

revista de ANÁLISIS TURÍSTICO



Segundo semestre de 2008

Núm. 6

SUMARIO

ARTÍCULOS

“Aspectos sustantivos del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de usos turísticos ante la propuesta de directiva europea de 7 de junio de 2007”

Pilar Íñiguez Ortega

“Turismo Rural en la Euroregión Galicia-Norte de Portugal: un modelo de diseño conjunto”

Xulio Pardellas de Blas y Carmen Padín Fabeiro

“Una colaboración original entre público y privado: animación histórica viva del patrimonio (performing heritage), el ejemplo de la ciudad de Provin”

Sophie Lacour y Claude Origet du Cluzeau

“La concentración temporal de la demanda turística en España y sus regiones: un análisis empírico a partir de índices de desigualdad”

Juan Antonio Duro Moreno

“Gestión de destinos alpinos. Estudio de estrategias exitosas para destinos de montañas y lugares bajo impacto de las masas de turismo”

Massimo Morellato

DEBATE

“Turismo, Universidad, conocimiento y empresa: ¿mundos aislados?”

Juan Ignacio Pulido Fernández (coord.)



AECIT
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
EXPERTOS CIENTÍFICOS EN TURISMO

REVISTA DE ANÁLISIS TURÍSTICO, nº 6, 2º semestre 2008, pp. 6-14

**ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL APROVECHAMIENTO POR
TURNO DE BIENES INMUEBLES DE USOS TURÍSTICOS
ANTE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA DE 7 DE
JUNIO DE 2007**

Pilar Íñiguez Ortega
Universidad de Alicante

Revista de Análisis Turístico

ISSN: 1885-2564 Depósito Legal: B-39009

©2008 Asociación Española de Expertos Científicos en Turismo (AECIT)

www.aecit.org email: analisisTuristico@aecit.org

ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES DE USOS TURÍSTICOS ANTE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA DE 7 DE JUNIO DE 2007

Pilar Íñiguez Ortega

Profesor Ayudante Doctor. Departamento de Derecho Mercantil y Procesal

Universidad de Alicante

Pilar.I@ua.es

resumen

La idea del turismo es una actividad de ocio extremadamente popular en décadas recientes, especialmente en nuestro país. La nueva demanda comercial sugiere diferentes enfoques como contrapunto a los contratos existentes a favor de nuevas fórmulas comerciales, entre las cuales se incluye el aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Hablamos de unos complicados anclajes normativos los cuales que tratan de garantizar no sólo la satisfactoria ejecución de dichas formas contractuales sino de garantizar el adecuado servicios a los beneficiarios finales, los consumidores turísticos. El trabajo se plantea en tres pares bien definidas: La directiva de 7 de Junio de 2007 del Parlamento y del Consejo en este tipo contractual, los pactos de reventas y cláusulas de intercambio y los préstamos vinculados al contrato de multipropiedad y sanciones derivadas de la vulneración de la prohibición de anticipo del art. 11.2 Ley 42/1988.

Palabras clave: Multipropiedad, Directiva de 7 de junio 2007, pactos de reventa y cláusulas de intercambio. Prestamos vinculados al contrato.

abstract

The idea of tourism as a leisure activity where one travels to spend time in places of interest has been extremely popular in recent decades and extremely important to Spain. Added to this, the need to deal with the demands of modern commercial traffic along with the achievement of empirical goals sought by the distinct economic players, lead to the dropping of classic contract models in favour of new commercial formulae, which includes the business of holiday time-sharing. Likewise there is talk of a large and complicated piece of legislation, which aims to guarantee the correct running of the sector while both controlling the business people working therein and ensuring the satisfactory execution of the arranged services with the beneficiaries/tourism consumers of the services. The article is divided in three parts: Directive proposal of 7 June 2007, loans linked to the contract and penalty stemming from the violation of the ban on advanced payments set out in article 11.2 of Law 42/1988.

Keywords: Time-sharing, Directive proposal of 7 June 2007, Loans linked to the contract, Penalty stemming to the contract.

1. introducción

El fenómeno del turismo como actividad consistente en desplazarse para frecuentar lugares de interés con fines de esparcimiento, tan en boga en las últimas décadas y tan importante para nuestro país y la necesidad de atender a las exigencias del moderno tráfico mercantil así como a la consecución de los fines empíricos perseguidos por los distintos operadores económicos, conduce al abandono de figuras contractuales clásicas en beneficio de nuevas fórmulas comerciales nacidas al hilo de la misma praxis comercial, en donde debe incluirse el aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico; con idéntico tenor, se habla de una ingente y complicada legislación que trata de garantizar el correcto funcionamiento del sector controlando al empresario que profesionalmente lo explota y vigilando para una satisfactoria realización de la prestaciones concertadas con los particulares beneficiarios-consumidores turísticos- de los servicios que lo integran.

Lo indicado con anterioridad muestra la entidad de la onda expansiva de dicho fenómeno contractual y corroboran aquella afirmación según la cual “de una técnica episódica se ha pasado a ser una técnica cuasiuniversal”.

A la luz de las premisas anteriores, con la denominación aprovechamiento por turno de inmuebles turísticos- entendida como una figura híbrida entre derecho real y derecho de crédito- hablamos de un negocio jurídico consistente en que la facultad de usar y ocupar determinados alojamientos con fines esencialmente turísticos, la ostenta una pluralidad de personas, quienes, con el concurso de un mediador profesional, se organizan para usar de su derecho de forma escalonada y sucesiva a lo largo de cada año (de una o varias semanas, mínimo tres años y máximo 50) aunque, en algunas ocasiones, también puede ser por tiempo indefinido), concurriendo, ordinariamente, a la ocupación cada partícipe-consumidor turístico-en las fechas de sus vacaciones anuales, al tiempo que conciertan, también a través de mediador, los servicios de conservación y mantenimiento.

Junto a ello, no resulta ocioso, dada su virtualidad en orden a la configuración de la misma, efectuar una referencia a una de las variantes que ofrece la modalidad indicada, consistente en una organización mutualística del sistema, de modo que los titulares simultáneos del derecho a ocupar alojamientos situa-

dos en diversas latitudes, permutan entre ellos los mismos, posibilitando que una persona disfrute cada año sus vacaciones en puntos geográficos diferentes y en diversos entornos.

La utilidad de dicho contrato reside, en primer término, en mantener en uso constante alojamientos que, de no ser por esta fórmula, estarían llamados a permanecer desocupados la mayor parte del año en espera de la fugaz presencia en ellos, durante unas cuantas semanas, de sus únicos propietarios, forzados, además, a atender los gastos de su conservación aunque no los utilicen. Pero también existe otra razón, no menos importante: la persona o familia que frecuenta habitualmente un lugar durante sus vacaciones no tiene especial empeño en mantener para su descendencia ese asentamiento, incorporándolo a su patrimonio solariego. Más bien, se busca una fórmula que permita al propio titular o a sus herederos desprenderse de la inversión sin mayor quebranto cuando ha dejado de cumplir la finalidad para la que se realizó.

Sentado lo anterior y desde un enfoque socioeconómico, se ha generalizado en la práctica cierta perniciosa proclividad por parte de los potenciales usuarios *pro tempore* a la celebración de contratos de esta naturaleza, tal vez ilusionados por poder rotularse, como anteriormente se ha indicado, en propietarios por días de “lujosas mansiones” en lugares de ensueño, situación que ha derivado en no pocas frustraciones y arrepentimientos.

Sobre esta base, se ha evidenciado la razonable reacción de los poderes públicos para dictar disposiciones que, claramente, se insertan en la rama reciente de nuestro Ordenamiento llamada “Derecho de los Consumidores” con el propósito de dispensar a éstos un trato protector evidente. En nuestro Derecho, es la Ley 42/1998 de 15 de Diciembre sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias-que ha sufrido diferentes modificaciones como la operada por Ley 14/2000 de 28 de Diciembre y la Ley 39/2002 de 28 de Octubre- la que introduce, en nuestro acervo jurídico, la Directiva 94/47/CE del Parlamento y del Consejo que vino, por primera vez, a regular esa práctica comercial en el territorio de la Unión Europea estableciendo unos criterios mínimos de protección.

En este punto y de la dicción de tal complejo normativo, cabe inferir, en principio, la existencia de un vacío legal que abrió las puertas a fraudes de grandes proporciones que afectaron,

sobremanera, al consumidor turístico y ocasionaron que esa industria cayera rápidamente en descrédito, extendiéndose, fuera de nuestras fronteras, la creencia de que en España no se combatía con la fuerza necesaria el fraude, idea que, lamentablemente, todavía hoy subsiste.

No obstante, aun sin desconocer la realidad de las afirmaciones vertidas, muchas de las operaciones celebradas al amparo del referido Cuerpo Legal pretendían eludirla de forma deliberada- así queda reflejado en el documento de Consulta la Comisión Europea sobre la materia objeto de nuestro estudio- siendo las reclamaciones más frecuentes efectuadas por los consumidores turísticos referidas al *time-like products*, análogos al alojamiento compartido, los club de vacaciones con descuentos, los contratos ligados a los productos de aprovechamiento por turno o similares en los que se introduce un sistema de puntos dentro de un club de vacaciones, y los *cash-back* que acompañaban a los contratos de aprovechamiento compartido en los que el consumidor turístico, al tiempo que efectuaba su compra, depositaba una importante suma de dinero que le prometían le sería devuelta en pocos años con los intereses generados y que, sin embargo, al no ser objeto de inversión en entidades solventes, desaparecía parcial o totalmente.

Expuesto el panorama que antecede, contando con el tiempo transcurrido de funcionamiento de dicha figura contractual y la aparición de nuevas formas de contratación deliberadamente creadas para quedar al margen de las legislación comunitaria y nacional, surge la propuesta de Directiva europea de 7 de Junio de 2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 7 de Junio de 2007 que intenta abordar, con mayor o peor fortuna, algunas de las cuestiones antes planteadas.

2. especial problemática derivada del limitado ámbito de aplicación de la Directiva 94/47/CE y la Ley 42/1998

La transposición de la Directiva a nuestro Derecho interno respetó el ámbito de aplicación que aquella Norma contemplaba, es decir, la limitación a los contratos con una duración superior a tres años y en los que se adquiriese un derecho de aprovechamiento de, al menos, siete días anuales (art. 2 párrafo primero de la

Directiva que fue reflejado en el art. 1 párrafo 3 de la Ley 42/1998). Se preconizaba dicha limitación en aras a la perspectiva de estabilidad del mercado turístico.

La determinación del ámbito objetivo de la aplicación práctica del citado Cuerpo Normativo ha demostrado que, en numerosas ocasiones, se ha empleado maliciosamente dicho vacío legal para eludir el tenor literal de la Norma y el conjunto de garantías y formalidades que ésta contenía. Asimismo, se ha negado, en algunas casos, la aplicación del articulado de la Ley a supuestos que no encajaban, de un modo exacto, con la literalidad de la misma dejando lagunas importantes, especialmente graves, en los denominados “club de vacaciones”.

En consecuencia, frente a supuestos más claros en los que se intentaba evadir la aplicación del Texto Legal limitando la duración a periodos de treinta y cinco meses renovables en régimen de aprovechamiento por turno, muchos otros se han visto, claramente, fuera del ámbito de imposición de la Directiva al venderse el aprovechamiento de cinco semanas en un lugar de vacaciones a precio reducido y con una duración siempre inferior a los tres años, plazo taxativo recogido en la Ley de referencia.

2.1. situación actual

La efectiva adecuación a la nueva Propuesta desemboca en un cambio de orientación en la política comercial sin que se haya podido dar más protección que la que, con carácter general, se dispensa a los consumidores-actualmente Texto modificado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre- y en la que dado el peculiar régimen de constitución de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico desaconseja su inclusión en el Texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias por su indudable incidencia también en los ámbitos registral y fiscal, ajenos al núcleo básico de protección de los indicados-.

Paralelamente, las operaciones comerciales que, aun hoy, se celebran bajo el imperio de esa Norma pretenden eludirla de forma deliberada. El hecho de que en alguna resolución judicial se haya entendido que se estaba actuando en fraude de Ley y se haya mantenido el criterio proteccionista de dicho Texto Legal, no puede hacernos olvidar que sólo, en

unos pocos casos, se llega a interponer reclamación ante los Órganos jurisdiccionales, lo que, ineludiblemente, nos lleva al convencimiento que en la mayoría de las ocasiones se estaba burlando la anterior Directiva en su propio espíritu.

Todo ello ha quedado en evidencia en el documento de consulta de la Comisión en el cual se especifica que la mayor parte de las demandas que presentan los consumidores turísticos derivadas de estos productos son los que se reseñan en el siguiente esquema clasificatorio:

- a) Los denominados *Timeshare-like products* análogos al aprovechamiento compartido similares desde el punto de vista económico, pero fuera de la Directiva, al tener una duración inferior a tres años, o una semana de duración al año, o referirse a alojamientos en barcos o caravanas.
- b) Los club de vacaciones con descuentos, en los que el consumidor turístico paga una tasa inicial con promesas de tarifas especiales en vuelos, alojamientos y diversos servicios incardinados en el mismo.
- c) Los contratos ligados a los productos de aprovechamiento por turnos o similares en los que se introduce un “sistema de puntos” dentro del club de vacaciones.
- d) Los *cash-back* que acompañaban a los contratos de aprovechamiento compartido y en los que el consumidor turístico al tiempo que efectuaba sus compras, depositaba una importante suma de dinero que le prometían sería devuelta en pocos años con los intereses generados y que, sin embargo, desaparecía al no ser invertida entidades solventes, como previamente se les había comentado.

2.2 la nueva Directiva comunitaria

La aprobación de la nueva Directiva va a colisionar frontalmente contra los diversos intereses de los implicados y, al mismo tiempo, las diferentes sensibilidades de los países miembros.

Al hilo de lo anteriormente comentado, parece que debe abordarse con urgencia el problema suscitado pues la falta de protección del consumidor turístico ha llevado consigo a todo el sector a un clamor generalizado provocando que más de la mitad de los mismos tengan una opinión negativa o muy negativa de este tipo de operaciones.

Parece evidente que debe ampliarse el ámbito de aplicación de la Directiva respecto de aquellas operaciones con una duración inferior a tres años y siete días al año pues carece de sentido dicha exclusión a la vista de que la misma está siendo empleada como instrumento para evitar que el consumidor turístico disponga de las garantías que la Norma le otorga. Así se ha planteado en la Propuesta de Directiva de 7 de Junio de 2007 en la que se incluyen bajo su ámbito de aplicación las contrataciones que superen el año de duración y que tengan por objeto uno o varios alojamientos que sena ocupados en mas de una ocasión (art. 2.1 a).

Mucho más cuestionada ha sido la inclusión en la Directiva mencionada de las nuevas modalidades de club de viajes o vacaciones pues hubo opiniones que abogaban por una diferente regulación completamente al margen de la indicada. Es evidente, que éstos son una secuela o una derivación comercial de las ventas reguladas en la misma lo que, consecuentemente, provocó una huida hacia modalidades no sometidas a control alguno. Lamentablemente, como resulta obvio, ese hecho se hizo palpable en los operadores turísticos más sospechosos, ávidos de ganancias por operaciones sin garantía o control alguno y muy reticentes al conjunto de derechos otorgados al consumidor turístico en la Directiva mencionada; necesariamente urge una regulación en este punto por parte de la Unión europea que proteja de forma global a dichos consumidores ante las estafas y abusos de los que están siendo víctimas y, sería necesario el establecimiento de intermediarios autorizados, debidamente titulados y legalizados con las mismas garantías y formalidades que hoy pueden tener las compraventas inmobiliarias.

3. pactos de reventa y cláusulas de intercambio en los contratos regulados por la Directiva 94/47/CE y la Ley 42/1998

Al mencionar los contratos enmarcados en el ámbito de aplicación de la Directiva 94/47/CE, los pactos que han dado lugar a mayores problemas y reclamaciones son los de reventa e intercambio.

Con frecuencia, se garantizaba al comprador la gestión de reventa a un precio igual o superior, lo que le tranquilizaba desde el punto de vista de la inversión económica y, al mismo

tiempo, eliminaba cualquier sospecha de fraude o problema posterior si no era satisfactorio el producto adquirido, pues, de esta forma, siempre estaría garantizada la reventa.

Pese a ser cierto que- como señaló el informe de respuesta al cuestionario de la Comisión del Instituto de Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo español- con frecuencia, se pretende la regulación de prácticas fraudulentas-entendidas como *“aquellas actividades cuya única finalidad es obtener ingresos de los propietarios de tiempo compartido, sin que exista una actividad comercial real por parte de quien contacta con ellos, ni intención de gestionar reventa alguna”*- que sólo pueden tener respuesta desde la perspectiva de la efectiva persecución de estos delitos y de la necesaria colaboración judicial y policial internacional, no pude ignorarse que este tipo de cláusulas han ocasionado importantes vicisitudes a los consumidores turísticos, no sólo desde la perspectiva de la existencia de auténticos fraudes, sino también porque la relación contractual no ha respondido a las expectativas que se tenían depositadas, lo que no pudieron apreciar más que cuando ya era tarde para proceder a su anulación.

3.1 los pactos de reventa

Tras el surgimiento de la Norma se pusieron de manifiesto las carencias normativas en torno a este punto. La Directiva sólo exigía en el apartado k) del Anexo, la existencia de una referencia a un sistema de intercambio o reventa y sus posibles costes, el cual, a todas luces, no ha sido suficiente para evitar la proliferación de problemas incardinados a dicha cuestión. De hecho, a los Tribunales españoles han llegado casos en los que se garantizaba la “gestión” de la reventa una vez que hubiese probado el producto; consecuentemente abocaba al adquirente-consumidor turístico- a un callejón sin salida pues, cuando esa condición se había cumplido ya había vencido los plazos previstos en la Ley para dejar sin efecto la relación contractual.

Como deviene evidente, la parte vendedora no efectuaba reventa alguna, pues antes se encargaba de vender sus propios productos, limitándose, en la generalidad de los supuestos, a ofrecer sus servicios para gestionar al consumidor turístico dicha reventa. Como bien se observa, dicha gestión (que se afirmaba que era lo único garantizado) en la práctica totalidad de los casos, resultaba infructuosa.

El problema, por tanto, no estaba circunscrito a los supuestos de estafas propiamente dichos sino que ese tipo de cláusulas eran introducidas en los contratos analizados, ocasionado distorsiones en el cumplimiento de los mismos desde la perspectiva del consumidor turístico y en el ejercicio real y eficaz de su derecho de desistimiento.

Nuestros Órganos jurisdiccionales han venido entendiendo que el incumplimiento de esa cláusula de reventa justificaba la resolución de la relación contractual por considerar que se trataba de una condición esencial y no meramente accesoria, todo ello al amparo de lo prevenido en el artículo 1124 del Código Civil. Se ha negado, sin embargo, que el incumplimiento de dicha cláusula pudiera justificar la declaración de nulidad del contrato, pues tal planteamiento ha de efectuarse de forma restrictiva y requiere que se demuestren cumplidamente los hechos determinantes de la nulidad por quien los denuncia.

Con idéntico tenor, alguna resolución judicial ha especificado que el haber utilizado el sistema en una sola ocasión ya inhabilitaba al consumidor turístico para solicitar la nulidad del contrato por estar actuando contra sus propios actos. No faltan, sin embargo otras resoluciones que han entendido que la cláusula por la que se ofrecía esa gestión de reventa era oscura, no pudiendo ser interpretada en beneficio de quien originó la confusión quedando, por tanto, justificada la nulidad de dicha relación negocial.

De acuerdo con lo manifestado anteriormente, se evidencia que las consecuencias de que se acepte uno u otro planteamiento son radicalmente diferentes pues, como bien se observa, la segunda dirección aludida es mucho más proteccionista que la primera para los intereses del consumidor turístico.

En esencia, la discrepancia atendiendo a la regulación actual, es lógica, pero de cara a la nueva Directiva debería establecerse, claramente, que la introducción de cláusulas de reventa generará automáticamente la nulidad del contrato de no respetarse las formalidades mínimas que pudieran determinarse previamente. No debe suscitarse el error de limitar la protección o dejar una ausencia de regulación en aspectos que serían inmediatamente aprovechados en perjuicio de la parte más débil en la contratación que, como bien se deduce, sería el consumidor turístico.

Bajo este prisma, la propuesta de Directiva de 7 de Junio de 2007 ha incluido en sus artícu-

los 1.1 y 2.1 c) los pactos de reventa dentro de su ámbito de aplicación, en los que se asumen funciones de auxilio al consumidor turístico que desea comprar o vender un alojamiento de aprovechamiento por turno. Con idéntico tenor, el art. 3 y el Anexo IV de la Propuesta reseñan que los mismos determinan unas exigencias suplementarias en el contrato entre las que cabe destacar la obligación de que se estipule el precio del servicio de reventa, la información relativa al derecho de desistimiento y la existencia y contenido de los códigos de conducta de las partes.

En suma, se echa de menos una reseña genérica de las garantías de esa gestión o auxilio a la reventa. Configurada inicialmente como una función ayuda al consumidor turístico, no se da respuesta al principal problema que en la práctica se ha evidenciado y que va referido a la falta de garantía de dicha gestión de reventa, por lo que debería incluirse una referencia concreta de si existe una garantía o no, en que plazo y con que condiciones se realiza la gestión de reventa antes indicada, al menos, cuando ese pacto se simultanea a la firma del contrato principal de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.

Continuando con el hilo argumental de este apartado y en orden al establecimiento de las cláusulas de intercambio, estas garantizaban al adquirente la opción de introducir su compra en el mercado, pudiendo mutarla por otro derecho de aprovechamiento en cualquier parte del mundo. Pese a ofertarse como un elemento esencial de la relación negocial que pesaba, sobremanera, en la decisión del comprador, lo cierto es que dicha posibilidad era difícilmente realizable y, desde luego, no estaba garantizada por lo que se eludía, ulteriormente, toda responsabilidad por parte de los vendedores.

La Comisión Europea lo positivizó jurídicamente como uno de los elementos más valorados por el adquirente-por ende, consumidor turístico- al efectuar la compra que, sin embargo, se veía decepcionado por los altos costes derivados del intercambio y la casi total ausencia de disponibilidad cuando pretendían emplearlo. A ello se adicionaba que, frecuentemente, se configuraba no como parte esencial del contrato sino como un sistema de adhesión a un operador internacional que no suscribía el contrato y en quien quedaba depositada la gestión de las peticiones del comprador, siempre sujetas a disponibilidad.

Bajo este prisma, consideramos oportuno traer a colación que desde la aprobación de la

Directiva se resaltaron las deficiencias de la regulación mencionada en este punto concreto centrando buena parte de las quejas y reclamaciones de los consumidores turísticos, lo que derivó en la reforma de la Norma en sus artículos 8.2 y 9.1 por Ley 24/2001 de 27 de Diciembre, exigiendo expresa referencia a la existencia de esa posibilidad y a sus costes.

Pues bien, dando respuesta a los requerimientos planteados, la Propuesta de Directiva incluyó esos pactos dentro de su ámbito de aplicación (art. 1.1) exigiendo, en esos supuestos, la presencia en el contrato de una información específica (art.3) que era detallada en el Anexo V y del que merece destacarse la indicación del periodo en que podría emplearse ese sistema de intercambio, el precio que debía abonarse, una explicación sobre la mecánica del sistema con sus modalidades y número de miembros adheridos al mismo- así como los alojamiento disponibles.

Tales concepciones parecen conducir inexorablemente a la afirmación de una falta de exigencia formal de referencia a las garantías en los pactos de reventa e intercambio con sanción de nulidad del contrato para el supuesto de inexistencia de la información que se acaba de exponer y la posible penalización si hubiese, posteriormente, resolución de la relación negocial por incumplimiento del vendedor.

4. préstamos vinculados al contrato y la sanción derivada de la vulneración a la prohibición de anticipos del artículo 11.2 de la Ley 42/1998

Tras las anteriores consideraciones-mediantes las cuales se ha procurado ofrecer un modesto acercamiento al tema objeto del presente trabajo que nos sirva de apoyo, dado que su estudio íntegro demandaría un mayor y prolijo análisis es momento de analizar la relevante cuestión planteada en este apartado, nada fácil, por cierto, pese a su aparente sencillez, al existir abundante literatura de diversa índole que circunscribe los marcos delimitadores de la misma.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el art. 7 de la Directiva 47/94/CE estableció como exigencia de inclusión en las legislaciones nacionales que la resolución del contra-

to principal acarree también la del contrato de préstamo vinculado; ello fue incorporado a nuestro Ordenamiento interno, ex art. 12 de la vigente Ley española, y al mismo tiempo, se propugnó una sanción civil para los supuestos de incumplimiento de la referida Normativa en materia de prohibición de anticipos.

En efecto, de la dicción del art. 11.2 se deduce la incorporación de garantías suplementarias más allá de la Norma comunitaria, facultando al adquirente-consumidor turístico-para reclamar las sumas entregadas dobladas, eligiendo, posteriormente, entre la reducción del precio establecido en el contrato o su cumplimiento total. Se pone de manifiesto que la regulación indicada contiene unas máximas garantías y exigencias que se han intentado eludir en la práctica al no contener el contrato de préstamo indicación específica a la operación financiada.

Con base en la ordenación precedente, la mecánica llevada a cabo por las entidades financieras era la de formalizar un préstamo al consumo, evitando, así, las consecuencias previstas en la Norma Legal, la cual no se hacía referencia alguna al transmitente, pero a quien se transfería el importe del préstamo de manera inmediata, con clara vulneración de la normativa de prohibición de anticipos, encontrándose el adquirente-consumidor turístico- con la sorpresa de que si, con dificultades, llegaba a expresar su voluntad de revocación, la operación de préstamo continuaría su curso, puesto que la entidad de crédito afirmaba desconocer todo lo relativo a dicha venta.

Al adquirente, por tanto, se le planteaba una grave disyuntiva: o verse abocado a la vía judicial con desconocidas expectativas de poder recuperar el dinero entregado y, entre tanto, seguir pagando las mensualidades de préstamo o aceptar la validez del contrato intentando hacer uso del sistema, con renuncia de su derecho de revocación.

Evidentemente, no era esa la pretensión de legislador pero la aplicación práctica de la Norma ha demostrado que, en numerosas ocasiones, se ha venido aprovechando los mínimos huecos existentes en la misma para eludir su cumplimiento.

Las entidades de crédito procuraban distanciarse del problema suscitado alegando que limitaban a efectuar una operación de préstamo personal al consumo y que transferían el dinero siguiendo las indicaciones de su cliente. Por ello, en muchas ocasiones, se producían sospechosas coincidencias al efectuarlo todos

los compradores el mismo día y ante la misma entidad- e incluso así era mencionado en la publicidad de la oferta del producto- rellenado la documentación al mismo tiempo que la de la compra, sin acudir, en ningún momento, a la entidad bancaria que financiaba la adquisición.

La existencia de esos “indicios de connivencia” ha abierto las puertas a nuestros Órganos jurisdiccionales para afirmar la evidencia que se trataba de un préstamo vinculado que debía correr la misma suerte que el contrato principal financiado.

De esta forma, dos son las cuestiones que se deben abordar: la primera, referida a los supuestos en que la entidades financieras deben responder de los contratos celebrados, es decir, cuando podemos considerar que se trata de un contrato vinculado y, la segunda, en que casos resulta de aplicación el art. 11.2 del Texto Legal antes indicado, al haberse realizado pagos anticipados de forma indebida y si deberá proceder la entidad financiera correspondiente a efectuar, asimismo, la devolución del doble de las sumas entregadas.

Analizando la primera, de forma inicial, no aparecía resuelta en la Directiva ni en el Cuerpo Legal al que hemos efectuado referencia; se indicaba que debía correr idéntico destino que el contrato principal si existía acuerdo entre ese tercero, la entidad financiera y el vendedor; por su parte a Ley 42/1998 en su art. 11.2 incidió, nuevamente, en la exigencia de acuerdo y en la falta de validez de las cláusulas sancionadoras en casos de desistimiento o resolución; en términos análogos alude la regulación contenida en los art. 14 y 15 de la Ley 7/1995 de 23 de Marzo de Crédito al Consumo (modificada la letra b) del apartado 1 del art. 15 por la Ley 62/2003 de 30 de Diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

La propuesta de Directiva vuelve a incidir en la misma omisión recogiendo, en el art.7.1, la pérdida de efectos de los contratos vinculados-incluidos los de intercambio- en los supuestos en los que el consumidor turístico haga uso del derecho de desistimiento sin ningún tipo de penalización.

El apartado segundo del indicado precepto se refiere, en los mismo términos que los anteriores, a los contratos de préstamo vinculados a la operación, pero no se indica precisión o presunción alguna sobre cuando podrá entenderse que nos encontramos ante un préstamo vinculado remitiéndose aquel a las respectivas Leyes nacionales que contendrán una regulación más

detallada de la forma en que esa pérdida de efectos se ha de verificar (art. 7.3).

Se deduce que para los supuestos en que continuando con la mecánica habitual de agresivas técnicas de venta, se ha decidido y firmado todo en unas pocas horas, la vinculación y connivencia desde la perspectiva del consumidor turístico es evidente, cuestión diferente es su posición cuando acude a la entidad de crédito y recibe como respuesta que los mismos nada tienen que ver con el contrato principal y que se trata, simplemente, de un contrato de préstamo al consumo, al margen de los problemas que hayan podido generarse entre las partes.

Desde la perspectiva de nuestro Derecho interno se estableció la exigencia de un acuerdo, previo y en exclusiva, para poder apreciar tal vinculación; para nuestros Tribunales el presupuesto de partida era la no necesidad de que el contrato efectúe indicación expresa de que se está financiando una operación de esa naturaleza para que pueda aplicar la normativa de la Ley 42/1998 pues lo contrario supondría permitir que esa simple omisión exonerara de toda responsabilidad a las entidades financieras.

En efecto, el primer elemento valorativo por los jueces es la forma en que se ha efectuado el pago, entendiendo justificada la connivencia por el solo hecho de que el dinero, pese a ser solicitado por el adquirente-consumidor turístico- se integrase directamente al vendedor, asimismo, se han tomado en consideración otra serie de indicios para justificar dicha connivencia: total coincidencia entre las cuotas mensuales en el contrato de compraventa y en la póliza de préstamo, gestión del préstamo por parte de los empleados de la entidad vendedora compareciendo éstos, en unión de los compradores, en la Notaría para la firma de la correspondiente póliza sin presencia alguna en ese momento de la entidad bancaria prestamista, intervención de una determinada sucursal para todas las operaciones en la que se tiene en cuenta al vendedor...

A hilo de lo expuesto, la Propuesta de Directiva mantiene, de forma sustancial, el mismo planteamiento que la actualmente vigente, si bien, dada la ampliación del ámbito objetivo de aplicación extiende sus efectos a modalidades contractuales antes no contempladas, como los club de vacaciones o vacaciones e intercambios.

En esta exposición ya se planteaba las dudas existentes en relación a si debía o no revisarse en este apartado la vigente Directiva europea.

Creo, desde mi modesto punto de vista, que debía otorgarse una mayor protección y generalizar las garantías al consumidor turístico en este tipo de situaciones, y aun a pesar de que nuestros órganos jurisdiccionales han reconocido la connivencia en base a una serie de indicios sería más lógico, desde la practicidad, establecer un catálogo de presunciones y una determinación de responsabilidades legales que obligarían a extremar la diligencia a la entidades financieras y, desde luego, desterraría los casos de sospechosa colaboración.

La parca regulación propuesta que remite a los Estados miembros el establecimiento de una más completa y detallada normativa (art. 7.3) no soluciona, en modo alguno, todas las controversias planteadas pues el nivel de protección otorgado varía en cada país. Las garantías, por tanto, derivadas de la Directiva 94/47/CE se han evidenciado claramente insuficientes y, en este punto, la Propuesta de Directiva reincide en las viejas carencias en vez de aportar luz a este importante y conflictivo problema.

No es ocioso recordar, en esta presentación, que acontece con el importante tema de las sanciones que recoge el art. 11.2 de la Ley 42/1998, en el cual, para el supuesto de no respetarse la prohibición de anticipos, el transmitente estaría obligado a devolver dobladas las sumas recibidas; el debate más importante que se ha suscitado es si ese precepto sería también de aplicación a los casos en los que se ha suscrito un préstamo a través de una entidad financiera; en definitiva se cuestiona la compatibilidad del art. 11 y 12 de referido Cuerpo Legal, de forma que se ha entendido que si el pago anticipado se había efectuado a través de la suscripción de un préstamo, éste quedaría resuelto y el comprador indemne, a través del reembolso, de todas las sumas pagadas como prevé ese precepto, lo que es consecuencia directa de la resolución del contrato de préstamo.

Así, un sector doctrinal consideraba que el término “anticipo” empleado por la Ley implicaba la existencia de cantidades pagadas a cuenta, pagos parciales, por lo que no sería de aplicación en los supuestos de pago íntegro del precio ya que supondría un desequilibrio de las prestaciones.

Para otros autores, era necesario abogar por la solución de la compatibilidad de los dos preceptos y en el caso de verificarse algún pago anticipado dentro del periodo de desistimiento, procedería la devolución doblada de las sumas entregadas, aunque esta fuera la totalidad del

precio, tras la firma del préstamo respondiendo la entidad financiera hasta el límite de la financiación solidariamente con el transmitente y éste en solitario hasta el doble de la cantidad recibida.

La situación especificada obliga a analizar que soluciones deberían ejercitarse en torno al tema descrito -devolución de anticipos- y hasta que punto son afrontados en la Propuesta de Directiva de 7 de Junio de 2007.

Como es sabido, la legislación española es más proteccionista que la Norma europea, al recoger una sanción civil al incumplimiento de la prohibición de recibir anticipos. Pienso, a mi modesto parecer, que aunque la Propuesta de Directiva omita una regulación de esta naturaleza introduciendo una sanción como requisito mínimo para todas las legislaciones nacionales, al mismo tiempo, debería eludir cualquier posible discrepancia de interpretación en el sentido de que, sería plenamente aplicable, cualquiera que fuera la suma pagada anticipadamente o las circunstancias en que esta se abonó, incluso se podría establecer la responsabilidad de las entidades de crédito también para la devolución del doble de lo entregado.

Siendo, por tanto, una cuestión de dudosa interpretación debe partirse de la base de que la regulación legal nació como medio de protección ante los abusos y estafas de que eran víctimas los consumidores turísticos, de ahí que, con unas medidas de protección desconocidas en nuestro Ordenamiento jurídico, se atribuyera a los adquirentes prerrogativas que podían considerarse desorbitadas lo que llevó a algunos autores a pensar que se estaría comprometiendo, inicialmente, el equilibrio de prestaciones.

Pero no puede ignorarse que los abusos existen, máxime, cuando hablamos de consumidor turístico; en la medida en que no se pague suma alguna hasta que transcurran los diez días o los catorce que se fija en la nueva Directiva contados a partir del día siguiente de la firma del contrato o de la entrega del documento, o bien, desde que se completó la información antes del plazo de resolución que se prorrogaría al día siguiente hábil si es festivo, el adquirente-consumidor turístico- conservará un derecho eficaz de desistimiento, sin necesidad de alegar justificación alguna para ejercerlo, incluso, en el supuesto de que el contrato sea realizado mediante intervención notarial, no conllevando para dicho consumidor turístico penalización o contrapartida económica a su cargo, lo que producirá una desaparición total de los posibles

pactos. Una vez verificado el pago, está limitado, pues se ve abocado a una demanda judicial par obtener un dinero que nunca debió llegar a manos de la sociedad transmitente y que, en muchos supuestos, le resultará difícil si no imposible de recuperar.

Dicha conclusión no puede verse alterada por el hecho de que el pago se verifique una vez obtenido un préstamo pues la entidad bancaria habrá actuado, en la generalidad de los casos, en connivencia con la sociedad transmitente; por otra parte deberá ser la propia entidad, como simple garantía de protección de sus intereses, la que deba velar para que no se haga efectivo el precio hasta que transcurran los plazos establecidos en la Ley.

Finalmente, no pude dejar de advertirse que la puesta en marcha de lo preconizado por la nueva Directiva, sigue siendo insuficiente; habrá que esperar a que nuestros Tribunales ante los problemas suscitados la partes integrantes de este negocio jurídico den luz a la especial complejidad del mismo en aras a una adecuada seguridad jurídica y protección del consumidor en el complejo mercado turístico.

5. bibliografía

- ESAIN IBAÑEZ, I. (2002). *Adquisiciones Financiadas en el crédito al consumo*. Comares,
- GALLEGU SANCHEZ, E. (2003). *Contratación mercantil*. Vol. 1 y II. Valencia: Tirant lo Blanc.
- LORANCA RUILOPEZ, A.(2003). *Crédito al consumo. El problema de la vinculación: Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.. 20, *Contratos bancarios*. Madrid p. 199-172.
- MARIN LOPEZ, M. (2000). *La compraventa financiada de bienes al consumo*. Pamplona: Aranzadi.
- ROCHA GARCIA, E. (1999). *La llamada multi-propiedad: derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico*. Comares
- SANCHEZ-CALERO, F, SANCHEZ-CALERO GUILLARTE, J.(2006). *Instituciones de Derecho mercantil*. Cizur menor (Navarra): Thomson Aranzadi.
- URIA, MENEDEZ (2007). *Curso de Derecho mercantil II*. Cizur menor (Navarra): Civitas.