuestos de multipropiedad. Así, en Alemania se ha hecho con frecuencia. Lo que sucede es que en el país germano no existe el escollo que plantea nuestra Ley. Allí, no se ha excluido ningún tipo contractual, fijándose exclusivamente en el carácter sorpresivo de las ventas, lo que implica que sólo aquellas formalizadas notarialmente quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley (16).

2. *¿Supone una excepción a la excepción el hecho de que en el contrato exista un contenido de servicios y meramente obligacional de mayor valor que el contenido inmobiliario?*

Lo que sucede es que en el caso presente existe un aspecto que conviene resaltar. El contrato objeto de la disputa hay que calificarlo como peculiar. Así se afirma, porque no es frecuente en la práctica contractual en materia de tiempo compartido que se deslinde de manera tan nítida entre lo que es el valor inmobiliario y lo que es el valor de los servicios que se prestan.

Según se afirma en la sentencia, “el contrato celebrado ... estipulaba que T.V. cedería al Sr. A.S. una cincuentiunava parte indivisa de la propiedad de un apartamento amueblado ..., la cual daba derecho al uso exclusivo del mismo en régimen de multipropiedad, durante la decimonovena semana del año civil. ... T.V., tenía, además la obligación de prestar al Sr. A.S. determinados servicios, como el mantenimiento del inmueble, la gestión y administración de la multipropiedad, la utilización de servicios comunitarios de la urbanización y la afiliación a la sociedad de intercambio R.C.I. ... El comprador debía pagar 1.090.000 ptas, de las que 285.000 ptas representaban el valor inmobiliario de la parte indivisa y el resto del precio correspondía al Impuesto sobre el Valor Añadido, a la copropiedad del mobiliario según el inventario, a los servicios como el mantenimiento del inmueble, la gestión y administración de la multipropiedad, la utilización de servicios comunitarios de la urbanización y la afiliación a Resort Condominium International”.

(16) Cfr. Noemí DOWNES: *Op. cit.*, pág. 310.

A la vista de esa redacción, conviene que se analicen los elementos que quedan al margen del valor inmobiliario.

A) La copropiedad del mobiliario

A fuer de ser estrictos, y dada la configuración jurídica de que plantea en el contrato, resultará que estamos ante un derecho de propiedad sobre 1/51 parte de la propiedad indivisa de un apartamento que, a imagen y semejanza de lo que sucede en la propiedad horizontal, se halla indivisiblemente unida a la copropiedad de los elementos comunes; elementos comunes que, en este caso, son el mobiliario con que se halla amueblado el apartamento, los elementos comunes del edificio y los elementos comunes del complejo donde se halla situado el edificio en que está el apartamento. Por tanto, debe calificarse como elemento inmobiliario la copropiedad del mobiliario, puesto que es conocido que los apartamentos que se venden en este régimen se hallan siempre amueblados. Es decir, que la propiedad que se enajena no es la de una parte de un inmueble vacío, sino de un inmueble amueblado, formando tales muebles parte integrante de aquél.

B) El impuesto sobre el valor añadido

Por otra parte, también se califica como parte del precio, diferenciada del inmueble, el impuesto sobre el valor añadido. Es conocido que el art. 20.1.2 de la Ley 37/1992, reguladora del IVA prevé la exención del impuesto para las segundas y ulteriores entregas de edificaciones cuando tengan lugar después de terminada su construcción y se adquiera la propiedad total o parcial del inmueble; exención que sólo tiene lugar cuando la adquisición se hace de persona distinta del promotor. En este caso, como parece que se trata de la adquisición frente al promotor de 1/51 del derecho de propiedad sobre un inmueble, se está ante una situación enmarcable en el hecho imponible del IVA, en cuyo caso ex art. 77.1 de la Ley reguladora del IVA, la base imponible estará constituida por el importe total de la contraprestación, es decir la cantidad pactada o la suma de todas las cuotas pactadas en el momento de la adquisición (17). Si es así, tampoco se puede entender

(17) Cfr. Fernando CASANA MERINO - M^a Teresa MORIES JIMENEZ: *Aspectos tributarios de la multipropiedad*. Madrid, 1997, págs. 23 y 25.

que esa parte del precio no aluda al elemento inmobiliario del contrato, puesto que es precisamente éste el que motiva su existencia.

C) La prestación de servicios

Otro capítulo que se distingue del valor inmobiliario viene compuesto por la prestación de servicios como el mantenimiento del inmueble, la gestión y administración de la multipropiedad. Recuérdese que el art. 9.1 e) de la Ley de Propiedad Horizontal, conforme a la redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril de 1999 obliga a cada propietario "a contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización". Marco en el que sin duda se podrán incluir los conceptos que aparecen en el contrato. Por tanto, esos servicios que parece darse a entender que se prestan al margen del derecho inmobiliario que se concede, hay que considerar que forman parte de manera intrínseca de una situación de comunidad que guarda grandes semejanzas con la propiedad horizontal.

Cuestión distinta y sin duda clave es que la entidad vendedora asuma la prestación de tales servicios. Es decir, además de vender las semanas se encarga directamente de la prestación de los servicios complementarios, desarrollando las funciones que ha de desempeñar la que se ha venido en conocer como la "empresa de servicios" en la Ley española o "sociedad de servicios" en los anteproyectos. La prestación de esos servicios siempre ha sido considerada de la mayor relevancia. Así, la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 4 de marzo de 1993 al referirse a la exigencia de la viabilidad económica de la multipropiedad como elemento determinante para autorizar su inscripción en el Registro afirma: "Pero ocurre en la multipropiedad que en ella, por definición, cada unidad económica no tiene una delimitación física, sino temporal. Es más, de la realidad práctica puede derivarse la conclusión de que estas unidades, si no se estipulan otras precisiones que las ordinarias del régimen de propiedad horizontal, carecerían de viabilidad económica y, por tanto, no podrían erigirse jurídicamente en unidades reales. Sólo alcanzarán este carácter —y las reglas de la comunidad ordinaria darán paso a las reglas estipuladas para esta comunidad especial— por el tiempo en que en el título de constitución se dé solución, con garantías suficientes, al pro-

blema de que el apartamento al comienzo de cada turno esté limpio y dispuesto para el adecuado disfrute y de que la determinación del precio de los futuros servicios prestados con ese fin no esté dejada al arbitrio de quien asume la obligación de prestarlos" (18). En este supuesto sí se puede alcanzar a comprender el sentido del planteamiento de la cuestión, por cuanto el contrato de compraventa en realidad está encerrando una compraventa y un contrato de prestación de servicios. Si el precio de la prestación de los servicios es muy superior al precio del inmueble sí se puede comprender el razonamiento del juez español.

Sin duda, como creo que ha quedado patente al hilo de las ideas que he ido desarrollando, la situación se acaba resumiendo en una cuestión formal y de calificación del contrato: si el contrato es de "multipropiedad" porque prima el elemento inmobiliario, parece que será suficiente escindir el elemento "servicios" de su contenido para evitar el juego de la Directiva 85/577. Esa situación es en sí misma absurda puesto que, como ya dejó patente la Dirección General de Registros y Notariado en la Resolución ya aludida, se trata de dos aspectos indisolublemente unidos, lo que permiten calificar el contrato como "complejo", puesto que además de suponer la transmisión de un derecho real o personal sobre un inmueble incorpora la prestación de una serie de servicios, por parte de la entidad vendedora o por un tercero.

D) La utilización de los servicios comunes

También se enumera como contenido ajeno al valor inmobiliario la utilización de los servicios comunitarios de la urbanización. Llama la atención nuevamente ese desliz de tan radical del aspecto inmobiliario, sobre todo si se tiene en cuenta que es precisamente el hecho de ser titular de esa cuota de multipropiedad la que legitima para el disfrute

(18) Sobre la misma, *cf.* J. L. DE LOS MOZOS: "Comentario de la RDGRyN de 4 de marzo de 1993" *Revista Derecho Privado*, 1993, págs. 1201-1205; Francisco Javier GARCIA MAS: "En torno a la multipropiedad" *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, nº 623, págs. 1665-1684; Javier LETE ACHIRICA: "La multipropiedad y la Resolución de 4 de marzo de 1993". *Revista de Derecho Privado*, junio 1995, págs. 523-537; Pedro A. MUNAR BERNAT: "Comentario a la RDGRN de 4 de marzo 1993" *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 32, págs. 495-512; Gerardo MUÑOZ DE DIOS: "Más sobre la multipropiedad. A propósito de la RDGRyN de 4 de marzo 1993" *La Ley*, nº 3369, 14 de octubre 1993, págs. 1-3; Xavier O'CALLAGHAM MUÑOZ: "La multipropiedad. Su acceso al Registro de la Propiedad". *Actualidad y Derecho*, 1993, nº 36, págs. 1-9; Antonio PAU PEDRON: "Comentario de la RDGRyN de 4 de marzo de 1993". *Anuario de Derecho civil*, 1993-III, págs. 935-937.

de los servicios comunitarios de la urbanización, aunque sea por precio. Recuérdese que uno de los mayores atractivos que se ofrece a los adquirentes es precisamente el que se trata de adquirir un derecho, sea real o personal, sobre un alojamiento que está situado en complejos donde se ofrecen todo tipo de posibilidades de ocio.

Nuevamente sólo tendrá sentido esa consideración si se trata de que la vendedora se obliga a gestionar esos servicios comunitarios, con lo que evidentemente existirá un contenido obligacional nada desdeñable y completamente ajeno a la titularidad dominical que se atribuye al adquirente.

E) La afiliación a una sociedad de intercambio

El último aspecto que se resalta como contenido del contrato y que queda marginado del contenido inmobiliario, es la obligación que contrae el vendedor de afiliar al adquirente a la multinacional de intercambio R.C.I.

Antes de analizar esa obligación, es necesario hacer alguna referencia genérica a la figura del intercambio, para comprender su sentido. La oferta es la siguiente: El adquirente, que ha comprado un período de tiempo de un apartamento situado en un complejo afiliado a alguna de estas cadenas, puede cambiarlo por un período de tiempo diferente en el mismo complejo (si las fechas no le resultan aquel año idóneas), o por el mismo o diferente período de tiempo en un complejo de la compañía situado en otro lugar. Para la realización de esta complicada operación, las empresas cuentan con una compleja red informática que recibe las peticiones de los afiliados e intenta armonizarlas (*spacebank exchange*) (19): compatibiliza la oferta del que desea un período de tiempo en lugar diferente a aquél al que él ha adquirido, con la del sujeto que sí ha adquirido su período en dicho complejo y desee ir al complejo del que formuló su intención de cambio. La afiliación al servicio de intercambio comporta el pago de una cuota

(19) Sistema similar a una cuenta corriente, creado por R.C.I. en 1974, en el que un sujeto deposita el periodo de tiempo para, posteriormente, retirar el depositado por otro sujeto y que él desea disfrutar. Existen tres subtipos dentro de esta fórmula: *standard spacebank*: el depósito debe ser recibido por la empresa con un mínimo de 60 días y un máximo de un año de anticipación al momento de comienzo del tiempo de uso que se deposita; *late spacebank*: se aceptan depósitos con una anticipación entre 59 y 14 días; *instant spacebank*: sistema por el que el interesado se acoge al sistema por teléfono, realizando en el mismo instante el depósito y la extracción del tiempo y lugar deseado.

de pertenencia al mismo, y de un canon por cada cambio que se solicita: de esta manera, por un precio realmente asequible, un sujeto puede variar cada año el destino de sus vacaciones sin tener que pagar nada más que el viaje, puesto que el alojamiento lo tiene perfectamente solucionado. De todas formas, no hay que llamarse a engaño, y pensar que ese intercambio tiene un carácter indiscriminado: efectivamente, se hace de acuerdo a unos criterios, viniendo determinado por el período que el sujeto ha adquirido sobre el apartamento que posee.

Precisamente todas estas consideraciones anteriores son las que permiten diferenciar claramente esa afiliación a la sociedad de intercambio de la adquisición del derecho sobre el inmueble. Tan es así, que cuando se discutía la redacción de la que acabó siendo la Directiva 94/47, ya en 1992 la Comisión justificaba la necesidad de la intervención legislativa, entre otros, "por el empleo de una publicidad que da al consumidor una información incompleta ... o bien el caso de un publicidad que hace creer al consumidor que puede cambiar ... fácilmente su derecho de multipropiedad en una bolsa de intercambio ... cuando la realidad es muy diferente" (20).

3. *¿Son excluyentes las Directivas 85/577 y 94/47?*

El Tribunal de Luxemburgo hace una afirmación inicial de gran calado: per se, la Directiva 85/577 y la Directiva 94/47 no son incompatibles. Por tanto, un contrato en que exista un elemento de multipropiedad no está condenado a quedar al margen de la protección que otorga la Directiva de ventas fuera de establecimiento, entre otras cosas porque no existe ninguna disposición en que la una excluya a la otra. Pero claro está, esa posible protección sólo tendrá lugar, si y sólo si, no queda sometido ese contrato a las excepciones que la Directiva 85/577 prevé. Por eso resulta de tanta trascendencia acudir al estudio del concreto contrato. Con razón declara el Tribunal que si se produjera esa incompatibilidad radical se privaría al adquirente de multipropiedad de la protección de la Directiva de ventas fuera de establecimiento, en el caso que su adquisición tuviera lugar en esas condiciones.

Existe un aspecto en el que no entra el Tribunal y que sin embargo es analizado por el Abogado General en sus conclusiones, aunque

(20) Cfr. COM (92) 220 final -SYN 419, Bruselas, 24 de julio 1992, pág. 39.

quizá sin la necesaria claridad. Me refiero al hecho que ambas Directivas prevén un plazo de tiempo distinto para desistir del contrato celebrado. Mientras que la 85/577 establece 7 días, la 94/47 lo fija en 10 días. Si el mismo contrato puede quedar amparado por ambas normas, parece un contrasentido que si se atiende a una el adquirente pueda desistir durante un plazo mayor que si se atiende a la otra. El Abogado General zanja la cuestión aferrándose al hecho de que como no es aplicable al caso la Directiva 94/47, no es necesario dar respuesta al interrogante.

No se puede negar que la cuestión resulta importante. Quizá es uno de los principales argumentos para poder sostener que se trata de dos figuras diferentes y que tienen una protección independiente. Si la posibilidad de desistir que se reconoce tanto al adquirente en un contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil del vendedor como en uno de tiempo compartido obedece a la misma filosofía, parece un contrasentido afirmar que la protección puede ser ofrecida por una u otra alternativamente, según sean las circunstancias: como en el presente caso no era aplicable la de multipropiedad, podremos acudir a la de ventas fuera de establecimiento. Es más, uno de los argumentos que maneja el Abogado General puede ser vuelto del revés. Afirma que las Directivas no son excluyentes, afirmando que "La Directiva 94/47, además, no dispone nada para el caso de que el contrato de adquisición de un derecho ... sea celebrado fuera de un establecimiento mercantil". Ello es cierto pero, ¿no será que el silencio está reconociendo implícitamente que la protección que ofrece la norma hace innecesario apelar a las vías protectoras de la 85/577? La protección en materia de multipropiedad viene dada, no por la forma en que se negocia o celebra el contrato, sino por el objeto que se vende. En ambas ventas coincide la concurrencia de técnicas de marketing persuasivas que permiten convencer a consumidores incautos, pero no es que exista un problema añadido si el contrato de multipropiedad se celebra fuera del establecimiento mercantil sino que, en cualquier circunstancia que se celebre, el legislador comunitario considera que el adquirente debe ser amparado. Este razonamiento se ve reforzado si se analizan los aspectos que el legislador comunitario procura regular: mientras en la 85/577 se ciñe exclusivamente a regular la facultad de desistir, en la 94/47 se alude a la exigencia del folleto informativo, la prohibición de pagos anticipados, la resolución de los contratos de préstamos vinculados si el contrato principal queda sin efecto y, sobre todo, las facultades de desistir del contrato sin necesidad de alegar justa causa alguna y la de resolverlo si no se ha cumplido la obligación

de información que compete al vendedor. Por tanto, existe un factor común en ambas y unos elementos exclusivos de la más reciente. Seguramente, las Instituciones europeas entendieron que siendo dos tipos negociales susceptibles de protección no podían quedar cubiertos por el mismo manto, por lo que quedaron fuera de la Directiva de ventas fuera de establecimiento las ventas de tiempo compartido, a las que se prefirió dotar de un instrumento normativo propio.

4. *¿Cuál sería la solución a la luz de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre?*

El Tribunal de las Comunidades Europeas parte del hecho que en el contrato de autos existen dos elementos nítidamente diferenciados: el contenido inmobiliario y el de prestación de servicios.

Si se examina la hipótesis con la ley española en la mano, hay varios aspectos que deben ponerse de manifiesto.

A) *La desaparición de la posible venta de cuotas de propiedad*

Resulta imposible la venta de una cuota de copropiedad sobre un apartamento, puesto que el legislador español ha apostado por la configuración como derecho real limitado, el derecho real de aprovechamiento por turno, o como ese extraño arrendamiento de temporada que sugiere el art. 1.6.

Que queda al margen de la Ley el posible encauzamiento de la figura a través de las cuotas de propiedad lo demuestran los apartados 1, 4 y 6 del art. 1, además del art. 8.1.

Como es lógico la solución legal no tiene carácter retroactivo, estableciendo la Disposición Transitoria Segunda cuál es la situación en la que queda el régimen preexistente en que se reconozcan tales derechos, permitiéndose como no podía ser de otra forma que se mantenga la duración indefinida, siempre y cuando exista una declaración expresa en tal sentido en la escritura de adaptación a la nueva Ley.

B) La prestación de servicios como contenido del derecho de aprovechamiento por turno

Hay que significar que el art. 1.1 establece que el derecho de aprovechamiento por turno "atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios". Así pues, cuando se venda un derecho de aprovechamiento por turno no sólo se está enajenando un derecho real o personal sobre un alojamiento sino que su objeto incluye la prestación de los servicios. Desaparece la posible disociación entre el elemento inmobiliario y el de prestación de servicios al formar parte de la misma figura jurídica, además de que el alojamiento sobre el que se disfruta el derecho debe estar amueblado, con lo que tampoco cabe aludir a la copropiedad del mobiliario como algo alejado del derecho que se atribuye.

Por tanto, siempre y cuando se construya una operación de venta de derechos conforme a la legislación existente, resultará imposible que un contrato quede diferenciado el valor inmobiliario del valor mobiliario y de servicios, puesto que por definición legal están unidos. Se ha insinuado que ello no se compadece con las libertades comunitarias (21). No alcanzo a comprender esa objeción, puesto que precisamente la Directiva únicamente exige la armonización de las normas de los Estados en materia de protección al consumidor, pero se desentiende de intentar establecer una configuración jurídica unitaria, por lo que será cada país quien tiene la competencia para establecer los cauces en que situar la figura. España, en ejercicio de esa facultad, se ha decantado por establecer ese contenido plural del derecho, en aras precisamente de una mayor protección a los adquirentes.

C) La compatibilidad entre propiedad del inmueble y titularidad de la obligación de prestar los servicios

Hay que subrayar que es perfectamente posible que quien se obligue a la prestación de tales servicios sea el mismo propietario del alo-

(21) Cfr. Noemí DOWNES: "Una nueva vía..." *cit.*, pág. 10.

jamiento, ex art. 4.1 c). No se puede olvidar que el legislador español finalmente ha aceptado que la labor de prestación de los servicios pueda ser desempeñada no sólo por una empresa ajena a la propiedad del complejo, sino que también la misma propiedad se encargue de esa labor de la gestión de los servicios complementarios.

Por tanto, en el mismo contrato que se enajena ese derecho real limitado o se conceden las facultades como arrendatario, el vendedor se puede comprometer a la prestación de esos servicios a título personal. Si la gestión de esos servicios queda en manos de un tercero, la empresa de servicios, ello no es óbice para que el compromiso de su prestación lo asuma el propietario, ya que el art. 16 establece la responsabilidad del propietario por la efectiva prestación de los servicios, y así en caso de incumplimiento por parte de ese gestor, queda obligado a la resolución del contrato celebrado con la empresa de servicios, debiendo asumirlos directamente o contratar con otra en condiciones que no perjudiquen a los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno.

D) La afiliación a una sociedad de intercambio no forma parte del contenido del derecho de aprovechamiento por turno

Hay que significar que lo que no tiene cabida como contenido del derecho de aprovechamiento por turno es la posible participación en los programas de intercambio.

La Ley, en su art. 8.2, alude a la figura del intercambio al tratar el contenido que debe tener el documento informativo que debe facilitarse a cualquier interesado en la adquisición de un derecho de aprovechamiento por turno. Precisamente para evitar confusiones, debe quedar patente si el complejo sobre el que se define el derecho que se oferta está afiliado a un programa de intercambio. Caso de que sea así, se acompañará al folleto informativo un documento expedido por la empresa de intercambio que expresamente declara que ese complejo está afiliado a su red, informa sobre el número de complejos que están afiliados, con qué número de socios cuenta y las condiciones generales de funcionamiento del sistema. Además, informará sobre las cuotas por participar del sistema y el precio de cada intercambio.

Quizá el aspecto más importante, siéndolo todos, es que en ese documento debe quedar patente que el contrato de intercambio es independiente y distinto del contrato de adquisición del derecho. Dicho de otro modo, si el adquirente no satisface las cuotas con la

sociedad de intercambio puede ver resuelto el contrato que le vincula con aquélla, pero no por ello perderá su derecho sobre el alojamiento. De hecho, la gestión del intercambio no se desarrolla nunca a través de la propietaria del complejo sino que directamente se gestiona por la empresa internacional que se dedica a ese negocio.

Así pues, en el supuesto de que como parte del precio de venta del derecho se incluya una cantidad a satisfacer por participar en un intercambio, hay que decir que es un aspecto completamente independiente del derecho adquirido. Se puede hablar entonces de la prestación de un servicio que queda expresamente al margen del derecho transmitido.

E) Los contratos que puedan escapar a la Ley

No se puede desconocer que han surgido muchas voces desde la entrada en vigor de la Ley que señalan que los estrechos cauces de establece dejan al margen toda una serie de fórmulas comerciales (22). Efectivamente, será suficiente que el derecho se conceda por un plazo inferior a 3 años o superior a 50, o que el período de disfrute sea inferior a una semana (23).

Quizá donde con mayor virulencia se plantea la cuestión es en el sistema de "puntos" (24). Se trata de una operación mediante la que el comprador adquiere un número determinado de puntos, los cuales le darán derecho a disfrutar de un determinado inmueble vacacional. Como es lógico, a cada espacio vacacional se le asigna un número fijo de puntos que depende de factores tales como la temporada, la capacidad del apartamento, el destino solicitado. El comprador podrá dividir sus puntos en diferentes destinos y para períodos distintos, dependiendo del número de días que desee viajar, sin quedar sujeto a períodos máximos o mínimos. De esta manera, podrá disponer de los puntos adquiridos en función de las necesidades de cada momento.

(22) José Manuel RUIZ-RICO RUIZ: "Multipropiedad y ley sobre derechos de aprovechamiento por turno: la incomprensible voluntad de poner puertas al campo". *La Ley*, 29 junio 1999, págs. 1-6 enumera las posibles vías de escape a través de las que considera que se puede eludir legítimamente la prohibición.

(23) Esta posibilidad es la que ha llevado a que legisladores europeos como el francés, el británico, el austríaco, el finlandés, el alemán o el de Luxemburgo, cuando han transpuesto la norma europea, hayan guardado silencio sobre el período de disfrute por el que se contrata

(24) Cfr. Carlos VOGELER RUIZ- Enrique HERNANDEZ ARMAND: *Estructura y organización del mercado turístico*. Madrid 1995, pág. 414.

Como se puede advertir, esta fórmula comercial poco o nada tiene que ver con un derecho de disfrute sobre un inmueble sino más bien como un simple producto turístico, como pueden ser los bonos de viaje o de hoteles que son comercializados por algunas empresas del sector turístico. Quizá será bueno recordar que en el texto del Anteproyecto de la que ha acabado siendo Ley, el art. 1.7 no tachaba de nulidad a los contratos celebrados al margen de la Ley, sino que los sometía a las disposiciones vigentes en materia de establecimientos hoteleros (25).

Se ha apuntado con acierto que será en estos supuestos cuando, precisamente para garantizar la protección de los adquirentes, la sentencia que se comenta puede ser especialmente trascendente (26). En estos casos, como ya he explicado, el elemento esencial deja de ser el derecho sobre el inmueble, planteándose como una nueva forma de concebir el disfrute vacacional, con lo que el elemento de servicios tiene en cualquier supuesto mayor valor. Pero es que además, resulta que el mismo objeto de la adquisición nada tiene que ver con el inmueble, puesto que simplemente se adquieren unos puntos que dan un derecho. En unas recientes jornadas celebradas en el Parlamento europeo (27), se planteó por parte de algunos representantes de la Comisión la necesidad de reformar la Directiva 94/47 con el fin de incluir en su ámbito los sistemas de puntos. Quizá la puerta que abre esta sentencia permite concluir que no es una necesidad tan acuciante: se tratará de un caso en que existe un indiscutible elemento de tiempo compartido, pero que no impide su amparo por la Directiva 85/577.

Lo que estoy intentando significar es que precisamente esta sentencia resulta importante, no para los supuestos en que se está transmitiendo un derecho de tiempo compartido susceptible de amparo por la Directiva europea y por las leyes nacionales, sino que permitirá que no queden al margen de la protección todas esas operaciones que algunos

(25) En la exposición de motivos de aquel texto se explicaba la virtualidad de esta regulación: "régimen hotelero donde las autoridades administrativas tienen un fuerte poder de intervención para garantizar la prestación de los servicios. Es un régimen que tiene, además, la ventaja de que en él están prohibidos los pagos anticipados o puede resultar de aplicación la Ley ... reguladora de los viajes combinados, según los casos, que es también una norma protectora de los derechos de los consumidores".

(26) Así se manifiesta Noemí DOWNES: "Una nueva vía ..." *cit.*, pág. 11.

(27) Jornadas organizadas por la Unión Europea y el Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España que con el título "El derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles turísticos en España" tuvieron lugar los días 20 y 21 de abril de 1999.

aviesos empresarios idean con el fin de eludir la aplicación de la norma. Es cierto que habrá que estar a cada concreto contrato para examinar si se puede eludir el juego de la excepción de la Directiva, pero si se consigue se habrá obtenido un resultado altamente satisfactorio. Indirectamente, ello podrá tener una ulterior repercusión: que los empresarios del sector acaben conviniendo en la necesidad de adecuar sus promociones con la legislación nacional, puesto que así sabrán perfectamente a qué atenerse. Si se mantienen al margen de la misma, pueden sufrir consecuencias que no habían previsto, como es el caso que nos ocupa.

5. *La noción de excursión organizada por el vendedor*

Una vez que el Tribunal consigue superar el escollo de la posible excepción a la aplicación de la Directiva por razón del objeto del contrato, debe entrar en analizar si se cumplen los requisitos para que la Directiva pueda ser invocada. Dicho de otro modo, si se cumplen las condiciones que fija el art. 1 de la norma.

En apariencia la situación fue la siguiente: la entidad vendedora a través de cartas y llamadas telefónicas consigue despertar el interés del posible adquirente, y para concluir la operación le invita a que visite el complejo en que se halla el apartamento cuya copropiedad le ofrece, un día a una hora señalada (28). El interesado se dirige al lugar y, se supone que tras mostrarle el alojamiento piloto, se le invita a sentarse en una sala de ventas, en que se introducen a los posibles adquirentes y se les intenta convencer de la bondad del producto y del negocio que están próximos a concluir (29).

La cuestión no es otra que determinar si la firma del contrato en esa sala de ventas es un acto desarrollado fuera del establecimiento comercial del vendedor. Lo primero que habrá que advertir es que no

(28) Explica la representación de la Comisión que el adquirente había sido acasado mediante en envío de cartas en que se le compelia a acudir a la reunión con el fin de recoger uno de los lujosos regalos que se le entregarían por el sólo hecho de asistir, sin más compromiso. Tales cartas fueron seguidas de numerosas llamadas telefónicas en las que se le incitaba a asistir a las reuniones de venta organizadas por T. V. en el complejo turístico, en donde se mantenía a los consumidores durante horas, invitándoles reiteradamente a tomar bebidas alcohólicas.

(29) Se cuenta la anécdota de que en algunos de esos complejos tienen habilitadas zonas para guardería infantil, con el fin de que los progenitores se puedan despreocupar de los hijos mientras son sometidos a la "sesión informativa" sobre el derecho que están próximos a adquirir que se suele prolongar durante varias horas.

suele aparecer para nada una identificación que patentice que se trata de una oficina de ventas, ni tan siquiera se trata de un local de libre acceso por los interesados, sino que son conducidos allá por los vendedores. En segundo lugar, normalmente la empresa dedicada a la venta no es la misma que la que ostenta la titularidad del complejo, con lo que no se podrá argumentar que la propiedad ha habilitado un local para las ventas.

En sus observaciones, La Comisión estimó que era aplicable la Directiva 85/577 por varias razones: en primer lugar, por ser un contrato celebrado en un complejo turístico entre un comerciante, cuyo establecimiento comercial se sitúa en lugar diferente del de la celebración del contrato, y un consumidor, que ha sido invitado por el comerciante, con fines de demostración de los productos y servicios que ofrece, a personarse en aquel lugar; en segundo término, porque esa invitación se había acompañado de reclamos ajenos a los productos y servicios presentados, que se ofrecen por el mero hecho de la personación y que incitan manifiestamente a dicha personación.

El Tribunal enumera tres elementos trascendentales para concluir que se trata de un "contrato celebrado durante una excursión organizada por el comerciante":

1º) ¿Cuál es el alcance de la "excursión"? incluye el desplazamiento a una localidad distinta de la de residencia del consumidor.

2º) ¿Cuál es el alcance de la noción "organizada"? es suficiente que exista una iniciativa del comerciante, mediante la invitación a desplazarse un día y hora determinados, mediante cartas o llamadas telefónicas.

3º) ¿Cuándo puede considerarse que se ha celebrado fuera del establecimiento comercial? Según lo declarado por la sentencia, interpretado a contrario, cuando se llevó a cabo en un lugar donde no ejerce habitualmente su actividad el comerciante y que no esté identificado como local de venta al público.

Con estos elementos, habrá que concluir que la gran mayoría de ventas de multipropiedad pueden quedar encuadradas en esa noción, puesto que los posibles adquirentes o son atraídos mediante publicidad postal o telefónica, o son "asaltados" en la calle por vendedores que les conducen en taxi al complejo donde se les intenta vender el producto, siendo normalmente acompañado de una oferta de regalos (30).

(30) En ocasiones, si no consiguen convencerles no sólo les niegan el regalo que les habían ofrecido, sino que se despreocupan de la forma de volver a su lugar de residencia, teniendo que pagar los desprevenidos e incautos turistas el taxi de vuelta.

6. La caracterización de la facultad de renuncia como un desistimiento "ad nutum"

Otra de las cuestiones a las que debe responder el Tribunal de las Comunidades no es otra que la de determinar cuál es la naturaleza jurídica que cabe atribuir a la facultad de renunciar al contrato celebrado que reconoce la Directiva al comprador.

Se plantea si se debe entender como una respuesta que el ordenamiento comunitario ante un contrato viciado por intimidación o dolo, o más bien se está frente a una facultad incondicional que se le reconoce al adquirente por el simple hecho de llevar a cabo la adquisición en las condiciones que prevé la norma. La respuesta a la pregunta resulta clave puesto que de ser necesario probar la intimidación o el dolo en muchas ocasiones supondrá una prueba diabólica. Tanto el Estado español como la Comisión, en sus observaciones, se decantan, como no podía ser de otro modo por predicar el carácter incondicional y absoluto de la facultad reconocida al adquirente (31).

La motivación del reconocimiento de esta facultad queda patente con la siguiente explicación: "en algunas ocasiones se considera no justa la vinculación contractual, producida por un acuerdo de voluntades, y se otorga al consumidor una excepcional facultad de arrepentimiento siempre que se ejerza en un plazo perentorio. ... Las prácticas comerciales, existentes en estos campos, especialmente agresivas, colocan a los consumidores ante presiones de las que resulta difícil escapar y es frecuente que para poner término a la presión concluyan un contrato que en realidad no deseaban. La verdad es que estas presiones no llegan a constituir genuinos vicios de la voluntad con el significado tradicional de esta categoría, pero el buen sentido aconseja estimar justa la corrección de las mencionadas prácticas y favorecer la situación de los consumidores" (32).

(31) Es sabido que esa posibilidad de renuncia ha sido contemplada en los últimos tiempos como mecanismo de protección de los consumidores por la legislación española, si bien con terminología diferente. Se encuentra recogida, entre otras, en el art. 8 de la Ley sobre ventas de bienes muebles a plazos de 1965, en el art. 10.1.c) 2º de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, el art. 5.1 de la Ley sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, los arts. 10 y 44 de la Ley de ordenación del comercio minorista o el art. 9.4 de la Ley de viajes combinados o el art. 9 de la Ley de ventas a plazos de bienes muebles, de 1998 y art. 10 de la Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de uso turístico y normas tributarias.

(32) Cfr. Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: "¿Una nueva doctrina general del contrato?". *Anuario de Derecho civil*, octubre-diciembre 1993, págs. 1705-1717, en concreto, pág. 1710.

Sin duda, la doctrina que sienta la sentencia que ahora se analiza no resulta novedosa, pero sí tiene la importancia de zanjar definitivamente cualquier posible atisbo de duda al respecto.

Quizá es interesante apuntar que en el marco de los contratos de multipropiedad o tiempo compartido ha sido frecuente que, como medida que evidenciaba la buena fe de las empresas vendedoras, se ofreciera esa posibilidad de desistir del contrato celebrado, aunque en ocasiones mediante cláusulas claramente abusivas. El ejemplo más patente se tiene en aquellos contratos que concedían a los adquirentes la posibilidad de desistir en un plazo de siete días, si el contrato es sometido a la aprobación de un letrado y encuentra irregularidades. La jurisprudencia menor ha tenido ocasión de enfrentarse a este problema. Si bien la S. 29 abril 1995 de la Audiencia Provincial de Barcelona plantea la cuestión, no entra finalmente en su validez o no al reconducir el tema hacia la problemática del dolo. Es la S de 12 de junio 1998 de la S. 4ª de la A.P. Baleares la que resuelve esta cuestión: se le da un plazo de 7 días al comprador para que pueda denunciar la existencia de una cláusula tachada de nulidad o que suponga causa de resolución. Ello va contra las normas generales de la contratación, que reconocen la imprescriptibilidad de la acción de nulidad radical y el plazo de 4 años para el ejercicio de la de anulabilidad (33).

7. *La forma de notificar la renuncia*

El órgano jurisdiccional español se plantea una cuestión de cierta relevancia. Resulta que el tenor literal del art. 5 de la Directiva puede hacer pensar que la declaración de renuncia debe instrumentarse por escrito, puesto que se refiere a que debe "enviar una notificación en un

(33) "Es claro que según lo convenido se concedía a los actores la facultad de reexaminar lo firmado hasta la fecha en que vencía la obligación de pagar el resto de precio aplazado. La denuncia debía estar basada en una causa justificada, aunque el argumento no puede llevarse hasta el extremo ... que el desistimiento sólo sería posible si nos halláramos ante un motivo legal de nulidad o ante una causa resolutoria sobrevenida. De ser ello así, la concesión ... sería absolutamente pírrica ... si los compradores detectan alguna causa de nulidad o resolución en el plazo concedida y es aceptada por los vendedores, éstos últimos se avienen a conceder la ineficacia contractual, cuando ésta deviene por imperativo legal y no es preciso acordarla, siendo así -además- que las acciones que derivan de tal situación tienen un plazo de prescripción mucho más amplio que el contemplado en el contrato. Tales consideraciones conducen a entender que las posibilidades de reexamen, deliberación, asesoramiento y posterior denuncia tienen un espectro mayor ...".

plazo mínimo de siete días". No obstante, a continuación continúa la Directiva advirtiendo que se hará "con las modalidades y condiciones establecidas en la legislación nacional". Como resulta que la Ley española en su art. 5.2 comienza afirmando que "la revocación no está sujeta a forma", se plantea el juez nacional si la ley de trasposición es acorde con las previsiones de la Directiva.

La Comisión, en sus observaciones, señala que la Directiva 85/577 no prescribe la forma o modalidades en las que debe formularse la notificación prevista en el apartado 1 del artículo 5 de dicha Directiva. Habida cuenta de su carácter protector, estima que esta disposición es merecedora de una interpretación amplia que no constriña al consumidor al empleo de una forma concreta o determinada, siempre que quede demostrada su voluntad de resolver el contrato y se comunique al comerciante dentro del plazo y de forma manifiesta.

En esta misma línea, el Tribunal llega a la conclusión que esa declaración de renuncia puede incluso manifestarse a través de actos inequívocos, sin que quepa exigir forma alguna a esa declaración. Además, sale al paso del posible escollo que puede representar el último inciso del art. 5.1. de la Directiva, cuando alude a la expedición de la notificación, que puede conducir a que se trata necesariamente de una declaración escrita, resolviéndolo en el sentido de entender que esa previsión contempla precisamente el supuesto en que la renuncia se instrumente por escrito, pero sin que suponga una exigencia de que se haga así.

Tal conclusión resulta claramente favorable al adquirente, aunque inmediatamente habrá que añadir que resulta del mayor interés que se documente por escrito la declaración de renuncia a efectos probatorios, puesto que después de declarar que no se exige forma determinada, el art. 5.3 de la Ley sitúa la carga de la prueba en cabeza del consumidor (34). A este respecto es significativo que los hechos concluyentes sean considerados manifestación inequívoca de la voluntad de renuncia. En el caso de autos, no puede olvidarse que el comprador no se presenta a la ratificación del contrato, lo cual podría ser considerado un acto concluyente; si bien se ve más tarde reforzado con la personación en las oficinas de la vendedora reclamando la devolución del anticipo.

(34) Se ha señalado la idoneidad del documento de revocación para facilitar la prueba por parte del consumidor. Cfr. Gemma Alejandra BOTANA GARCIA: *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*. Barcelona, 1994, pág. 255.

8. *¿Es compatible la facultad de desistir del contrato con una cláusula penal?*

La última de las cuestiones que plantea el juez español tiene que ver con la posible compatibilidad de esa libertad para separarse del contrato que se le reconoce al consumidor con una facultad para el comprador de resarcirse por los perjuicios que le pueda ocasionar.

Es conocido que en los contratos duraderos, en ocasiones se pacta una cláusula que permite a una de las partes separarse del contrato, pero con la obligación de resarcir a la otra de los daños y perjuicios que le pueda causar, indemnización que ya se fija inicialmente. Se trata de proteger las legítimas expectativas creadas en la otra parte que se pueden ver arrumbadas por la ruptura unilateral del contrato.

Hay que ser conscientes que el contrato ante el que nos situamos no puede quedar enmarcado en esa hipótesis. Como sabemos se trata de un contrato peculiar por ser consumidor uno de los intervinientes, considerado parte débil y a la que se le ofrece una protección suplementaria. Si se le concediera la posibilidad de separarse del contrato, pero se permitiera el establecimiento de una cláusula penal, evidentemente se vaciaría de contenido la presunta protección que se le concede. El Abogado General en el parágrafo 59 de sus conclusiones realiza una afirmación significativa: "tal indemnización de daños y perjuicios equivaldría a una sanción como consecuencia de la renuncia. Esto también sería totalmente contrario a la finalidad protectora de la Directiva, consistente en proteger al consumidor contra la asunción de obligaciones económicas sin estar preparado para ello". No se debe olvidar que en un sentido parecido la Directiva 94/47 ha prohibido la realización de anticipos del precio convenido hasta que haya transcurrido el plazo de 10 días que otorga para desistir. Se trata nuevamente de una medida para eliminar cualquier atisbo de sombra sobre la libertad del comprador. Lógicamente, si se le puede obligar a satisfacer el 25% del precio, como sucede en este caso, o si teme perder la cantidad anticipada, en la hipótesis de la Directiva 94/47, esa facultad libérrima de separarse del contrato queda vacía de cualquier contenido protector.

Nuevamente conviene hacer hincapié en que la facultad de renuncia de que se está tratando nada tiene que ver con el supuesto de resolución por incumplimiento del contrato. Evidentemente, si el contrato feneciera por su resolución a instancia del vendedor que ve cómo el adquirente, sin desistir del contrato, deja de cumplir sus obligaciones, sería lícito que se cifrara contractualmente que la indemnización por

los daños y perjuicios sufridos sea del 25% del precio, o por la cantidad entregada como anticipo. Pero la situación que se plantea nada tiene que ver con la extinción del contrato por haber incumplido una de las partes sus compromisos, sino que una de ellas ha ejercido una facultad que incluso contractualmente se le había reconocido, amén de tener la cobertura legal que le ofrece la Ley 26/1991 a la luz de la sentencia. Como también señala agudamente el Abogado General, el supuesto de renuncia y el incumplimiento contractual no son equiparables en modo alguno, sino que responden a motivaciones radicalmente distintas. Mientras la renuncia es una facultad concedida legalmente para desvincularse de las obligaciones inicialmente contraídas, la resolución es una sanción que se impone por no haber cumplido las obligaciones que se han asumido.

En otras palabras, los comerciantes que celebran contratos fuera de sus establecimientos y los vendedores de tiempo compartido deben incluir en sus costes el eventual fracaso de una parte de sus contratos, sin que esa partida puedan imputarla directamente sobre el adquirente que desiste.