

TIPOS CONTRACTUALES Y MODOS DE ELUSIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE MULTIPROPIEDAD¹

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Este trabajo no pretende explicar el contenido o parte del contenido de la Ley 4/2012, relativa a los derechos de aprovechamiento por turno y productos vacacionales, que transpone al ordenamiento español el parcialmente nuevo modelo de *timesharing* que se contiene en la Directiva 2008/122. Su propósito es analizar la concurrencia de tipos jurídicos dispares en el régimen de multipropiedad, sus respectivos ámbitos de aplicación y, especialmente, las pretensiones de exclusividad e imperatividad de tipos de derechos de aprovechamiento. En buena medida, este trabajo se dedica a mostrar instrumentos legales para eludir la maraña normativa que lastra nuestro modelo de multipropiedad.

Palabras clave: Ley 4/2012, aprovechamiento por turnos y productos vacacionales, multipropiedad, Directiva 2008/122.

Title: Contract types and methods of avoidance in the Spanish timeshare

Abstract: The purpose of this paper lies outside the interpretation of legal terms and legal rules embodied in the Spanish Act that implements the Directive on timesharing and holiday products. It aims at "framing" niches, at analysing concurrences and paradoxes of legal types of timesharing contracts. My scope is to demonstrate the infeasibility of the Act's claim to be exclusive, absolute,

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

mandatory, to show the inconsequence of the rigid and bureaucratic model of the *right in rem* labelled in the Spanish Law. To a great extent, this paper is devoted to showing legal devices to avoid the tangle of regulation that burdens our timesharing model.

Keywords: Law 4/2012, timeshare and holiday products, Directive 2008/122/EC.

Sumario. 1. Propósito. 2. Los dos niveles de protección consumerista del régimen de multipropiedad. 3. La inconsistencia sistemática de los arrendamientos de temporadas recursivas. 4. Los “contratos de productos vacacionales de larga duración” como un nicho residual descualificado. 5. Mecanismos de elusión del segundo nivel de protección. 6. La escapada a nichos vacacionales del Título I de la Ley. 7. Imperatividad de tipos o normas de prohibición. 8. Escapando por las metanormas de Derecho internacional privado. 9. Una objeción: los contratos de consumo en el Reglamento Roma I.

1. Propósito

Este trabajo no pretende explicar, ni sumariamente siquiera, el contenido o parte del contenido, de la Ley 4/2012, relativa a los derechos de aprovechamiento por turno y productos vacacionales, cuya ocasión se justifica en la necesidad de transponer el parcialmente nuevo modelo de *timesharing* que se contiene en la Directiva 2008/122². La nueva Ley deroga la anterior Ley 42/1998. El propósito de lo que sigue es hacer un análisis de la concurrencia de tipos jurídicos dispares en el régimen de multipropiedad, y cómo aquella determina y limita los respectivos ámbitos de aplicación y, especialmente, las pretensiones de exclusividad e imperatividad de tipos de derechos de aprovechamiento, que obsesionó al legislador de 1998 y sigue haciéndolo en la nueva transposición. En una medida notable, este trabajo pretende enseñar a manipular los recursos legales para poder eludir la maraña normativa que lastra nuestro modelo de multipropiedad.

2. Los dos niveles de protección consumerista del régimen de multipropiedad

Ha sido advertido no pocas veces que la transposición española de la “multipropiedad” comunitaria no se ha limitado, en ninguna de las dos ocasiones históricas, a cumplir la función de transponer las Directivas comunitarias. Si se observa la estructura de éstas, se advierte que están construidas con mayor simplicidad que la ley española. Reparemos por ejemplo en la Directiva de 2008. Se listan unas definiciones, entre las que destacan los cuatro productos vacacionales que son objeto de la regulación (contrato de

² Sobre esta Directiva, por todos, MUNAR BERNAT, *Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio*, www.Indret.com, octubre 2009.

aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles vacacionales, real o personal; contrato sobre productos vacacionales de larga duración; contrato de reventa; contrato de intercambio) e inmediatamente se entra en la regulación material. Que se reduce a bien poco: una norma sobre publicidad, otra sobre el contenido de la obligación precontractual que debe ser comunicada al adquirente, otra sobre la forma, lengua y contenido del contrato, tres preceptos sobre el derecho de desistimiento, una norma sobre pagos anticipados, otra específica de pagos en el contrato de productos turísticos de larga duración, una norma de extensión del desistimiento a los contratos accesorios, y una regla de cierre sobre el carácter imperativo y el control de la ley aplicable cuando ésta es la de un Estado no miembro. Éste es en la Directiva todo el contenido de protección de la regulación. Pero en la Ley española es sólo un *primer nivel de protección*; exclusivo para los tres nuevos productos vacacionales regulados, pero sólo preliminar de la protección consumerista específica que la Ley depara a los contratos de transferencia de derechos de aprovechamiento por turno. Básicamente, el primer nivel de protección se concreta en que el sujeto que promociona empresarialmente productos turísticos a consumidores debe proveerles de un contrato con el contenido y forma del artículo 5 de la Directiva, concederles un derecho de desistimiento y abstenerse de reclamarles ningún pago antes de que transcurra el plazo de ejercicio de aquél. Apenas hay nada más reseñable.

El *segundo nivel de protección* incorpora un régimen de protección consumerista suplementario al que se prescribe en el Título I de la Ley, y que no responde a ninguna exigencia comunitaria. El segundo nivel se aplica en exclusiva a los tipos de *timesharing contracts* de la Directiva que han sido reconfigurados por la Ley española como contratos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico, a saber, los contratos de venta del derecho real sui generis sobre cosa ajena y con recurrencia superior a un año (art. 23.1) y el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada y con recurrencia superior a un año (art. 23.6). El paquete de protección consumerista suplementaria que la Ley española aporta a estas dos modalidades de multipropiedad *made in Spain* se compone de las prescripciones contenidas en los siguientes preceptos: 23.2, 23.3, 23.4, 25.1 a), 25.1 c), 25.1 d), 25.2, 25.3, 26.1, 26.2, 26.3, 28, 30 y 34 de la Ley.

El *modelo español de 1998* no necesitó articular un primer nivel de protección, pues el único producto vacacional concernido por la Directiva 47/1994 era propiamente el derecho de aprovechamiento por turno. Nuestro legislador entró directamente en "aprovechamiento por turno" como derecho real, que se ofrecía como el único producto inmobiliario "vacacional". No existían otros modelos de contratos vacacionales de los que el "aprovechamiento real por turno" fuera una especie. En esta tesitura, *escapar* del régimen jurídico contenido en este modelo comportaba evitar la aplicación de toda la ley, eludir el régimen de protección de la Directiva en los productos de multipropiedad. No existía una red general de protección consumerista en la que el supuesto pudiera caer cuando las partes consiguieran librarse del mamotreto del "aprovechamiento real por turno". Éste absorbía todo el régimen de protección posible. Lo que no estaba

contemplado por el supuesto legal quedaba fuera del esquema de protección, era territorio libre para la especulación contractual. De ahí la necesidad de blindar el sistema mediante una cláusula de Derecho Internacional Privado contraria a los compromisos internacionales españoles. Mucho se ha criticado esta Disposición Adicional 2ª, pero en justicia resultaba imprescindible si se quería mantener intacto el blindaje del sistema. De ahí también la titánica pretensión de blindar al modelo mediante la prohibición absoluta de esquemas paralelos al modelo nacional de multipropiedad.

El *modelo 1998* era deficiente y sectario. Y además conculcaba sin ambages la Directiva comunitaria. Cuando se trataba de dar soluciones a una urgencia de déficits de información y a la selva de prácticas captatorias, avisadas por la Directiva, el modelo español respondió mediante la peregrina propuesta de crear un derecho real inmobiliario *sui generis*, como si la dificultad se hallara en el modo de configurar el *timesharing* o en la debilidad de sus contornos jurídico formales. Como si se tratara de un problema de técnica jurídica. La respuesta era deficiente, y era interesada, al ser aprovechada por el *lobby* registral para reservarse ámbitos de competencia, aunque para ello tuviera que configurar la Ley un modelo pesado, costoso, burocrático, lleno de trampas y con tales exigencias de determinabilidad registral que ya de entrada se creaban las condiciones para que los proyectos inmobiliarios de multipropiedad se estrellaran ante el celo de los registradores. Era una respuesta sectaria, un *après moi le déluge*, anatemizando como nulas cualesquiera propuestas contractuales o asociativas alternativas al modelo de derecho real *sui generis* *made in Spain* y violentando en su Disposición Adicional 2ª los compromisos de Derecho internacional privado que se espera existan entre naciones civilizadas, condenando al ostracismo de la inexistencia jurídica cualquier modelo de *timesharing* configurado conforme con una norma nacional distinta de la española cuando el inmueble estuviere situado en España. Sin resultado positivo en términos de protección. Los problemas del consumidor no se planteaban en la fase de recurrencia del uso ni en sus futuras relaciones con la empresa de servicios, sino con la ausencia de intercambios prometidos, cobros adelantados y cobros sin causa, información engañosa, falta de calidad del producto. Eran todos problemas del título obligacional de adquisición, no de consistencia ni de resistencia del derecho real adquirido, que pocos valoraban como tal, y todos acababan maldiciendo cuando se veían encadenados al uso recurrente temporal.

La rigidez normativa producía paradójicamente déficits de protección, pues se dejaba escapar de la protección todas las modalidades de *timesharing* que no podían ser capturadas por el modelo legal o merced a la aplicación de la regla del fraude de ley.

3. La inconsistencia sistemática de los arrendamientos de temporadas recursivas

El "derecho real de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles" podía y puede también configurarse como derecho de disfrute obligacional. En este lugar quiero referirme a esta modalidad de *timesharing* admitida- más bien

tolerada con disgusto- por el modelo 1998 y que sigue incorporada al segundo nivel de protección, como fórmula alternativa descrita, pero no regulada, en el Título II de la Ley. Me refiero al “contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada”. Sin duda, el legislador español de 1998 tuvo que esforzarse en encontrar un lugar apropiado a este contrato en una ley que no tuvo por objeto genuino transponer la Directiva de multipropiedad, sino construir un régimen de conjunto inmobiliario específico integrado por derechos reales limitados sui generis, donde el objetivo primordial era garantizar que siempre existiese un propietario-promotor que garantizase en último extremo la prestación de los servicios comunes del complejo. En este modelo no existía espacio propio para un derecho personal de aprovechamiento recursivo de temporada de un alojamiento con fines vacacionales. Porque ni el contrato hotelero ni el contrato de arrendamiento de temporada (y sólo en estos dos espacios puede producirse el supuesto legal) necesitan el complejo andamiaje organizativo y registral de los artículos 25 y ss. de la Ley vigente. El legislador español lo integró de cualquier manera en el modelo del complejo inmobiliario jurídico real, declarando enteramente aplicable al primero el régimen del segundo (art. 1.6 Ley 42/1998)³.

Esta ubicación forzada e inadecuada no resultaba fatal en la Ley 4/2012. Como ésta no tuvo otra opción que componer un primer nivel de protección para los nuevos productos vacacionales regulados en la Directiva de 2008, pero, a pesar de ello, decidió seguir manteniendo el segundo y específico nivel de protección para los contratos de transferencia de derechos de aprovechamiento por turnos, pudo haber desplazado, como hubiera sido lo lógico, la ubicación del arrendamiento de temporada a la parte general, donde se daba cobijo al resto de productos vacacionales de la Directiva a los que la Ley española no pretendía dotar de un desarrollo normativo propio más allá del mínimo preciso para cumplir con la exigencia comunitaria. La opción estaba tanto más justificada cuanto que el vigente contenido normativo del arrendamiento vacacional (art. 23.6) es menor y menos exigente que el derogado; no se exige que sean tres como mínimo las temporadas ni que se anticipen las rentas, y ha desaparecido la exigencia que el legislador de 1998 formulaba a modo de trabalenguas en el último inciso del artículo 1.6.

Se trata del contrato de arrendamiento que tenga como objeto un derecho de disfrute por más de una temporada “o cualesquiera modalidades contractuales de duración superior a un año que tengan por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación”. Básicamente, cualquier contrato de aprovechamiento temporal de bienes ajenos, con propósito vacacional, cuyo plazo de duración esté construido de tal forma que el arrendatario pueda ocupar el inmueble de forma recurrente durante una temporada no predefinida, al menos dos años sucesivos. No es preciso que se paguen por adelantado todas las rentas, ni que se trate de un contrato de aprovechamiento discontinuo de larga duración. Dos temporadas

³ Para la historia de este proceso, CERDEIRA, *El arrendamiento vacacional por turno: una alternativa legal a la multipropiedad*, ADC 2003, págs. 489 ss.

bastan. Aunque se le denomina "arrendamiento", su naturaleza oscilará entre el puro hospedaje recurrente, si la duración del uso es de una semana, por ejemplo, y el genuino arrendamiento de temporada, si alcanza una duración mensual, con la diferencia, notable, de que en este segundo caso no se precisan ni la provisión de servicios ni la estructura urbanizacional que impone el Título II de la Ley. Tampoco importa la duración del disfrute en cada período anual con tal que no sea inferior a siete días.- resultado de aplicar al régimen arrendaticio de forma absurda y mimética lo dispuesto para el derecho real sui generis (art. 23.3). No tiene tampoco importancia si existen otros arrendatarios en la misma condición, o si el ocupante es el único sujeto. De hecho, ni siquiera se requiere que la recurrencia se produzca en el mismo inmueble vacacional. ¡Ni tampoco que se hallen en el mismo destino vacacional! Es posible pactar el primer año en la montaña y el segundo en el mar. Si no forma parte de la esencia del contrato que las rentas sucesivas se adelanten, nada obsta a que el contrato se construya como tal como un arrendamiento actual y un derecho de reserva futuro⁴; acaso con el adelanto de una cantidad en concepto de arras, con derechos mutuos de desistimiento, etc. Es decir, se correspondería con el modelo español de multipropiedad, y por ende sujeto al esquema imperativo del Título II, el caso de un simple contrato de alquiler de apartamento por temporada veraniega, con una promesa más o menos firme por parte del arrendador de que le reservará el mismo inmueble para el año próximo causalizada a la promesa más o menos firme por parte del arrendatario que promete volver.

¿Es esto *timesharing*, o, al menos, una fórmula de *multipropiedad* que merezca una denodada atención por el legislador? ¿Exige el modelo tan férrea disciplina tipológica que cualquier singularidad empírica obligue, ya a "abandonar" el régimen de protección, ya a derrumbar esta singularidad como fraude de ley? En un pasaje poco claro del Considerando (6) de la Directiva 2008/122 se especifica que no está comprendido en su ámbito de aplicación el contrato de arrendamiento ordinario en la medida (*since*) *en que se refiere (¿o que se refiera?) a un único período continuo de ocupación y no a múltiples períodos*. En consecuencia, parece que nuestro contrato estaría sujeto a la norma especial, porque se acomodaría al concepto (europeo) de *timesharing contract* que ofrece el artículo 2.1 (a) de la Directiva. A mí esta inclusión me parece superflua. Porque para huir del régimen, basta que las partes acuerden que cada uno (o uno) de los contratantes tiene derecho a desistir a partir del primer año, con un preaviso, con o sin pago de arras penitenciales. No se trata de una contravención al régimen de multipropiedad, sino de la realización de un supuesto de hecho contractual no cubierto por el régimen de multipropiedad.

La Ley española va más allá en su insensatez que la Directiva. La Directiva es pragmática, y descuidando los problemas de conceptualización del esquema contractual, pretenda extender a todo producto vacacional un régimen mínimo de protección. Pero para la Ley española este contrato no sólo debe satisfacer el

⁴ Es un solecismo lo que se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley, que excluye del ámbito de aplicación "las reservas plurianuales de una habitación de un hotel, en la medida *en que no se trata de contratos, sino de reservas que no son vinculantes para el consumidor*"

primer nivel de protección, sino acomodarse al modelo de multipropiedad del segundo nivel, y adecuarse al régimen imperativo del Título II de la Ley. Representé el lector el calamitoso absurdo de imponer a este tipo de contratos las limitaciones imperativas de los artículos 23.2 o 23.3, o la necesidad de constituirse como un régimen jurídico inmobiliario de los artículos 25 a 27. No me imagino tampoco un contrato de arrendamiento cargado con el mostrenco contenido que exige el artículo 30, etc. Téngase presente que el arrendamiento de temporada entra en el régimen mediante el nicho de los *timesharing contracts*, y no como modalidad de "contrato de producto vacacional de larga duración". Si fuera un contrato de esta clase, estaría sujeto exclusivamente al primer nivel de protección, y le sería de aplicación el régimen tuitivo contenido en el artículo 14, del que ahora se escapa merced a su configuración contrafáctica de *timesharing contract*.

Se trata, por ende, de huir de un estatuto jurídico inapropiado y perverso. Sin necesidad de recurrir a los procedimientos que luego comento, se elude suficientemente el supuesto de hecho legal, sin incurrir en fraude de ley, con la previsión de que las partes- o una de ellas- ostenta un derecho de desistir para posteriores temporadas, con o sin pago penitencial

4. Los "contratos de productos vacacionales de larga duración" como un nicho residual descualificado

Con este sonoro apelativo se pretende configurar en la Directiva y en la Ley española una suerte de contrato, o de clase de contratos, cuya causa es totalmente ininteligible, y cuestionable de todo punto su sumisión a un régimen legal especial imperativo. Por medio de este contrato, de duración superior a un año, el consumidor "adquiere, a título oneroso, esencialmente (*primarily*, en la versión inglesa de la Directiva) el derecho a obtener descuentos u otras ventajas respecto de su alojamiento, de forma aislada o en combinación con viajes u otros servicios". A esta resumida descripción del artículo 3 habrá que añadir algunos rasgos caracterizadores suplementarios que nos provee el artículo 14 de la Ley (10 de la Directiva). Deberá existir un "plan de pagos escalonado" (¿), que pueden comprender también "cuotas de afiliación", y se dividirán en plazos anuales.

Procedamos a desentrañar esta secuencia de palabras sin sentido. Este contrato vacacional de larga duración es un contrato oneroso, simple o mixto, plurianual, por el que el consumidor puede obtener cualquier clase de ventaja "respecto de su alojamiento". No tiene que tener necesariamente como objeto contractual el derecho de uso y disfrute del alojamiento, que puede existir como un presupuesto del contrato, pero ajeno a su causa. En este caso, la onerosidad del contrato no describiría el pago de la contraprestación por el uso, sino el precio de las innominadas ventajas y descuentos. Aunque sería preciso que existiera un alojamiento sobre el que pivotara la ventaja. Por eso, no sería contrato de esta clase aquél por el que se obtienen descuentos por compras acumuladas de puntos que darían derecho al disfrute de servicios vacacionales, ni los puntos adquiridos en el transporte aéreo con objeto de obtener una ventaja en el

precio de una plaza hotelera, o los puntos obtenidos por la ocupación de una plaza hotelera, que luego pueden utilizarse como descuentos en la compra de billetes aéreos. Pero no veo ninguna dificultad en incluir en este nicho vacacional al llamado "condohotel", pues se trata de un contrato en el que el adquirente de derecho de propiedad sobre una habitación de hotel recibe por medio de un contrato oneroso "ventajas" consistentes en que la empresa hotelera tiene alquilada la habitación el resto del año. Esquemas de "paquetes vacacionales para alojamiento en productos hoteleros", como los examinados en las SSAAPP Sevilla 27.5.2004, AC 2004/859 y Santa Cruz de Tenerife 18.7.2005, JUR 2005/210994, encontrarían seguramente acomodo en este nicho. Pero no otros productos típicamente fraudulentos, como la oferta de un *voucher* para disfrutar en familia de una semana en un *resort* de la costa española, con un pago adelantado por gastos administrativos de gestión de las peticiones, sin seguridad de que la petición será atendida, y la promesa de que en destino los beneficiados podrán tener una información de primera mano de todas las ventajas del sistema: basta que no anuncie *timesharing* y que el "producto" no sea de duración superior al año, para que se cuele por detrás del entramado de protección de la Directiva.

En verdad es difícil imaginar qué tipo de contrato pueda ser éste si no tiene el alojamiento turístico como objeto, o como objeto principal. Y aquí las posibilidades se disparan. El consumidor alquila una vivienda en régimen de multipropiedad del artículo 23.6 de la Ley, pero se le ofrece como "ventaja" adicional (por precio) un sistema de intercambio, con lo que resulta la estupenda situación en la que tenemos tres contratos: uno de aprovechamiento por turno con intercambio; otro de intercambio, y otro, finalmente, de producto vacacional de larga duración, *precisamente* por haberse adquirido accesoriamente un programa de intercambio "respecto de su alojamiento". Otras situaciones imaginables son también las que siguen. El consumidor alquila una vivienda turística de un solo año, y merced a la promoción, se le conceden puntos para aplicar en años sucesivos en la rebaja del precio de cruceros marítimos o aviones. El consumidor adquiere multipropiedad de alguna forma y se le ofrece lo que en la práctica gansteril se conoce como "programas de reembolso" de un dinero que se entrega para- se dice- ser invertido en un proyecto inmejorable. El consumidor alquila una vivienda turística por un año, y a cambio de ello entra en un club de vacaciones por el que puede conseguir en años sucesivos ventajas de todo tipo relativas a sus inversiones vacacionales. El consumidor alquila la vivienda por turnos recursivos de más de un año, y obtiene como prestación accesoria alguna de las ventajas de la que hemos hablado, u otras, como el derecho a cambiar a partir del tercer año por otra vivienda equivalente situada en el otro extremo del mundo. El consumidor arrienda un derecho de disfrute con fines vacacionales por una temporada de dos años continuos, y obtiene alguna de las mencionadas ventajas accesorias. El consumidor alquila su vivienda a cambio de que otro fulano le alquila la suya en distinta plaza, por temporada, en una red *peer to peer* gestionada por un organizador central que gestiona la red y cobra por ello. También esto que sigue. El consumidor alquila o subalquila a una organización por dos o más temporadas recursivas su alojamiento, y la organización promotora le concede a

cambio, además del precio por el uso, ventajas vacacionales en forma de descuento en el precio de un crucero o la posibilidad de que él mismo ingrese en la organización disfrutando del subalquiler de otras viviendas aportadas por otros sujetos que se encuentran en su misma situación. Finalmente, y lo más fácil: un consumidor alquila un alojamiento turístico por temporadas sucesivas, y la organización le corresponde con prestaciones adicionales, como un derecho de intercambio, un crucero, una mascota, etc. O sin más, y para terminar, el consumidor arrienda por temporadas vacacionales por años sucesivos, y, como parte de la contraprestación a pagar por el compromiso de duración, el promotor le aplica una rebaja de precio ("tres por dos", etc).

Sea de este galimatías lo que fuere, la conclusión que se impone, y a la que quería llegar, es que el contrato de arrendamiento vacacional por temporada del artículo 23.6 de la Ley española no *debería ser* un *timesharing* en el sentido de la Directiva, sino un "producto vacacional de larga duración", y que su contenido de protección debe reducirse, como sumo, al contenido en el nivel primero del régimen de multipropiedad. Pero como este resultado no se puede conseguir por vía de interpretación, al menos sí el que sigue: las *singularidades atípicas* que pretendan escapar del modelo legal del artículo 23.6 no incurren en la condena de nulidad del artículo 23.7, sino que hacen tránsito al producto vacacional de larga duración.

5. Mecanismos de elusión del segundo nivel de protección

Los mecanismos de elusión del segundo nivel del modelo regulatorio de la multipropiedad son de tres clases. Primero – lo que resultaba inviable en el *modelo 1998-*, la huida del Título II de la Ley en búsqueda de un nicho de regulación menos rígido, básicamente alguno de los tres nichos vacacionales restantes regulados en el primer nivel (contrato vacacional de larga duración, intercambio, reserva), no sometidos al engorroso régimen jurídico inmobiliario del Título II de la Ley. Segundo, mediante la configuración de los *imperativos normativos* del régimen de aprovechamiento por turno en *normas de tipicidad*, pero no como normas de *prohibición*. Tercero, la libre configuración de modelos alternativos mediante el empleo de las metanormas de Derecho internacional privado.

6. La escapada a nichos vacacionales del Título I de la Ley

Es casi intuitivo que lo que *pide el cuerpo* es eludir el régimen *español* del *timesharing* mediante su reconducción al nicho incomprensible del producto vacacional de larga duración.

Ya nos hemos referido al nuevo tipo contractual de contrato sobre productos vacacionales de larga duración. Ahora nos interesa su existencia como un nicho de salvación de estructuras negociales que, de no ser por este elástico soporte residual, tendrían que calificarse de fraudulentas y nulas por el artículo 23.7 de la Ley. Como la Directiva no hacía distinciones en el nivel de protección entre estos productos vacacionales flexibles y el específico contrato de *timesharing*,

no importaba si algunos o muchos de estos productos fronterizos se recalificaban de una u otra manera, ni era problemática la perspectiva del fraude, pues el nuevo nicho funciona como género supletorio para lo que no tenga clara cabida en el concepto de *timesharing*. Pero en la Ley española sí importa. Si uno de estos productos fronterizos [por ejemplo, el "contrato de afiliación al programa de servicios turísticos", catalogado de fraude de ley por algunos tribunales españoles: SSAAPP Santa Cruz de Tenerife, 11.3.2002, JUR 2002/162056; Valladolid 1.10.2004, JUR 2004/289784; Las Palmas 6.6.2007, EDJ 2007/209847; Las Palmas 30.6.2008, AC 2008/1585] se reputa de estructura fraudulenta elusiva de un contrato real de transferencia de aprovechamiento por turno, se impondría la sanción de nulidad (art. 23.7), sin que fuera posible la *conversión* en el nicho residual del primer nivel de protección. Lo mismo ocurrió con el esquema conocido como "sistema de puntos", a que se enfrentó la SAP Valencia 3.3.2008, EDJ 2008/55211, condenándolo como subproducto fraudulento, cuando es manifiesto que hoy queda cubierto en el repositorio residual del artículo 3 de la Ley. La red inespecífica del contrato residual permite salvar la validez, y hurtar la sanción de fraude de ley, a todo esquema singular que se salga del parámetro de la multipropiedad a la española.

No paran aquí las sorpresas. Repárese que un contrato puro de transferencia de derecho real o personal de aprovechamiento por turno *hará tránsito al nicho residual* no sólo si el promotor articula ingeniosamente un sistema paralelo de puntos o abonos, sino si vende como prestación coligada un elaborado sistema de "intercambio", pues tal cosa es sin duda una "ventaja" que el turista adquiere "respecto de su alojamiento". Una vez más, la existencia de un nicho residual inespecífico supone neutralizar las amenazas de nulidad por fraude de ley que pudieran infligirse sobre esquemas atípicos de contratos que pretenden ser contratos del Título II, pero no gobernarse por el Título II.

7. Imperatividad de tipos o normas de prohibición

Una norma X es imperativa *dentro de un tipo* contractual o dominical determinado si, elegido o realizado el supuesto de este tipo, no puede acordarse la no aplicación o la elusión de la regla en cuestión. Una norma X es imperativa como *norma de prohibición en el universo de un discurso* si no se puede acordar la no aplicación o la elusión de la regla ni siquiera aunque los interesados seleccionen tipos regulatorios diversos, siempre que se realice *empíricamente* el supuesto de hecho de la norma. En este segundo caso, si el supuesto de hecho del régimen de "aprovechamiento por turno" se corresponde con lo descrito en el artículo 2, las normas imperativas de prohibición se aplican aunque el supuesto en cuestión se realice mediante un tipo de derecho o de contrato distintos de los descritos en los artículos 23.1 y 23.6.

La correcta delimitación de la clase de imperatividad concernida es de extrema importancia. Si los artículos 23.1 y 23.6 *agotan* todo el supuesto de hecho del artículo 2 (definición de contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico), las normas de imperatividad serán normas de prohibición.

En la nueva regulación es menos urgente la cuestión que en la derogada. Ya no se exige que el contrato de aprovechamiento por turno tenga una duración mínima de tres años. Cuando esta frontera temporal existía, se consideró, con razón, que el tiempo de duración mínimo constituía una imperatividad del tipo de contrato regulado, pero no contenía una prohibición genérica, de forma que se prohibieran contratos "parecidos" de duración menor de tres años. La práctica dio lugar a inevitables picarescas de fraudes que dieron materia para la especulación de los tribunales.

La razón de cuestionar que las normas imperativas del Título II constituyan normas de prohibición en el entero universo del discurso es exclusivamente la extremada absurdidad de tales normas. Es una tontería que una norma exija como imperativo que el régimen de aprovechamiento por turno "sólo" recaiga sobre un edificio, urbanización o conjunto "arquitectónicamente diferenciado" y que "todos los alojamientos independientes que lo integren" estén sometidos a dicho régimen, y que tales alojamientos sean como mínimo diez (art. 22.2). El absurdo que por ley se impida que el turno de aprovechamiento sea inferior a siete días (art. 23.3). Es una majadería- pero que revela elocuentemente la pretensión de *prohibición más allá del tipo*- que el derecho real de aprovechamiento no pueda "en ningún caso" vincularse a una cuota de copropiedad. Es inconsecuente- pero igualmente ilustrativo- que se prohíba incluso la utilización del vocablo "multipropiedad" (art. 23.3). Es una violencia que una norma como el artículo 24.1 (el régimen no puede durar más de cincuenta años) constituya una imperatividad de prohibición de todo el universo del discurso que, por ejemplo, impidan modelos de aprovechamiento por turnos de sesgo usufructuario con duración vitalicia. Y, finalmente, excede lo que puede tolerar el sentido común que haya de pretender una aplicación más allá del tipo la estúpida prohibición de que a la extinción del régimen se pacte algún tipo de compensación a favor del usuario (art. 24.2).

Si todas estas insensateces e inconvenientes pudieran limitar su alcance al tipo de derecho *específico* a que se refiere el artículo 23.1, podríamos configurar otras modalidades de aprovechamiento por turnos con eficacia jurídico real, personal o asociativa, que no estuvieran sujetas al blindaje del modelo legal. Pero, desgraciadamente, no podemos hacerlo. Primero, porque la huida del absurdo nos proyectaría a un absurdo mayor, como el de abrir franca vía para escapar como se quiera del régimen jurídico blindado del modelo de derecho del Título II. Segundo, porque indiscutiblemente el artículo 23.7 ha previsto esta posibilidad y la ha querido neutralizar mediante una declaración formal de que las normas del modelo legal son normas imperativas de prohibición en el entero universo del discurso, y por esa razón "será nulo de pleno derecho" el contrato por el que transmita cualquier otro derecho personal o real por tiempo superior a un año y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, si aquella transmisión tiene lugar "al margen del presente Título". Quiero llamar la atención sobre el extraño compromiso entre fraude de ley y nulidad que se contiene en el artículo 16.2 de la Ley (que, por cierto, es norma del primer nivel de protección, y no específica

del contrato de aprovechamiento por turno). El contrato celebrado en fraude de ley es directamente nulo, sin que se opere el procedimiento de aplicación de la norma eludida que se contiene en el artículo 6.4 del CC. Es decir, aunque el contrato extraño al tipo del Título II contuviera los requisitos propios del régimen de *timesharing* y satisficiera los estándares de protección requerido por la Directiva, ie incluso los estándares de especialidad registral específicos del Título II!, el contrato sería nulo, sin necesidad de mayor esfuerzo de recalificación salvadora de su validez.

8. Escapando por las metanormas de Derecho internacional privado

El artículo 23.8 de la Ley ofrece al operador jurídico un medio adecuado para desarticular toda la empachosa regulación *imperativa* del modelo legal impuesto por el Título II, desactivando con ello enteramente el segundo nivel de protección, y dando por felizmente finiquitado el nefasto modelo de multipropiedad *made in Spain* instaurado en 1998. Prestemos atención a la norma, que dice todo lo que se puede decir de malo respecto de la incuria del legislador español.

Como ya se ha explicado, el artículo 23.7 contiene una regla por la que se pretende que los mandatos imperativos del modelo legal de multipropiedad a la española adquieran un rango de norma prohibitiva en el entero universo del discurso. El artículo 23.8 se apresura a contradecir este empeño. Porque "lo dispuesto en el presente título no es obstáculo para la validez de cualquier otra modalidad contractual de constitución de derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo..." que se conforme "al amparo y en los términos" (¿) de las normas de Derecho internacional privado que se contienen en el Reglamento *Roma I* (Reg. 593/2008).

Es decir, se puede constituir un modelo contractual o societario-asociativo de multipropiedad conforme a una ley no española, aunque el inmueble subyacente esté situado en España. No sólo conforme a una norma específica de *timesharing* contenida en cualquier Ordenamiento jurídico distinto del español, sino conforme a la ley común de cualquier país que carezca de restricciones cualesquiera en materia de *timesharing*, siempre que se respeten las normas de protección contenidas en el primer nivel de protección- es decir, en el nivel de protección de la Directiva de multipropiedad.

No tiene ninguna importancia que el inmueble esté situado en España ni que el promotor sea español. La ley aplicable al contrato será la que libremente elijan las partes, siempre que se asegure que al menos un elemento "relevante" de la relación no esté conectado con la jurisdicción española, para evitar la "atracción" por la *lex rei sitae* que en otro caso impondría el artículo 10.1 del CC en relación con el artículo 3.3 del Reglamento *Roma I*. Pero la conexión extranjera no tiene que ir más allá que la de promocionar multipropiedad en España a adquirentes (también) domiciliados fuera de España, como con seguridad harán todos los promotores que operen en España. Con ello se gana el factor de internacionalización relevante que exige el artículo 3.3 del

Reglamento Roma I para poner a salvo al pacto de elección de una ley no española.

La primera víctima de esta quiebra legal es el *sui generis* y *made in Spain* "contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada", del artículo 23.6. Se trata del hermano pobre del contrato de aprovechamiento real por turnos, pero no por ello menos sujeto al contenido todo de regulación del Título II. Obsérvese la descripción y contenido del tipo contractual que realiza la norma. Las partes pueden someter a una normativa no española un contrato vacacional de pluritemporada, como claramente tolera el artículo 23.8. Imaginemos, con todo, que no existe un modelo contractual de este perfil en los Ordenamientos jurídicos que pudieran estar disponibles, y que las partes configuran enteramente el tipo contractual mediante pactos y condiciones generales, dejando, en su caso, un espacio residual para la aplicación del régimen supletorio del contrato de arrendamiento de fincas que exista en el sistema jurídico elegido. Los contratantes deciden que este contrato se gobierne por el Derecho del país Z, que no es España, y que para los extremos no regulados en el contrato rija el Derecho de Z. Basta que esto esté previsto como cláusula de cierre, para que toda la regulación convencional del contrato de arrendamiento plurianual sea válido en España, si el Derecho Z no contiene restricciones relevantes. No es tanto el Derecho Z el que se está aplicando, sino la cláusula (indiscutiblemente contenida en el sistema Z) que permite a las partes pactar todo lo que no esté expresamente prohibido. Pero si nuestros protagonistas pueden configurar el contrato plurianual como mejor les convenga (recuérdese, respetando el primer nivel de protección), y para ello se limitan a utilizar del sistema Z la norma que permite pactar todo lo que no esté expresamente prohibido, no se alcanza la razón de porqué las partes no podrían convenir el mismo contenido contractual amparándose en la norma del sistema español que se contiene en el artículo 1255 del CC. No se entiende por qué iba a ser nulo el contrato de arrendamiento amparado en el artículo 1255 del CC, cuando no lo sería si los contratantes hubieran utilizado como cobertura una norma igual al artículo 1255 en el sistema Z, que, para más gracia, puede tratarse de un sistema jurídico que no tiene ninguna conexión relevante con el contrato en cuestión.

El único límite que quedaría para evitar la total inanidad del Título II de la Ley sería el de la reserva de la *lex rei sitae* española (art. 10.1 CC) para regular cualquier forma de configuración jurídico real del derecho de aprovechamiento. Es decir, no se podría constituir un régimen de *timesharing* en forma de copropiedad, de usufructo, etc, aunque se tratara de modalidades jurídico reales congruentes con el Derecho español, y aunque el *contrato de timesharing* se hubiere sometido en sus aspectos obligacionales a cualquier ley permitida por el sistema de Roma I [cfr. art. 4.1 c) Reglamento]. Con todo, el ámbito de la relación jurídica de multipropiedad sustraído a la ley del contrato es más reducido de lo que seguramente el legislador español cree (cfr. arts. 10.1, 11.5, 12 Reglamento Roma I). Repárese que *no forman parte de la lex rei sitae*, sino del estatuto contractual sujeto a *Roma I*, extremos que pertenecen al "núcleo duro" del régimen español de aprovechamiento por turno en su modalidad de

derecho real sui generis, como los artículos 25.1 c) (contrato con empresa de servicios como condición de constitución del régimen), 25.1 d) (concertación de seguros), 25.2 (avales por cantidades anticipadas en la compraventa de inmueble en construcción), 26 (contenido de la escritura pública), 28 (seguro de responsabilidad civil), 30 (forma y contenido del contrato), 34 (incumplimiento de los servicios). Si esta apreciación es correcta, queda sin consecuencia la limitación que *parece* contenerse en el artículo 23.8 de la Ley, por la que se excluiría la aplicabilidad del régimen del Reglamento comunitario cuando se tratara de derechos de aprovechamiento por turno configurados como derechos reales.

Incluso si el contenido regulatorio del Título II de la Ley no pudiera ser alterado en ningún punto si se transmitiera un derecho real de aprovechamiento por turno, tampoco con esto se mejorarían las expectativas del modelo español de multipropiedad. *Nadie* quiere ya negocios de multipropiedad con configuración jurídico real. Se trata de esquemas costosos, inflexibles, pesados. A los promotores no les permite movilizar sus inversiones. Y a ningún turista le interesa *tener derecho real* sobre el alojamiento turístico que ocupa una semana al año, con todas las esclavitudes y ninguna de las ventajas que acompañan a un derecho dominical, condenado a soportar durante cincuenta años un régimen estable y duradero de tenencia del que acabará aburrido y que no puede emplear como inversión porque nadie se lo va a comprar. La propiedad o cuasi-propiedad de la segunda residencia es hoy una pesada cadena, una de las más gravosas formas de esclavitud que soporta el ser humano de nuestros días. Si, como es evidente, una semana de cuasi derecho real en un alojamiento playero no constituye hoy, ni constituirá nunca más, una inversión rentable de los ahorros del consumidor, cualquier club de vacaciones es mejor alternativa a la multipropiedad *made in Spain*.

9. Una objeción: los contratos de consumo en el Reglamento Roma I

El Reglamento Roma I contiene una prescripción específica para contratos de consumo. La regla se formula en dos niveles, conforme resulta del artículo 6. Suponiendo que se den las condiciones subjetivas de las letras a) o/y b) del apartado 1 (y habrá que dar por supuesta la concurrencia casi necesaria de al menos una de ellas cuando el destinatario de la oferta o promoción sea un consumidor con domicilio en España), el contrato de consumo se regirá por la ley del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual; si las partes hacen elección expresa de otra ley, el consumidor tendrá derecho en todo caso al nivel de protección que le proporcionen las disposiciones imperativas propias del país en el que tenga su residencia habitual.

Podría pensarse entonces que, dadas las condiciones de las letras a) y/o b) del artículo 6.1, el consumidor español que adquiere multipropiedad estaría en todo caso sujeto al conjunto de reglas imperativas contenidas en el Título II de la Ley, y el contrato no podría aprovecharse de la posibilidad de configuración convencional que se contiene en el artículo 23.8 de la Ley. Pero esta conclusión no es de recibo.

Primero, porque el régimen de multipropiedad en cuestión estaría sujeto a pluralidad de normas aplicables, a tenor de los distintos domicilios nacionales de cada adquirente. Lo que es absurdo, porque el régimen como tal es indivisible, sin perjuicio de que pudiera ser divisible la regulación complementaria contenida en cada contrato. Bastaría que hubiera entonces un consumidor con residencia habitual en España para que el régimen de multipropiedad tuviera que constituirse conforme al modelo del Título II. Segundo, porque el artículo 23.8 necesariamente comporta que el Título II de la Ley no es ley nacional imperativa en el sentido del artículo 6.2 del Reglamento; si lo fuera, sólo el consumidor con residencia habitual fuera de España podría estar sujeto a una configuración convencional del régimen conforme al artículo 23.8. Mas tal reducción no se contiene en la norma, ni puede presumirse, porque de hecho conduciría a nuestro legislador a – otra vez, como en 1998- conculcar el Derecho comunitario, dado que la presencia – *eventual*, siquiera, con la que hay que contar al lanzarse el producto al mercado- de un residente español impediría constituir el régimen de forma distinta a la impuesta por la Ley española.