

EL APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES

ÁLVARO DE SAN ROMÁN DIEGO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. LEGISLACIÓN APLICABLE: 1. Derecho comunitario. 2. Derecho interno. — III. CONFIGURACIÓN: 1. Introducción. 2. Derecho Español. — IV. EXAMEN DE LA LEY 42/98, DE 15 DE DICIEMBRE: 1. Elementos: A) Personales. B) Reales. C) Formales. 2. Contenido: A) Información precontractual. B) Contenido mínimo del contrato. C) Idioma del contrato y del documento informativo. D) Prohibición de pago anticipado del precio. E) Derechos del titular del aprovechamiento. F) Consecuencias en caso de incumplimiento.

I. INTRODUCCIÓN

La promulgación de la ley 42/98 de 15 de Diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, puede que haya pasado desapercibida, en el océano legislativo en el que navegamos los juristas, pero tiene una gran importancia, si tenemos en cuenta que en este fenómeno de comercialización de inmuebles, España (fundamentalmente Canarias) ocupa después de EEUU (fundamentalmente Florida) el segundo lugar del mundo. Bien es cierto que gran parte, aunque no exclusivamente, de la oferta que se produce respecto de los complejos situados en España, va orientada hacia el adquirente extranjero, pero el gran número de quejas que, por éstos, se han planteado respecto de formas poco escrupulosas de comercialización, han hecho figurar a España como un lugar poco seguro para la adquisición de derechos de aprovechamiento por turno. Esta falta de seguridad quizás se haya visto agravada con la escasa intervención en todo el complejo fenómeno, de dos elementos claves para la seguridad jurídica preventiva: Notario y Registrador, y de ahí que la Ley 42/98, aunque en algunos aspectos de forma poco afortunada, haga participar a ambos en este fenómeno con una doble finalidad: seguridad y publicidad.

El derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles atribuye a su titular la facultad de disfrutar un apartamento o inmueble (la ley prefiere hablar de alojamiento) susceptible de utilización

independiente y que está dotado del mobiliario adecuado al efecto, durante un período específico de cada año, y durante un período sucesivo de años. Supone, en definitiva, una división temporal del derecho a disfrutar de un bien.

Se trata de una institución con antecedentes remotos, pero vinculada a la explotación turística de bienes inmuebles presenta una enorme difusión en los últimos años, dentro del marco institucional del «alojamiento turístico-vacacional» (del que son exponentes algunos derechos personales —el hospedaje en un hotel, el arrendamiento, los camping—, o reales —adquisición de vivienda en urbanizaciones privadas, multipropiedad—...), con ciertas ventajas e inconvenientes:

A) Los aspectos positivos, que constituyen su fundamento socio-económico, tienden a optimizar el aprovechamiento productivo de un inmueble para su uso turístico:

Respecto del *adquirente*:

Como dice la Exposición de motivos de la Ley «el adquirente dispone de un lugar estable y seguro para sus vacaciones anuales... y lo hace sin tener que adquirir, y pagar, la entera propiedad del inmueble, con lo que reduce considerablemente la inversión, ajustándola a sus posibilidades reales de disfrute». Como sistema de alojamiento, conjuga las ventajas de una estructura hotelera y de la propietaria. En ocasiones se permite el intercambio con otros complejos, lo que amplía y diversifica las posibilidades de ocio.

Para el *promotor* también es importante:

Se aumentan los beneficios derivados de la explotación del inmueble, por una parte, porque el dinero obtenido por su enajenación es muy superior al que se obtendría por la transmisión directa e individual del alojamiento (o apartamento, y permite acudir a precios múltiples, según el período o temporada, ampliándose el mercado de posibles adquirentes). Además, por otra parte, se obtienen beneficios derivados de la explotación del complejo y de su mantenimiento. Se recupera el pleno dominio transcurrido el período prefijado para la duración del régimen.

Para la *economía nacional*:

Evita el problema de la estacionalidad del turismo, lo que permite asegurar un flujo constante de turistas a una determinada zona, lo que favorece las inversiones en la zona y la creación de puestos de trabajo de carácter indefinido.

B) Problemas que plantea la institución:

Las expectativas de los adquirentes no se cubren en muchas ocasiones, por diversas causas: técnica agresiva de venta, con una publicidad engañosa; falta de claridad en los contratos, con desconocimiento del derecho adquirido, del precio final del producto, con inseguridad sobre el funcionamiento futuro del complejo y los costes que se derivan de su gestión, y con condiciones generales abusivas en ocasiones; sumisión a un fuero que ni es el del lugar de la firma del contrato, ni el del complejo, ni siquiera el del consumidor.

Falta de transparencia del sector, motivado por la utilización de figuras jurídicas desconocidas en nuestro derecho, por la falta de una regulación adecuada, al menos hasta la promulgación de la ley, y por la insolvencia, oportunismo y ausencia de profesionalidad de algunos agentes que operan en él, que en ocasiones son sociedades domiciliadas en paraísos fiscales.

La pluralidad de titulares sobre el mismo inmueble puede ocasionar fricciones en el uso y disfrute.

Para el Estado donde radique el inmueble, puede ser utilizado como un instrumento de elusión fiscal, que en España trata de ser solucionado a través de la Ley 41/98 de 9 de Diciembre sobre la Renta de no residentes, y el título II de la Ley 42/98.

Multiplicidad de aspectos jurídicos relacionados con la materia: desde el punto de vista interno, se involucra tanto el derecho civil, como el mercantil, como el derecho de los consumidores, como el administrativo en cuanto regulador del turismo. Ello provoca un eventual conflicto entre el Estado (competente en materia civil y mercantil) y las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencia en materia de turismo y de protección de los consumidores.

Desde el punto de vista del derecho internacional, no puede olvidarse que el inmueble puede estar situado en un país, el promotor y la sociedad de servicios ser nacionales o estar domiciliados en otro, y los adquirentes tener diversas nacionalidades y domicilios. Además, debe tenerse en cuenta el lugar de celebración del contrato y el derecho y fuero elegidos. Si a ello añadimos el posible intercambio con derechos sobre inmuebles situados en otros países y gestionados por sociedades con nacionalidad y domicilio diverso, comprenderemos fácilmente el que se provoquen numerosos conflictos sobre la ley aplicable.

La Ley 42/98 establece, en su Disposición Adicional 2, que todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización

de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año, quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y fecha de su celebración. Por lo tanto la Ley española ser directamente aplicable respecto a los derechos de aprovechamiento por turno que recaigan sobre inmuebles situados en España, tanto se configuren como reales o como personales. Así resultaría, a mi juicio, aunque es una cuestión abierta, de una interpretación conjunta de la Disposición adicional 2 en relación con el art. 9 de la Directiva 94/47/CE de 26 de Octubre, los arts. 3 (en especial el 3.3), 4 (en especial el 4.3), 5, 7 (en la medida en que la legislación turística forma parte de las «leyes de policía»), 9.6 y 20 del Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (ratificado por España en 1982 y en vigor desde el 1 de Septiembre de 1993) así como los arts. 10.1, 10.5 y 11.1, 11.2 del Código Civil, e incluso el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CE de 5 de abril.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

1. Derecho comunitario

Para la Unión Europea ha sido, hace ya tiempo, motivo de preocupación la gran cantidad de abusos que se han dado en este sector, y esta preocupación comunitaria en la materia culminó con la Directiva 94/47/CEE, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de adquirentes de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. La Directiva no trata de regular la configuración del régimen del aprovechamiento por turnos, sino que incide básicamente en la protección de los consumidores, pues como dice la Exposición de Motivos de la Ley 42/98 «...la Unión Europea llegó al convencimiento de que el problema no estaba tanto en una teórica insuficiencia legislativa como en el hecho de tratarse de un sector donde el consumidor está especialmente desprotegido, de modo que lo procedente era la elaboración de una Directiva que estableciera una normativa de carácter excepcional y que limitara, en este ámbito, la autonomía de la voluntad hasta donde fuera aconsejable».

Por lo tanto los países miembros no pueden dictar normas contrarias a la Directiva, pero al ser una norma de mínimos, sí pueden establecer normas más favorables para el consumidor. Y en este sentido la Ley española no se limita a ser una transposición estricta de la Directiva, sino que procura dotar a la institución de una regulación completa.

2. Derecho interno

En el ámbito estatal se produjeron varios *intentos legislativos*, desde mediados de los años ochenta, desde el Borrador para un Anteproyecto de Ley sobre Multipropiedad de 1988, elaborado por una comisión creada en la DGRN, que contempla como forma única la cuota de dominio, pasando por el Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991, de la Comisión General de Codificación en el que junto a la cuota de dominio, podía consistir en cuota de derecho real limitado o derecho personal, hasta la Ley actual 42/98 en la que según el art. 1; el derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o como contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada en los términos del apartado 6 del artículo 1.

Esta ley es la que va a centrar nuestra exposición, sin desconocer la conexión de esta ley con otras como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, (modificada parcialmente por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de Abril de 1998) y el Real Decreto sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de Viviendas, de 21 de Abril de 1989.

Como antes decíamos esta materia, puede plantear problemas competenciales entre el Estado y la Comunidades Autónomas (aunque en la práctica, muchos de los problemas competenciales son resueltos, por desgracia, en función de los resultados electorales). La normativa sustantiva, que se contiene en la Ley 42/98, referidas al Derecho privado civil y mercantil, corresponde al Estado, ex 149.1.6,8 y 14 de la Constitución, pues regula materias de índole civil y mercantil, afectantes al orden público inmobiliario.

Las Comunidades Autónomas tienen competencia por dos vías:

- a) Administrativa y fomento en turismo (148.1.18 Constitución).
- b) En materia de consumidores y usuarios, la STC 71/82, de 30-11, entre otras, señala que las normas sustantivas son competencia exclusiva del Estado, correspondiendo a las Comunidades las normas administrativas reguladoras del derecho de información, vigilancia, inspección y sanción.

Por esta vía se han dictado algunas normas autonómicas, pero de carácter administrativo, así por ejemplo la Orden de la Consejería de Turismo y Transportes de Canarias, de 25-8-88, completada con la Ley de Ordenación del Turismo de Canarias, de 6-4-95, que en sus artículo 32, apartado 1.h), reconoce la modalidad de alojamiento en

régimen de uso a tiempo compartido, y procede a su regulación en el artículo 46 de la misma, artículo que ha sido desarrollado en el Decreto 272/1997 de 27 de Noviembre sobre regulación de los alojamientos en régimen de uso a tiempo compartido.

Las enmiendas planteadas por CIU y Coalición Canaria al Proyecto de Ley, han motivado que la sociedad de servicios, no sea regulada por la Ley estatal, para dejar su regulación a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de turismo. Ello ha provocado una cierta perturbación ya que si bien la Ley 42/98 ha entrado en vigor, la regulación de la sociedad de servicios, elemento esencial para la viabilidad económica del régimen y para el adecuado disfrute del derecho adquirido, o bien todavía no se ha regulado por las respectivas CC.AA o lo ha hecho de forma insuficiente, (en el caso de Canarias a través del Decreto 272/97, con carácter previo a la promulgación de la Ley). Así por ejemplo frente al art. 16 del Proyecto que establecía que la sociedad de servicios había de ser SA o SL, domiciliada en España; con un capital social mínimo idéntico al legalmente previsto para las anónimas (es decir, 10 millones), totalmente desembolsado, y 300.000 pts más a partir del décimo departamento del inmueble que administrasen. Si el capital social era de 100 millones de pesetas podrían administrar cualquier número de departamentos; el Decreto 272/97 de 27 de Noviembre se limita a señalar (arts. 16 a 19), que la empresa explotadora deber disponer de un título jurídico que la habilite para la explotación del inmueble, debiéndose inscribir en el Registro General de empresas, actividades y establecimientos turísticos; respondiendo del cumplimiento de sus obligaciones, para lo cual se constituir una garantía a disposición de la Administración Pública de la C.A. de Canarias que estar afecta a resolución judicial firme. Su importe ser de 30.000 pesetas por cada unidad alojativa, hasta un máximo de 10.000.000 pesetas. Las diferencias, me parece, son evidentes.

III. CONFIGURACIÓN

1. Introducción

Aunque son muchas las fórmulas adoptadas por la doctrina y el derecho comparado, podemos distinguir dos grandes grupos: sistemas de base real y sistemas de base personal, según otorguen, respectivamente, un derecho directamente ejercitable sobre la cosa, sin mediación de terceros, o un derecho ejercitable frente a otra persona.

Precisamente, esta diversidad plantea un problema previo de carácter terminológico, que es puesto de manifiesto por la propia Expo-

sición de Motivos de la Ley, rechazándose tanto el término «multi-propiedad» como la de «tiempo compartido», adoptándose la de «aprovechamiento por turno por ser «...una expresión más genérica y descriptiva, y por ello menos comprometida...». Podemos pasar así a ver someramente algunas de las posibles configuraciones de este régimen, algunas de las cuales son conocidas en España, por su utilización por promotores extranjeros, y que serán respetadas por la Ley 42/98, según se desprende de las Disposiciones Transitorias. Régimen transitorio y adaptación, en el que no vamos a entrar, bastando con decir que no se pretende transformar los regímenes preexistentes, sino que se dé publicidad a éstos y a su forma de explotación, con respeto de los derechos ya adquiridos. Para una visión de esta cuestión me remito al excelente trabajo de Javier MICÓ GINER, sobre la adaptación a la Ley, publicado en el n.º 4 de la Revista LA NOTARÍA de abril de 1999.

Dentro de los sistemas de base personal u obligacional, y sin desconocer la configuración como arrendamiento (sistemas Suizo y Griego) que en parte es recogida por la Ley española (art. 1.6), quizás la configuración más extendida es la fórmula societaria, que básicamente se establece siendo el titular del inmueble una entidad jurídica que concede a sus miembros el derecho de utilización periódica y perpetua de un determinado elemento, derecho de utilización ínsito en la cualidad de asociado y transmisible a un tercero. Dentro de esta genérica fórmula societaria podemos distinguir dos modelos:

1. *Como club privado*: Es el sistema más extendido en el mundo anglosajón. La sociedad que pretende explotar el inmueble en régimen de aprovechamiento por turno, constituye, a través de testaferros, otra sociedad (owning company) que ostenta la titularidad dominical del inmueble, cuyas acciones, destinadas a los miembros del club, se entregan en fideicomiso a otra sociedad, depositario o Trustee nombrado por la sociedad fundadora. Para cada apartamento se emiten unos certificados holiday que dan derecho a su titular a usar aquél dentro del período fijado en el propio certificado. El certificado lleva aneja la pertenencia al club, por lo que aun siendo teóricamente distintos se entrelazan en la práctica el certificado y la condición de socio del club.

2. *Como forma societaria*: Es el sistema más utilizado en Francia y Finlandia. Se constituye una forma especial de sociedad: la sociedad civil de adjudicación de inmuebles en régimen de uso a tiempo parcial en Francia o la sociedad mutua anónima en Finlandia (la sociedad es la propietaria del inmueble y desempeña las funciones de

administración, adquisición y conservación del mobiliario, y además confiere a sus socios el uso del inmueble por períodos de tiempo). Los socios, titulares de un derecho de uso periódico, participan de manera directa en la gestión de la sociedad.

Dentro de los sistemas de base real, se pueden distinguir dos variantes:

1. *Como derecho real pleno.* Aquí se pueden encontrar, igualmente diversas variantes; desde los que consideran que estamos ante una copropiedad o comunidad proindiviso, es decir una verdadera comunidad romana, pues hay pluralidad de sujetos llamados de modo simultáneo, unidad de objeto (el piso o apartamento) e identidad cualitativa de cada titularidad, aun cuando pueda haber diferencias cuantitativas. No obstante existen algunas características diferenciales, pues se excluye la acción de división y el retracto, y el uso por turno es algo estructural sin que quepan otras formas alternativas de uso, lo que supone, una cierta aproximación a la comunidad germánica, o cuando menos una comunidad atípica o funcional. Sin embargo también puede entenderse que estamos ante una comunidad prodiviso ya que cada titular tiene un derecho pleno sobre el departamento en el tiempo que dura su derecho de disfrute, por lo que hay una serie de propiedades divididas sobre el mismo objeto material, en la que el factor tiempo real de disfrute constituye el elemento caracterizante del dominio. Por último existen autores como LEYVA DE LEYVA (1) que hablan de una propiedad cuatridimensional.

2. *Como derecho real limitado.* El dominio corresponde al promotor, y el usuario adquiere un derecho real limitado, que puede configurarse de distintas maneras; como derecho de habitación (fórmula portuguesa), o bien tratar de buscar su incardinación dentro del derecho de usufructo o bien dentro del derecho de servidumbre personal (doctrina alemana), aunque la figura que ha acabado imponiéndose en la Ley 42/98 es la del Derecho real atípico, con base en la teoría del *numerus apertus* admitida en nuestro derecho.

2. Derecho español

Señala la Exposición de Motivos que: «La cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fór-

(1) Antonio LEYVA DE LEYVA, «La propiedad cuatridimensional: Un estudio sobre la multipropiedad», Revista crítica de Derecho Inmobiliario, n.º 566, enero-febrero 1985.

mulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola, dejando fuera de la ley a las demás. Se ha optado por una vía intermedia, consistente en la detalla regulación de un nuevo *derecho real* de aprovechamiento por turno, permitiendo sin embargo la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica». Se ha seguido así la indicación que recogía el dictamen del Consejo de Estado, según el cual «... la regulación ex novo de un especial régimen de aprovechamiento de bienes inmuebles por turno debería incluir la doble posibilidad de seguir esquemas jurídico-reales o fórmulas jurídico-personales». Por lo tanto la Ley se centra en su configuración como derecho real, haciendo en el art. 1.6 una somera referencia a su configuración como arrendamiento vacacional.

En cuanto derecho real, es un *derecho real limitado*, como resulta expresamente del art. 1.1, atribuyendo las facultades de disfrute (sin incluir las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario) y de disposición, y limitado en cuanto al tiempo (disfrute durante un período específico de cada año —art. 1.1— y en un período de entre tres a cincuenta años —art. 3.1—). Es además un *derecho real limitado sobre cosa ajena*, así según el art. 1.4 «el derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad». El párrafo 3.º del apartado 4 del art. 1 dice que «cada uno de los derechos reales de aprovechamiento por turno gravará, en conjunto, la total propiedad del alojamiento o del inmueble, según esté previamente constituida o no una propiedad horizontal sobre el mismo». El propietario del inmueble, sin perjuicio de las limitaciones que existen como consecuencia de la constitución del régimen de aprovechamiento por turnos, puede disponer libremente de su derecho de propiedad con arreglo a las normas del Derecho Privado; y una vez extinguido el régimen por transcurso del plazo, los titulares de derechos de aprovechamiento por turno, no tendrán derecho a compensación alguna.

En cuanto arrendamiento de bien inmueble vacacional por temporada, el art. 1.6 señala que los que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas, quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la L.A.U.». Los problemas que plantea esta configuración han sido puestos de manifiesto por MARTÍNEZ-PIÑERO (2), ya que los

(2) Eduardo MARTÍNEZ-PIÑERO, «Derechos de aprovechamiento por turno», Boletín de información del Colegio Notarial de Granada, n.º 217, mayo 1999.

arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, son según el art. 3.2 L.A.U., son arrendamientos para uso distinto del de vivienda, la cuestión, es qué normas de la L.A.U. serán aplicables. Así según MARTÍNEZ-PINEIRO en principio, y según el art. 4 de la L.A.U., los arrendamientos por temporada se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto por el Título III de la L.A.U. y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil. Pero si se tiene en cuenta que las normas de la L.A.U. relativas al ámbito de la Ley, fianza, forma y procesos arrendaticios, son imperativas y también lo son los de la ley 42/98 (así se desprende del art. 2 de la Ley), la cuestión, como dice MARTÍNEZ-PINEIRO, se complica, y aún más si tenemos en cuenta que hay normas contradictorias; así por ejemplo en materia de forma, el art. 37 L.A.U., parte del principio de libertad de forma, mientras que el art. 9 de la Ley 42/98 exige un contenido mínimo que deberá constar por escrito. Así mismo PAU PEDRÓN (3) plantea dos cuestiones más; en qué medida se aplica la L.A.U. a los arrendamientos por temporada, a pesar de la declaración terminante del art. 3 de esta Ley (cuestión ya tratada por DE PABLO CONTRERAS (4), y en qué medida la L.A.U. ha derogado el R.D. 2.877/1982, de 15 de Octubre, sobre apartamentos turísticos.

Parece que la referencia al arrendamiento vacacional por temporada se ha incluido para «dar satisfacción al Dictamen del Consejo de Estado», pero con una insuficiente regulación que motivará, sin duda, que esta fórmula apenas sea empleada, entre otras razones por la inseguridad que plantear en cuanto a su regulación. Nuestra exposición se centrará en la configuración como derecho real.

Por lo que se refiere a cualquier otra posible configuración, el texto legal no deja lugar a dudas: «El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, ser nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos». Ha quedado así consagrada la limitación, o mejor dicho la supresión, de la autonomía de la voluntad a que se refería la Exposi-

(3) Antonio PAU PEDRÓN, «El derecho real de aprovechamiento por turno en la Ley 42/1998», dentro de la obra colectiva «El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa», Centro de Estudios Registrales, 1999.

(4) Pedro DE PABLO CONTRERAS, «Comentario al artículo 3» dentro de la obra colectiva «El nuevo arrendamiento Urbano. Régimen Civil y Registral», dirigida por Pau Pedrón, Madrid, 1996.

ción de Motivos. Parece que en esta materia, el principio de autonomía de la voluntad (consagrado en el art. 1.255 Código Civil, entre otros), que es uno de los pilares de nuestro sistema, pasa a ser una fuente de inseguridad.

IV. EXAMEN DE LA LEY 42/98, DE 15 DE DICIEMBRE

1. Elementos

A) Elementos personales

En primer lugar es el propietario del inmueble, que puede ser persona física o jurídica. Propietario «real» del inmueble, a pesar de que el art. 4.1 se refiere al propietario «registral», pues son dos conceptos que no necesariamente coinciden. Propietario, que como hemos visto, no deja de serlo por el hecho de constituir el régimen y así, al conservar la propiedad, se asegura la conservación del inmueble, y supone un mayor beneficio, pues podrá volver a negociar en el momento de la extinción del régimen.

En segundo lugar están los adquirentes del derecho de aprovechamiento por turno, que serán titulares de derechos reales (o en otro caso, arrendatarios para uso distinto de vivienda), aunque sujetos a períodos. Según la Directiva, sólo pueden ser personas físicas, pero en la Ley no se matiza, por lo que podrán serlo tanto personas físicas como jurídicas (ya que así como en derecho comunitario sólo es consumidor la persona física que actúa con propósito ajeno a su actividad profesional, en nuestro derecho, a diferencia del comunitario, también es consumidor la persona jurídica). Habrá que tener en cuenta en su caso, dependiendo del lugar de situación del inmueble y de la residencia del adquirente la legislación sobre inversiones exteriores (RD 664/1999, de 23 de abril).

En tercer lugar está la sociedad de servicios, que como dijimos es un elemento esencial para mantener la viabilidad económica del régimen, pues sin empresa de servicios, o si esta funciona incorrectamente, el derecho no podrá ser ejercitado en la práctica y de poco le servirá al adquirente que el contenido jurídico del mismo esté en otros aspectos perfectamente determinado. La empresa de servicios, no será, sin embargo, necesaria cuando el propietario asuma directamente sus funciones. A la atribución de competencia a las CC.AA y a la insuficiencia de su regulación ya nos referimos antes.

Según el art. 4.1.c) «las empresas de servicios no podrán estar domiciliadas en paraísos fiscales y tendrán que tener, al menos, una

sucursal domiciliada en España». Esta norma según MARTÍNEZ-PIÑERO (2) podría entrar en contradicción con las libertades de establecimiento y prestación de servicios del Tratado de Roma.

Por último señalar que según el art. 1.5 lo dispuesto en la Ley se aplicará al propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno.

B) Elementos reales

El régimen de aprovechamiento por turno, según el art. 1.2 sólo puede recaer sobre un edificio, conjunto inmobiliario o sector de éstos arquitectónicamente diferenciado, que conste, al menos, de diez alojamientos. Por lo tanto ya no es posible constituir el régimen de aprovechamiento por turno, sobre un sólo apartamento de un edificio en régimen de propiedad horizontal, como recogía la Resolución de la DGRN, de 4 de enero de 1993.

Todos los alojamientos independientes que lo integren, a excepción de los locales, deben estar sometidos a dicho régimen. No obstante se admite como excepción, que un mismo conjunto inmobiliario esté sujeto, al tiempo, a un régimen de aprovechamiento por turno y a otro tipo de explotación turística, siempre que los derechos de aprovechamiento por turno recaigan sobre alojamientos concretos y para períodos determinados. Este posible régimen mixto, sólo será posible en Canarias (a la luz de Ley 5/1999, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril de Ordenación del Turismo de Canarias), siempre que se someta a una única titularidad empresarial la explotación, gestión, administración y dirección de la totalidad de las unidades alojativas, como garantía, dice la Exposición de Motivos, de responsabilidad y calidad en la prestación de los servicios que ofrezcan a los usuarios turísticos. Se establece a efectos del cumplimiento de este principio de unidad de explotación un «por lo menos sorprendente» derecho de adquisición preferente en la Disposición Transitoria Única punto 4, en el que no entro para no desviarme de la materia objeto de esta exposición.

El edificio puede no estar terminado, lo que conlleva algunas especialidades: la Directiva exige que en el contrato de transmisión se expresen diversas circunstancias; la Ley 42/98 va más allá, como veremos más adelante.

En el Proyecto se utilizaba la expresión «departamento», que fue sustituido por una enmienda de I.U. por el de alojamiento, cuya «precisa» definición «jurídico-técnica» encontramos en la Exposición de Motivos, ya que la expresión «alojamiento» «incluye tan sólo los ele-

mentos que sean susceptibles de ser utilizados como alojamientos». Por ello se exige cédula de habitabilidad y se excluye a los amarres, embarcaciones o locales, lo que resulta criticable, pues en ocasiones pudiera ser utilizada esta institución con fines distintos del alojamiento de temporada (pensemos en una actividad profesional o empresarial de carácter periódico; no hace mucho leí que se está imponiendo en EE.UU una forma de uso compartido de aviones). A su vez puede incluirse el alojamiento en un sistema de intercambio, lo que determina la exigencia de determinadas obligaciones de información (arts. 8.2.k) y 9.1.8.º). En la Ley se ha querido distinguir con nitidez el derecho de intercambio y el derecho de aprovechamiento (frente al Proyecto que establecía la necesidad de incorporar a la Escritura reguladora del régimen, el contrato de intercambio, que además debía depositarse en el Registro de la Propiedad). Ahora bien admitida la independencia de ambos derechos, gestionados por empresas distintas, y teniendo en cuenta que el derecho de intercambio es ofertado, en muchas ocasiones, como una de las principales ventajas del régimen, ¿que ocurrirá si por cualquier circunstancia el derecho de intercambio desaparece? ¿sería aplicable el 1.266 o el 1.479 del Código Civil? ¿sería posible la resolución?

Este alojamiento debe estar dotado de modo permanente con el mobiliario adecuado al efecto. Ese mobiliario puede ser considerado como inmueble por destino (334.4 y 334.5), constituyéndose como parte integrante del inmueble por naturaleza, como una unidad funcional.

A diferencia de la Directiva, que no lo regula, la Ley se ocupa del inventario en el momento de la oferta de contrato, en el del contrato y en el de la ocupación, para comprobar si coincide con lo prometido, obligando a la sociedad a reponer lo que se hubiera deteriorado.

Por lo que se refiere al turno o período de tiempo, el art. 1.3 establece que «el período anual de aprovechamiento no podrá ser nunca inferior a siete días seguidos. En todo caso, dentro de un régimen, los turnos han de tener todos la misma duración. Deberá, además, quedar reservado para reparaciones, limpieza u otros fines comunes un período de tiempo que no podrá ser inferior a siete días por cada uno de los alojamientos sujetos al régimen».

Aunque no existe inconveniente teórico en una duración ilimitada, se establece una duración mínima de 3 años y máxima de 50 (art. 3.1), desde la inscripción del régimen o desde la inscripción de la terminación de la obra; artículo que parece haber olvidado que el régimen se constituye con la Escritura Pública (y no con la inscripción

como establecía el Proyecto). Esta limitación en cuanto al tiempo presenta una doble ventaja:

a) Se busca establecer un tiempo razonable para agotar las posibilidades reales de disfrute del adquirente. Es además coherente con la naturaleza de derecho real sobre cosa ajena.

b) Se permite que el propietario que lo constituyó siga vinculado al inmueble, vinculación que es deseable a partir del momento en que se considera que lo que ofrece el propietario no es sólo una titularidad inmobiliaria, sino también un servicio durante la existencia del derecho, garantizando los servicios.

Los regímenes preexistentes tendrán una duración máxima de 50 años desde la entrada en vigor de la Ley, salvo que sean de duración inferior, o que hagan, en la Escritura de adaptación declaración expresa de continuidad por tiempo indefinido o plazo cierto.

C) Elementos formales

El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble se constituirá mediante su formalización en Escritura pública, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Por lo tanto se ha cambiado, con buen criterio, la redacción del Proyecto que establecía la inscripción como constitutiva, ya que el propio Dictamen del Consejo de Estado señalaba que la inscripción constitutiva «se aparta del régimen general que prevén el código civil y la legislación hipotecaria para constituir derechos y regímenes inmobiliarios... y no parece que una regulación novedosa que afectará a una determinada modalidad jurídico-real sea la sede adecuada para innovar sustancialmente ese régimen general». En este mismo sentido podemos encontrar, entre otras, la STS de 23-11-93 (5). A pesar de la inscripción declarativa, quedan en la Ley algunos resquicios del pretendido carácter constitutivo de la inscripción en el Proyecto, bastando citar el art. 3.1 o el art. 6.3 in fine.

La Escritura pública constitutiva del régimen, cumple una doble finalidad; control en el cumplimiento de los requisitos del art. 4 y protección de los futuros adquirentes a través del contenido del art. 5.

1.ª Control de legalidad: Para garantizar la viabilidad del régimen, además de los generales de toda escritura (capacidad de los

(5) STS 23-11-93: «El Ordenamiento jurídico español, tanto en el orden civil como hipotecario, sigue la orientación y consiguiente normativa de que la inscripción es meramente declarativa y, en consecuencia, sólo robustece el título inscrito frente a terceros a los efectos de la fe pública registral».

otorgantes,...) deben haberse cubierto con anterioridad unos requisitos previos, cuyo cumplimiento debe acreditarse al Notario. Estos requisitos se recogen en el art. 4, teniendo en cuenta que los Notarios no autorizarán una Escritura reguladora de un régimen de aprovechamiento por turno y los Registradores no la inscribirán mientras no se les acredite el cumplimiento de dichos requisitos, que básicamente son:

a) La obra nueva, terminada o en construcción, debe estar inscrita en el Registro de la Propiedad.

b) Haber obtenido licencias para ejercer la actividad turística, de apertura, de primera ocupación y cédula de habitabilidad. Si la obra está sólo iniciada basta con la licencia de obra y para la actividad turística (si la Comunidad Autónoma correspondiente así lo exige).

c) Haber celebrado el contrato con la sociedad de servicios, que reúna los requisitos exigidos por la Comunidad Autónoma, salvo que el propietario los asuma directamente. A la escasa regulación de este elemento esencial del régimen ya me he referido anteriormente.

d) Haber concertado los seguros a que se refiere el art. 7, que prevé un seguro para cubrir la responsabilidad civil en que puedan incurrir los ocupantes de los alojamientos derivada de la utilización de los mismos, así como seguro de incendios y otros daños generales del edificio o del conjunto de sus instalaciones y equipos. Debe concertar además uno que cubra, por todo el tiempo que dure la promoción y hasta la transmisión de la totalidad de los derechos de aprovechamiento por turno, el riesgo de nacimiento a su cargo de la obligación de indemnizar a terceros los daños y perjuicios causados por él o cualquiera de sus dependientes, hasta que dicha transmisión se produzca.

Si el inmueble está en construcción, se requiere además, contratar a favor de los futuros adquirentes de derechos de aprovechamiento, un aval bancario o un seguro de caución, que garantice la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición, actualizada de acuerdo con el índice anual de precios al consumo, si la obra no ha sido finalizada en la fecha fijada o no se ha incorporado el mobiliario descrito en la Escritura reguladora del régimen (sic, el requisito del aval o seguro es previo al otorgamiento de la Escritura) cuando el adquirente del derecho opte por la resolución del contrato en los términos del art. 10. Las cantidades así recibidas serán independientes de las que deba satisfacer el propietario o promotor en concepto de indemnización de daños o perjuicios, consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones.

Las garantías de las cantidades entregadas a cuenta se registrarán, en todo aquello que les sea aplicable, por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, y sus normas de desarrollo.

El seguro se extinguirá o el aval se liberará tras inscribir el acta notarial de terminación de obra.

A los contratos por virtud de los cuales se constituyan o transmitan derechos de aprovechamiento por turno antes de estar válidamente constituido el régimen (es decir, antes del otorgamiento de la Escritura del art. 5), se les aplicará lo dispuesto en el art. 1.7 de esta Ley, es decir, serán nulos de pleno derecho, debiendo ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos. De este modo se trata de evitar que se inicien las transmisiones de derechos de aprovechamiento por turno antes de que el Notario autorizante controle la legalidad del régimen; a este control de la legalidad aúna la Exposición de Motivos al Registrador.

2.ª Protección de adquirentes. Además del control de legalidad, también se realiza a través de la Escritura pública constitutiva (y posterior inscripción registral) una protección de los futuros adquirentes de derechos de aprovechamiento por turno, que tendrán la seguridad de que el régimen se ha constituido cumpliendo las previsiones legales. La escritura debe tener un contenido mínimo que recoge el art. 5:

1.º. Descripción de la finca, y del edificio o edificios que en ella existan, con reseña de los servicios comunes a que tengan derecho los titulares de los aprovechamientos. Si la obra está en construcción, fecha límite para su terminación.

2.º. Descripción de cada uno de los alojamientos, con numeración correlativa. Si es una explotación mixta se determinarán los alojamientos y períodos susceptibles de ser gravados con derechos de aprovechamiento por turno.

3.º. En cada alojamiento se expresará el número de turnos, duración, día y hora inicial y final, cuota y número del turno en relación con el alojamiento, mobiliario, días reservados para reparaciones y mantenimiento.

4.º. Referencia a los servicios que se han de prestar y que son inherentes a los derechos de aprovechamiento por turno, expresando que éstos se asumen directamente por el propietario o por una empresa de servicios.

5.º. En su caso, los Estatutos. No pueden contener obligaciones o limitaciones contrarias a la ley, y si las tuvieran, el Registrador suspenderá su inscripción.

6.º. Situación registral, catastral, urbanística y, en su caso, turística. Se acompañará el plano de distribución de los distintos alojamientos en la respectiva planta.

7.º. La retribución de los servicios y, en su caso, los gastos de comunidad.

8.º. Duración del régimen.

Además, deben incorporarse a la Escritura, originales o por testimonio, el contrato celebrado con la empresa de servicios, y los contratos de seguro a que se refiere el art. 7. Deberá acompañarse una copia autenticada de ellos para su archivo en el Registro. Si el inmueble está en construcción, se incorporará documento que acredite haberse constituido el aval o seguro de caución del art. 4.2.

En todo caso la persona o personas físicas otorgantes serán responsables civiles y penales de la realidad de los contratos incorporados.

Si el inmueble está en construcción, la terminación de la obra se hará constar en el Registro (mediante acta notarial) en un plazo de tres meses desde su conclusión, aportando las licencias necesarias. El propietario o promotor debe notificar esa inscripción a los que adquirieron derechos durante la construcción.

Por lo que se refiere a la inscripción, el art. 4.3 se limita a señalar que una vez constituido el régimen en Escritura, ésta se inscribirá en el Registro. No obstante, la Exposición de Motivos habla de la inscripción como obligatoria, lo que parece debe entenderse, como señala PAU PEDRÓN (3), en el sentido del Borrador de 1994, es decir, que el régimen no surtirá efectos contra tercero si no se inscribe en el Registro de la Propiedad. La inscripción se regula en el art. 6, del que cabe destacar:

Si no consta cada alojamiento como finca registral independiente, el Registrador les abrirá folio, aunque en la escritura reguladora no se haga la división horizontal del inmueble.

También puede inscribirse la subrogación en la parte proporcional del crédito hipotecario que pese sobre todo el inmueble, sin necesidad de consentimiento del acreedor hipotecario si, al constituirse la hipoteca, se pactó ya un sistema objetivo de distribución de responsabilidad hipotecaria.

Si tras la inscripción del régimen se aporta nuevo contrato con la sociedad de servicios, o se aporta el documento informativo del art.

8.2, el Registrador archivará copia y lo hará constar por nota marginal. Se suspende el archivo si en el nuevo contrato la sociedad de servicios no asume expresamente las condiciones del anterior, o si el documento informativo no reúne las condiciones exigidas. También se suspende el archivo si los contratos no tienen las firmas legitimadas notarialmente, para lo que, en su caso, hay que tener en cuenta, los requisitos para la legitimación de firmas en documento privado.

Según el art. 6.3 in fine cualquier modificación de los contratos no será válida mientras no se haga constar en el Registro de la Propiedad mediante su archivo y la nota marginal correspondiente, lo que parece una reminiscencia del Proyecto, en el que se establecía la inscripción constitutiva, por lo que a mi juicio esta disposición debe ser entendida en el sentido de que dichas modificaciones no producirán efecto frente a tercero mientras no se hagan constar en el Registro (así parece deducirse del art. 6.4).

Por lo demás el régimen sólo puede ser modificado por el propietario registral, con el consentimiento de la empresa de servicios y de la comunidad de titulares, con las mayorías del art. 15.4 de la Ley, debiendo constar tal modificación en Escritura pública y ser inscrita en el Registro de la Propiedad, en los términos señalados en el art. 4.3 (es decir que la modificación será válida desde el otorgamiento de la escritura, sin perjuicio de que no surta efectos frente a terceros sino desde su inscripción).

2. Contenido

Una vez constituido el régimen, su contenido se caracteriza por establecer una serie de garantías para el adquirente-consumidor, que suponen una serie de cargas y responsabilidades para el propietario, pero que se compensan con la conservación de la propiedad. La Directiva incide especialmente en este aspecto tuitivo, regulando varias cuestiones que son desarrolladas por la Ley.

A) Información precontractual (art. 8).

El propietario o promotor o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno, debe editar, antes de iniciar la transmisión, un documento informativo con el carácter de oferta vinculante que entregará gratuitamente a quien solicite información, después de haber sido archivado en el Registro. Brevemente, por lo que se refiere al contenido del documento informativo, este contendrá:

- 1) Identidad y domicilio del propietario o promotor.
- 2) Naturaleza real o personal del derecho, con indicación de la fecha en la que se ha de extinguir el régimen, así como el número de alojamientos y el número de turnos por alojamiento.
- 3) Descripción del inmueble sobre el que se ha constituido el régimen y de su situación, y si la obra está concluida o no. Si no está concluida, indicación de la fecha límite para su terminación, así como el aval o seguro constituido para garantizar la terminación.
- 4) Servicios e instalaciones comunes y condiciones de uso de los mismos. En su caso, indicación de la empresa de servicios, expresando su denominación y datos de inscripción en el Registro Mercantil.
- 5) Precio medio y máximo de los derechos de aprovechamiento por turno y el importe de la primera cuota anual por el uso de servicios e instalaciones comunes, o su estimación, y el procedimiento de cálculo de las futuras anualidades.
- 6) Información sobre los derechos de desistimiento y de resolución unilateral, plazo para el mismo, e indicación que no tendrá a su cargo ningún gasto por el ejercicio del mismo, así como la persona y domicilio a quien deber comunicarse, si se ejercita.
- 7) Si existe o no la posibilidad de participar en un sistema de intercambio, y en caso positivo información sobre el mismo.

El propietario o promotor debe tener a disposición de los posibles adquirentes un inventario completo de todos los muebles, instalaciones y ajuar, y valor global del mismo.

En el Borrador de Anteproyecto de 1994, se obligaba al promotor a tener copia de la escritura pública a disposición de cualquier persona interesada en la adquisición del derecho. Sin embargo la Ley 42/98 se limita a señalar que toda publicidad, incluido el documento informativo, ha de indicar los datos de inscripción del régimen en el Registro, expresando la titularidad y cargas, advirtiendo que debe consultarse para conocer la situación jurídica de la finca y el íntegro contenido del régimen, y que el propietario debe informar al adquirente de la posibilidad de solicitar información general y gratuita de diversos organismos y profesionales oficiales (entre otros, Notarios y Registradores). Se ha tratado de defender dicho cambio sobre la idea de que la publicidad erga omnes del Registro es, a estos efectos, mayor que la que pueda proporcionar la escritura. Frente a ello se puede señalar lo que dice ANDREAS SCHOREMUS (6) «...es ilusorio suponer que por ejemplo un consumidor que ya en su país de origen nunca

(6) FRANCISCO MICÓ GINER. «La adaptación de los complejos a la nueva Ley de aprovechamiento por turno: Problemas transitorios», La Notaría n.º 4, abril 1999.

haya puesto los pies en las oficinas de un Registro de la Propiedad, de un Catastro o de una Notaría (porque pueden no existir en su país de origen, añadido yo), vaya a hacerlo durante sus vacaciones en el extranjero a fin de obtener información ulterior y precisa. En la práctica, por tanto, tendrá que confiar en la exactitud de los datos que figuren en el folleto y en el contrato». Y si se hubiera seguido la idea del Borrador de 1994 tendría la posibilidad de confiar en el contenido de la Escritura (redactada y controlada por el Notario autorizante).

B) Contenido mínimo del contrato

El contenido mínimo del contrato por el que se transmita el derecho, se recoge en el art. 9, según el cual, deberá constar por escrito y expresar, al menos:

1.º Fecha de celebración del contrato, datos de la Escritura reguladora del régimen y de la inscripción en el Registro.

2.º Naturaleza real o personal del derecho, y fecha de extinción del régimen.

3.º Descripción del edificio y del alojamiento, con datos registrales y turno objeto del contrato (con días y horas de inicio y fin), así como los servicios e instalaciones comunes y condiciones de disfrute. Si el inmueble está construido o en construcción, y en este último caso: fase en la que se encuentra la construcción del edificio y los servicios comunes y plazo límite para concluirla, licencia de obra y Ayuntamiento concedente, domicilio para notificar la terminación al adquirente, memoria de calidades del alojamiento, mobiliario y ajuar, y aval o seguro, y posibilidad de ejecución.

4.º Precio del derecho, y cantidad a pagar anualmente a la empresa de servicios, así como sistema de actualización (en su defecto se aplicará el IPC). Importe de impuestos, y honorarios notariales y registrales, para el caso de que el contrato se eleve a Escritura y se inscriba.

5.º Inserción literal de los arts. de la ley referentes al desistimiento, prohibición de anticipos y préstamos para la adquisición.

6.º Si hay o no posibilidad de intercambio, y en caso afirmativo, coste y condiciones.

7.º Datos de identificación del propietario o promotor; del transmitente; del adquirente; de la empresa de servicios y del tercero que se hubiera hecho cargo del intercambio. Este tercero si es una persona jurídica deberá tener sucursal abierta e inscrita en España.

8.º Derecho del adquirente a comprobar la titularidad y cargas del inmueble en el Registro; exigir el otorgamiento de escritura pública y a inscribir su adquisición en el Registro.

9.º Lugar y firma del contrato.

Habrán un anexo inseparable suscrito por las partes, con el inventario, condiciones generales no incluidas en el contrato, y cláusulas estatutarias inscritas.

Además toda la información contenida en el documento informativo, del art. 8.2, deberá incorporarse y formar parte integrante del contrato. El incumplimiento de esta obligación implica el deber de información a los efectos de la resolución que regula el art. 10.

C) Idioma del contrato y del documento informativo

La Directiva permite al consumidor optar entre la lengua que corresponda a su residencia o cualquiera de las lenguas del Estado del que sea nacional. Los Estados miembros pueden imponer que se redacte en una de las lenguas oficiales de la Unión, y el vendedor está obligado a entregar una traducción en una de las lenguas del lugar donde está el inmueble. Pero la Directiva exige que esa lengua sea una de las oficiales en la Unión Europea, lo que puede lesionar la cooficialidad lingüística que existe en algunas CC.AA. españolas, pues el catalán, euskera... no son lenguas oficiales de la Unión. El Estado español solo podría imponer que el contrato se redactase en castellano.

Pero el 9.3. de la Ley establece que el contrato y los documentos informativos se redactarán en la lengua o en una de las lenguas, elegida por el adquirente, del Estado miembro de la Unión Europea en que resida; y además, se redactarán en castellano o en cualquiera de las otras lenguas españolas oficiales en el lugar de celebración, a elección del adquirente (parece que no sería posible en aranés, al menos por la sola elección del adquirente, a pesar del número 2 de la Disposición Adicional del Decreto 204/1998 de 30 de julio de la Generalidad de Cataluña). El legislador se aparta de la Directiva, pero a pesar de la primacía del derecho comunitario sobre el interno, puede hacerlo, dada la preferencia que para la doctrina española tienen el Título Preliminar y el Título Primero de la Constitución, que deben prevalecer incluso sobre el derecho comunitario.

Por lo demás, se establece que los adquirentes extranjeros no nacionales de la Unión, ni residentes en ella, pueden exigir la traducción a la lengua oficial de la Unión elegida por ellos.

Sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar, en caso de existir alguna divergencia entre las distintas versiones, se aplicará la más favorable al adquirente.

D) Prohibición de pago anticipado del precio (Art. 11)

Queda prohibido el pago de cualquier anticipo por el adquirente antes de expirar el plazo de desistimiento o mientras se disponga de la facultad de resolución. Tiene por objeto simplificar las consecuencias de un eventual desistimiento o resolución, pues de este modo el efecto liquidatorio se limitará a la restitución del inmueble.

No obstante las partes podrán establecer los pactos y condiciones que tengan por conveniente para garantizar el pago del precio aplazado, siempre que no sean contrarios a dicha prohibición y si no implican que el transmitente reciba una contraprestación en caso de ejercicio de esa facultad de desistir.

Si, a pesar de la prohibición, el adquirente anticipa alguna cantidad, puede exigir en cualquier momento la devolución de la cantidad duplicada, pudiendo optar entre resolver el contrato en los tres meses siguientes a su celebración o exigir su total cumplimiento.

E) Derechos del titular del aprovechamiento

1. *Resolución ad nutum y resolución-sanción* (art. 10). La Directiva prevé en los arts. 3 y 5 un derecho de resolución facultativo para el comprador, con un plazo de ejercicio de diez días naturales desde la firma del contrato o contrato preliminar vinculante, que puede ampliarse a los tres meses si en el momento de la firma del contrato se carece de la información exigida.

La Ley 42/98 prefiere hablar de desistimiento y resolución, como figuras distintas; y así se puede distinguir:

a) Supuestos en que no hay incumplimiento por el propietario o promotor: la Ley habla de desistimiento (término poco apropiado para O'CALLAGHAN, pues ese concepto es puramente procesal). Pero cualquiera que sea la terminología empleada, se trata de un supuesto de ineficacia sobrevenida, que opera como un derecho de revocación unilateral legalmente establecido, a libre arbitrio del adquirente, y para el que existe un plazo de ejercicio de diez días, contados desde la firma del contrato (en el ordenamiento austríaco y en el del Reino Unido se amplía a catorce días). Plazo cuyo cómputo es civil, por lo que conforme al art. 5 Código Civil, el cómputo empezará al día siguiente de la firma del contrato, y no se excluyen los días inhábiles.

Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno.

b) Casos en que el propietario o promotor incumple sus obligaciones (contrato incompleto): es un supuesto de resolución, de carácter unilateral pero causal, entendida esta como ineficacia sobrevenida del contrato como consecuencia de incumplimiento de la prestación por una de las partes o alteración sobrevenida de las circunstancias.

La Ley se aparta de la Directiva, para establecer una regulación más favorable al adquirente al extender las omisiones que permiten la resolución unilateral: si el contrato no contiene alguna de las menciones o documentos del art. 9, si se incluye la palabra propiedad o análoga, si se incumple la obligación de información del art. 8, o si el documento informativo entregado no se corresponde con el archivado en el Registro; el adquirente puede resolver en tres meses desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno. Completada la información antes de que expire el indicado plazo, el adquirente podrá desistir dentro de los diez días siguientes a la subsanación. Transcurridos los tres meses sin haberse completado la información y sin que el adquirente haya hecho uso de su derecho de resolución, éste podrá igualmente desistir dentro de los diez días siguientes al de expiración del plazo.

Si hay falta de veracidad en la información suministrada al adquirente, se puede ejercitar, además, la acción de nulidad del contrato conforme a los arts. 1.300 y ss del Código Civil.

En cuanto a la forma de ejercicio, el desistimiento o resolución deberá notificarse en el domicilio que a estos efectos deberá figurar necesariamente en el contrato. La notificación podrá hacerse por cualquier medio que garantice la constancia de la comunicación y su recepción, así como de la fecha de su envío. Tratándose de desistimiento, será suficiente que el envío se realice antes de la expiración del plazo. Conviene aquí recordar las ventajas de la notificación notarial. Si el contrato se celebra ante Notario, el desistimiento deberá hacerse constar en acta notarial, que será título hábil para reinscribir el derecho de aprovechamiento a favor del transmitente. Esta última disposición puede servir de primer paso para una revisión de la doctrina de la DGRN, en torno a la condición resolutoria y sus efectos.

Esta facultad ha sido objeto de algunas críticas: así, si el contrato se celebra ante Notario, no debería ser necesaria, dice la Exposición de Motivos, la facultad de desistimiento en favor del adquirente, dado que el asesoramiento que presta el fedatario («...prestando asistencia especial al otorgante necesitado de ella» dice el art. 147 del Reglamento Notarial) impide el que la otra parte haga valer su pre-

ponderancia (y así se prevé en el art. 2.1.5.º de la Ley de 21-noviembre-1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles), pero la Directiva no establece excepciones (quizás porque el sistema de Notariado español o latino, auténtico garante de asesoramiento imparcial, aunque mayoritario en la Unión Europea, no existe en todos los países, lo cual se traduce, en dichos países, en un mayor coste económico y social de las transacciones inmobiliarias). Lo que ocurre es que en tal caso se exige, además de que el Notario advierta del derecho de desistimiento, lo cual a mi juicio deberá hacerse expresamente conforme al párrafo 2.º del art. 194 del Reglamento Notarial, que el desistimiento se haga por acta notarial, «como documento público equivalente a la escritura» en que se ha formalizado el contrato sobre un derecho de aprovechamiento por turno. Si el contrato se celebra ante Notario, parece que no existirá facultad de resolución, ya que según el art. 14.3 «el Notario no autorizará la Escritura (de transmisión) ni el Registrador inscribirá el derecho si el contrato no contiene las menciones exigidas en el art. 9». Aquí podemos encontrar una pequeña discrepancia, ya que como digo, del texto de la Ley parece deducirse que si el contrato se otorga ante Notario, solo procede el desistimiento, sin embargo una de las causas de resolución (art. 10.2) es que «el documento informativo entregado no se corresponda con el archivado en el Registro», circunstancia esta, que es difícilmente controlable al otorgarse la Escritura.

Supone un desequilibrio de las prestaciones, en favor del consumidor. Se parte de presuponer una publicidad agresiva y un adquirente irreflexivo, lo que no siempre ocurre (o si ocurre, debiera extenderse a toda adquisición inmobiliaria, y no sólo al aprovechamiento por turno); debiera haberse limitado a los casos en que hay infracción de las normas publicitarias. Ello va a suponer dificultades en la promoción, ya que las previsiones de venta serán difíciles, pues los contratos firmados pueden dejarse sin efecto (aunque este efecto se atenúa en la medida en que se otorguen Escrituras públicas de venta, ya que en estos casos, en principio, sólo se dará, el derecho de desistimiento, con un plazo muy breve, así arts. 10 y 14.2 y 3, y teniendo en cuenta la salvedad anteriormente advertida, sobre la resolución); y esta facultad completada con las dos que veremos a continuación supondrán un encarecimiento de costos y de gastos financieros que repercutirán en el comprador.

La Ley (art. 12), siguiendo la Directiva extiende el derecho de resolución incluso al préstamo concedido al adquirente por el transmitente o por un tercero que hubiese actuado de acuerdo con él, cuando el adquirente desista o resuelva. Por lo tanto es necesario que exista una vinculación jurídica, sin que baste una económica (para distinguir

ambos vínculos puede verse la STS de 25-Septiembre-1982). No se puede resolver, en cambio, si el comprador lo concierta directamente con una entidad financiera, aunque el vendedor haya mediado o intervenido, si ese tercero no queda obligado a concederlo mediante pacto con el vendedor (la Ley habla de acuerdo entre vendedor y tercero).

En los préstamos no podrán incluirse cláusulas que impliquen una sanción o pena impuesta al adquirente para el caso de desistimiento. Si hay subrogación por el comprador, la resolución no supone la extinción del préstamo, sino el traslado de éste a la persona del deudor originario (vendedor). Todo ello supondrá, en definitiva, una mayor dificultad para obtener financiación.

2. Facultad de disposición. Puede disponer de su derecho, sin que la transmisión afecte a las obligaciones derivadas del régimen. En consecuencia podrá gravar e hipotecar su derecho, como derecho real limitado y temporal (sin que en el caso de arrendamiento podamos entrar a discutir su naturaleza y posible hipoteca). Podrá ceder el uso y disfrute a otra persona, con carácter real o personal, sin perjuicio de la responsabilidad del titular para con la comunidad, y sin perjuicio del derecho de ésta a instar el lanzamiento del ocupante en caso de incumplimiento de obligaciones.

El titular de derechos de aprovechamiento por turno que participe profesionalmente en su transmisión o comercialización queda sujeto a las obligaciones de documentar e informar recogidas en los arts. 2 y 8 a 12. Los adquirentes quedarán subrogados en sus derechos frente al propietario del inmueble.

Por ello, si el derecho no estuviera inscrito a nombre del transmitente del derecho real o cedente del derecho personal, el adquirente o cesionario puede solicitar la inscripción a nombre de aquél, ex art. 312 RH.

Los titulares de derechos de aprovechamiento por turno pueden constituir una comunidad (cuya constitución deberá estar prevista en la Escritura reguladora del régimen), que represente sus intereses, y que se regir por sus estatutos si bien los acuerdos se regirán por las siguientes normas: cada persona tendrá tantos votos como derechos de los que es titular, requiriéndose mayoría de dos tercios de los titulares para los acuerdos que tiendan a modificar el régimen constituido, bastando en los demás casos mayoría simple de titulares (y no de asistentes como erróneamente, a mi juicio y al de MICÓ GINER (6) establece la Disposición Transitoria (2). Si no resultare mayoría o ésta fuera perjudicial, puede acudir a la autoridad judicial. Son supletoriamente aplicables las normas de la Ley de Propiedad Horizontal.

F) Consecuencias en caso de incumplimiento

Podemos distinguir, según quien sea el incumplidor, y teniendo en cuenta que ya hemos visto las consecuencias en caso de falta o defectuosa información, en el que nuestro ordenamiento atribuye la facultad de resolución, a diferencia de otros europeos que califican como delitos algunas de estas faltas u omisiones.

a) Si quien incumple es el usuario, por impago de cuotas (art. 13). Del Proyecto han sido suprimidas algunas consecuencias que rayaban, a mi juicio, la inconstitucionalidad. En el art. 13 de la Ley, se recoge un derecho de resolución a favor del propietario, que en el Proyecto podía pactarse, mientras que la Ley se le atribuye al propietario, salvo pacto en contrario. Esta facultad resolutoria se dará, para el caso de que el titular requerido no pague las cuotas debidas durante, al menos, un año.

En tal caso, a instancia de la empresa de servicios, el propietario podrá ejercer esta facultad, previo requerimiento fehaciente de pago al deudor en el domicilio registral o, en su defecto, en el que conste a tal fin en el contrato, bajo apercibimiento de resolver si no satisface íntegramente la cantidad reclamada en el plazo de 30 días.

El propietario deberá consignar disposición del titular la parte proporcional del precio correspondiente al tiempo de duración del régimen que quede por cumplir hasta su extinción. Se permite pactar una cláusula penal que pueda implicar la pérdida en todo o en parte de las cantidades que debe consignar el propietario para la resolución. Todo ello sin perjuicio de la facultad moderadora de los Tribunales, ex art. 1154 del Código Civil. Esta última disposición puede servir como segundo paso para una revisión de la doctrina de la DGRN, en torno a la condición resolutoria, especialmente en cuanto a las cantidades a consignar en caso de resolución.

El propietario deberá pagar las deudas pendientes con la sociedad de servicios si ejercita la condición resolutoria pactada, salvo pacto en contrario con ésta.

En el caso de que la transmisión se inscriba en el Registro, para lo cual será necesario otorgar la correspondiente Escritura o elevar a Escritura el correspondiente contrato, el Registrador hará constar, mediante nota marginal, que el derecho de aprovechamiento por turno, queda gravado con carácter real para responder de la dos últimas cuotas, a contar desde el momento de la reclamación por vía judicial o notarial, por todo el tiempo de vida del régimen. Para hacer efectiva la garantía, el prestador de los servicios podrá recurrir a cualquiera de los procedimientos ejecutivos que la Ley Propiedad Horizontal

permite utilizar a la comunidad de propietarios y al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Parece que a juicio del legislador, el procedimiento extrajudicial no es inconstitucional como sin embargo ha entendido erróneamente, a mi juicio, la Sala 1ª del TS (STs 4 de Mayo de 1998 y 20 de Abril de 1999), en contra del criterio de la Sala de lo Contencioso Administrativo (STs de 16 y 23 de Octubre 1995).

b) Si quien incumple es la empresa de servicios (art. 16): el responsable de la efectiva prestación de los servicios es el propietario o promotor (que es quien eligió a la sociedad incumplidora). Si ésta incumple, por tanto, el propietario o promotor debe resolver el contrato y exigir el resarcimiento de daños y perjuicios. Deberá entonces celebrar un nuevo contrato con otra empresa o asumir directamente la prestación de los servicios. Cualquier alteración del contrato no perjudicará, en ningún caso, a los titulares.

En todo caso, todo titular de un derecho puede exigir del propietario la efectiva prestación de los servicios y las indemnizaciones que correspondan si no se efectúa.