

**LA NULIDAD DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO CONCEDIDO PARA LA
ADQUISICIÓN DE DERECHO REAL DE APROVECHAMIENTO POR
TURNOS A LA LUZ DE LA NUEVA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO Y LA
DIRECTIVA 2008/122/CEE¹**

M^a Carmen González Carrasco

Profesora Titular de Derecho Civil

CESCO-UCLM

Maria.gonzalez@uclm.es

I-. A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. II-. LA SOLUCIÓN DE LA LEY 42/1998 A LA LUZ DE LA (DEROGADA) LEY 7/1995, DE CRÉDITO AL CONSUMO. III. ¿CÓMO HABRÍA AFECTADO A ESTE SUPUESTO LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO? IV-. ¿QUÉ AÑADE LA DIRECTIVA 2008/122/CEE A LA LEY 42/1998?

I-. A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID.

La SAP Madrid 610/2011 de 25 de noviembre (AC 2011/2328) declara la nulidad del contrato de aprovechamiento por turno adquirido por los actores por contravención de la normativa imperativa recogida en la Ley 42/1998 y declara asimismo ineficacia del contrato de préstamo suscrito con la entidad bancaria, prestamista, codemandada. La primera de las cuestiones únicamente planteaba la cuestión de la inclusión del concreto supuesto de hecho (imposibilidad de uso por frustración de las expectativas sobre la concreción del turno e incumplimiento del pacto accesorio de recompra) en las causas de nulidad recogidas en la normativa reguladora

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Ciencia e Innovación (“Grupo de investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera

del derecho real de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en nuestro ordenamiento, teniendo en cuentas que las sucesivas modificaciones de la Ley 42/1998, que lo reguló por primera vez con las características de derecho real sobre cosa ajena que lo caracterizan en nuestro ordenamiento resultan irrelevantes en cuanto a lo que aquí nos ocupa². La segunda, que es la que afecta principalmente a la única apelante, la entidad prestamista, exige contrastar la doctrina de la Audiencias sobre los presupuestos de aplicación de la ineficacia de los contratos vinculados, que la Sala asume, con la normativa sobre crédito al consumo vigente en el momento de la celebración del contrato y, más en particular, y a los solos efectos expositivos, en la nueva en la Ley de contratos de crédito al consumo 16/2011 de 24 de junio.

Los antecedentes de hecho de la sentencia objeto de este comentario forman parte de la “anormal normalidad” de la oferta y promoción del derecho de aprovechamiento por turnos de carácter vacacional. Estando de vacaciones los actores fueron contactados por comerciales de *Great Time* que, mediante la oferta del regalo de una semana de vacaciones, les llevaron a un hotel en el que mantuvieron, junto con otras muchas personas, una reunión de tres horas. En esa reunión se les insistió en que tenían que firmar unos papeles para poder disfrutar del regalo, así como que no tendrían problema en desvincularse del contrato si no les gustaba el sistema por la recompra al mismo precio del turno vacacional adquirido. Los actores firmaron el contrato, así como el contrato de préstamo con la CAM y la garantía de reventa, *que fue el elemento determinante para la firma según la demanda, que la sentencia acoge*. Descontentos con el servicio ofrecido en la semana de regalo y definitivamente frustrados en sus expectativas contractuales cuando meses más *tarde* quisieron disfrutar del derecho de aprovechamiento escogiendo semana y destino se les puso todo tipo de problemas, los demandantes enviaron a *Great Time* un burofax el 20 de septiembre de 2004 para hacer uso de la garantía de reventa, lo que la demandada les indicó no poder hacer si no

² El apartado 1) del art. 8.2 introducido por la Ley 24/2001 ya había remediado la omisión de la Ley 42/1998 relativa a los compromisos que suelen ir aparejados a este tipo de contratos, al incluir la exigencia de la letra k) del Anexo de la Directiva entonces vigente relativa a la información acerca de la existencia de la posibilidad de participar en un sistema organizado para la cesión a terceros del derecho objeto del contrato y en caso de que dicho sistema esté organizado por el propietario o promotor, por sí o por medio de cualquier persona física o jurídica dedicada profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno, la indicación de los costes de dicha cesión. El art. 6 de la Ley 39/2002 ha modificado la rúbrica del Capítulo III de la Ley 42/1998, añadiendo a la de «incumplimiento de los contratos de servicios» la de la «acción de cesación» dedicando un nuevo art. 16 bis a su regulación, con el fin de trasponer a nuestro ordenamiento lo dispuesto en la Directiva 98/27/CE. Además de las acciones individuales reguladas en el art. 16 para las cuales está legitimado individualmente el propietario o promotor (para las acciones de resolución) y el titular del aprovechamiento que resulte afectado (para las acciones de cumplimiento e indemnización), según el art. 16 bis se podrá ejercitar la acción de cesación contra las conductas contrarias a la Ley 42/1998 que lesionen los intereses colectivos o difusos, obteniendo una condena judicial a cesar en el comportamiento lesivo y el de la prohibición judicial de reiteración futura de ese comportamiento, pudiéndose ejercitar asimismo cuando la conducta haya ya finalizado, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración.

hacían uso del turno. Tras ello, los actores dirigieron reclamaciones previas a través de la OMIC y de Ausbanc Consumo sin respuesta alguna por la demandada. En la demanda se indica asimismo, y la Sala estima probado, que el pago del precio se impuso por la codemandada *Great Time* mediante un crédito personal de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM), de la que los actores no eran clientes, y con la que no mantuvieron ningún contacto.

La CAM recurrió la resolución por la que se le condenó juntamente con *Great Time* a estar y pasar por la nulidad del préstamo para la adquisición. El recurso se sustentaba en la inexistencia de vinculación entre el préstamo y el contrato suscrito con *Great Time* al no haberse realizado en unidad de acto y no estar preconcedido el préstamo, y en el hecho de que la ley 42/1998, reguladora del derecho real de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, sólo prevé la nulidad de los préstamos vinculados en dos casos: cuando se desista del contrato dentro de los diez días siguientes a su formalización (derecho de desistimiento del art. 8 de la Ley 42/1998), o cuando se resuelva en los tres meses siguientes a la celebración o a la subsanación en los casos de ausencia de las menciones o documentos a que se refiere el artículo 9, dos únicos casos legalmente previstos que, según la entidad financiera codemandada (única compareciente por ilocalización de la transmitente *Great Time*), no concurrirían en el supuesto de autos, en el que la causa de ineficacia alegada respecto del contrato principal fue la nulidad.

II-. LA SOLUCIÓN DE LA LEY 42/1998 A LA LUZ DE LA (DEROGADA) LEY 7/1995, DE CRÉDITO AL CONSUMO.

Según el artículo 12 de la Ley 42/1998, los préstamos (o cualquier forma de concesión de un crédito bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, (*ex arg.* Normativa reguladora del crédito al consumo) concedidos por el transmitente o por un tercero de acuerdo con éste para financiar la adquisición de derechos de aprovechamiento, quedarán resueltos cuando el adquirente ejerza las facultades que le confiere el art. 10 de la Ley 42/1998 en cuanto al desistimiento (en la actualidad, también por la previsión del art. 77 TRLCU) o la resolución del contrato por ausencia de la información relevante o las menciones y documentos a que se refieren los artículos 8 y 9 de la Ley 42/1998³. Cualquier sanción o

³ Art. 10: *Si el contrato no contiene alguna de las menciones o documentos a los que se refiere el artículo 9, o en el caso de que el adquirente no hubiera resultado suficientemente informado por haberse contravenido la prohibición del artículo 8.1, o incumplido alguna de las obligaciones de los restantes apartados de ese mismo artículo, o si el documento informativo entregado no se correspondía con el archivado en el Registro, el adquirente podrá resolverlo en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno.*

En el caso de que haya falta de veracidad en la información suministrada al adquirente, éste podrá, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubiera podido incurrir el transmitente y sin perjuicio de lo

pena impuesta en los contratos de préstamo en previsión del ejercicio de este derecho, cuya incorporación al contrato queda expresamente prohibida (art. 12) ha de tenerse por no puesta (hoy también 87.6 TRLCU). En los casos de subrogación del adquirente en el préstamo concedido al transmitente, la deuda frente al tercero subsiste a cargo del transmitente tras el ejercicio del derecho de desistimiento o resolución.

Las anteriores previsiones han experimentado una doble ampliación en su ámbito de aplicación:

Según la doctrina de las Audiencias, las anteriores previsiones eran aplicables aún cuando el contrato no estuviera incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo o no se dieran las circunstancias de su art. 14.2 (esto es, cuando no pudiera probarse el pacto de exclusiva en el sentido en que lo venía exigiendo dicha norma, hoy derogada, v. SSAP Valladolid 14.11.2001, AC 2527, León 10.3.2004, JUR 106618. Tampoco para el desistimiento, el art. 77 TRLCU), y también cuando la ineficacia alegada por el adquirente del derecho real de aprovechamiento se basara en causas distintas de las recogidas en el art. 10 Ley 42/1998. En efecto, a pesar de que el art. 12 de la Ley 42/1998 reserva la resolución de los préstamos vinculados a la adquisición a los casos en que el adquirente desista o resuelva en alguno de los casos previstos en el artículo 10 (esto es, omisiones en la publicidad obligatoria del art. 8, omisión de contenidos mínimos del contrato recogidos en el art. 9, nulidad por inveracidad de la publicidad, cfr. SAP Burgos 13.4.2007, AC 1634, Guipúzcoa, 5.2.2007, AC 790), la doctrina de las Audiencias ha adoptado la línea de declarar resuelto el préstamo en cualesquiera supuestos de ineficacia; pero ello, además, sin necesidad de constatar los requisitos de exclusividad impuestos por la Ley 7/1995, hoy correctamente reinterpretados y flexibilizados por la Ley 16/2011 de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (ej. SSAP Madrid 21.2.1998, AC 7099, en caso de resolución por incumplimiento; Vizcaya 12.2.1999, AC 617, en caso de nulidad por error padecido por el adquirente; SAP Ciudad Real 17.4.2007, JUR 262489, en caso de resolución-sanción por vulneración de la prohibición de cobro de anticipos). Ahora bien: si el contrato de préstamo podía considerarse incluido en el ámbito de aplicación de la Ley de Crédito al Consumo (caso de la SAP Soria, 12.3.2004, JUR 120460) o actualmente, a la Ley 16/2011 de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, le sería además aplicable su articulado en lo no expresamente regulado por la Ley 42/1998 (ineficacia del contrato por falta de obtención del crédito incluido en la operación y nulidad de la cláusula por la que el crédito para la financiación sólo puede ser otorgado por determinado concedente) y, en su caso, los derechos ejercitables en los contratos

vinculados, como ocurrió en este último caso en la SJPI nº 4 de Albacete, 26.3.2001, AC 723.

Esta doctrina es recogida expresamente por la SAP Madrid que comentamos cuando reiterando lo declarado en su sentencia de 17 de marzo de 2010 (rollo 778/08 (JUR 2010, 195993), afirma:

"...en cuanto a la vinculación de ambos contratos, es claro que la nulidad del primero y principal -contrato de aprovechamiento por turnos - no susceptible de subsanación mediante la posterior confirmación, necesariamente ha de conllevar la nulidad del contrato de préstamo, accesorio de anterior ('accessorium sequitur principale'). Así lo ha declarado reiteradamente esta Audiencia Provincial, entre otras resoluciones, en sentencia de 26 de enero de 2004 dictada por la Sección 10ª (Rollo 327/2002 (JUR 2004, 251255)) ; por la Sección 19ª en sentencia del 21 de octubre de 2006 (Rollo 491/2006 SIC (JUR 2007, 53916)); por la Sección 11ª, en sentencia de 23 de septiembre de 2009 (Rollo 254/2008 (JUR 2009, 452766)) ; por la Sección 18ª, en sentencias de 28 de abril de 2008 (Rollo 284/2008) , de 6 de mayo de 2008 (Rollo 693/2007) y de 7 de mayo de 2009 (Rollo 257/2009) ; por la Sección 8ª, en sentencia de 8 de octubre de 2008 (JUR 2009, 122913) (Rollo 9/2008) ; y por la Sección 19ª, en sentencia de 9 de marzo de 2009 (Rollo 885/2008 (JUR 2009, 249958)). En ellas, admitiendo que cabe una interpretación estricta según la cual sólo se produce la anulación del préstamo cuando la parte resuelva o desista del contrato en los plazos previstos en el artículo 10, y aun contando con la dificultad que pudiera haber para encajar estrictamente esta nulidad en la Ley de Crédito al consumo, al no haber un acuerdo en exclusiva, sin embargo se recoge la opinión de las Audiencias Provinciales tendente a interpretar a favor del consumidor las consecuencias que sobre el contrato de préstamo, en cuanto vinculado al de aprovechamiento, resultando la nulidad de éste; máxime respondiendo ambos contratos a una misma operación económica y considerando que, dado el escaso lapso de tiempo en que se fraguó dicha operación, desdoblada en dos contratos, el de préstamo tiene un carácter meramente accesorio e instrumental del de aprovechamiento por turno, por lo que su realidad y vigencia venía a depender de la de éste.

" (...)

"En este orden de cosas es necesario señalar que la Ley (42/1998), partiendo de la ineficacia del contrato base, únicamente habla de acuerdo, nunca del requisito de exclusividad (que se reserva para la Ley 7/1995, de 23 de marzo, en su artículo 15.1 .b) . Es por ello que, en principio, basta un acuerdo, de manera que el hecho de que otros préstamos se hayan concedido por otras entidades bancarias no impide la aplicación de aquel precepto".

En definitiva, la doctrina de las Audiencias provinciales se basaba en dos líneas argumentales paralelas que la sentencia que comentamos reitera. En primer lugar, la nulidad por inveracidad recogida en el artículo 10 junto al desistimiento *ad nutum* y a las causas de resolución por omisión de información o menciones relevantes de los artículos es, a diferencia de las omisiones antedichas, insubsanable y, además, por aplicación de un argumento *a fortiori*, dicho supuesto de nulidad permite resolución del contrato de préstamo destinado a la adquisición, aunque los casos previstos en el artículo 12 de la Ley 42/1998 sólo se refieran expresamente a los derechos de desistimiento y resolución. En segundo lugar, las audiencias provinciales entienden que, *sin necesidad de aplicar la doctrina de las audiencias tendente a la flexibilización del requisito de la “exclusividad”* exigido en el (derogado) artículo 15 de la Ley 7/1995 de Crédito al consumo, dicha circunstancia no sería exigible a los supuestos previstos en el artículo 12 de la Ley 42/1998, que ninguna referencia realizan, ni a la ley de crédito al consumo, ni al requisito del pacto en exclusiva exigido por la Ley 7/1995 hasta su derogación por la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo.

La sentencia objeto de este estudio se dicta en relación con un contrato celebrado cuando la Ley 7/1995 estaba todavía vigente, y por lo tanto, se ve obligada a reiterar la doctrina anterior. Si hubiera sido de aplicación la normativa que ya había sido aprobada cuando la sentencia se dicta, esto es, la Ley de contratos de crédito al consumo 16/2011, ésta habría bastado para fundamentar la solución.

III. ¿CÓMO HABRÍA AFECTADO A ESTE SUPUESTO LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO?

Como se ha afirmado en este centro de estudios de consumo, una de las mayores críticas de la Ley 7/1995 era la defectuosa definición de los contratos vinculados⁴. Para que existieran era necesario que el consumidor hubiera celebrado dos contratos distintos con dos personas diferentes, y que entre prestamista y proveedor existiera un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecería crédito a los clientes del proveedor.

El artículo 15 de la derogada Ley 7/1995, en lo que ahora nos interesa, establecía que *"el consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al empresario que hubiera concedido el crédito, siempre que concurran todos los requisitos siguientes:*

4

Los contratos vinculados en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo . Manuel Jesús Marín López. <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2011/6-2011-3.pdf>

a) *Que el consumidor, para la adquisición de los bienes o servicios, haya concertado un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto del proveedor de aquéllos.*

b) *Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste.*

El consumidor dispondrá de la opción de concertar el contrato de crédito con otro concedente distinto al que está vinculado el proveedor de los bienes y servicios en virtud de acuerdo previo.

c) *Que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación de acuerdo previo mencionado anteriormente".*

Esta exigencia de la “exclusividad” era la constantemente alegada por los prestamistas para pretender la inaplicación del régimen de los contratos vinculados de la Ley 7/1995. Para salvar el obstáculo impuesto, al menos aparentemente, por el requisito de la exclusividad exigida por la Ley 7/1995, las audiencias provinciales (en todos los casos de contratos de crédito vinculados y no sólo en los dirigidos a la financiación de productos vacacionales de aprovechamiento por turno) se basaban en una doble argumentación complementaria: inversión de la carga de la prueba en virtud del principio de facilidad probatoria y flexibilización del propio requisito de la exclusividad de la Ley de crédito al consumo. Las dos técnicas son reproducidas por la sentencia que comentamos:

En cuanto a la primera argumentación, la Sala, siguiendo su sentencia de 23 de enero de 2007 (JUR 2007, 157692) entiende que *"la generalidad de las Audiencias Provinciales, en aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria que proclama el artículo 217.6 LEC, liberan al consumidor de la carga de justificar la nota de exclusividad del pacto previo concertado entre la entidad proveedora y la entidad financiera, pues es claro que aquél carece de acceso a los medios de prueba acreditativos tanto de la exclusividad como de su ausencia, y por el contrario desplazan ese deber probatorio sobre las entidades afectadas, que sí tienen acceso a la documentación u otros medios acreditativos de la diversidad de entidades de financiación con las que los clientes de la misma proveedora conciertan sus préstamos para adquisición de bienes o servicios, entre otras vías adecuadas de justificación. (AA. PP. Valencia, 22.Mar.2004 (JUR 2004, 174777) , Soria, 12.Mar.2004, Asturias,*

22.Jul.2003, Valencia, 28.Oct.2003 (JUR 2004, 75886) , Asturias, 6.Feb.2004 (JUR 2004, 82065) , entre otras muchas”.

En cuanto al segundo de los argumentos, el tribunal se refiere a la SAP Madrid, sec. 13ª, de 18 de octubre 2010 (AC 2010, 2033) , la cual había identificado ciertos elementos que suelen reproducirse en este tipo de supuestos y que habrían de tenerse en cuenta para acreditar la existencia de ese pacto previo que obviamente siempre se niega. Condiciones que en parte concurren en el caso enjuiciado, según declara la juez de instancia y la Sala estima probados: proximidad temporal, el hecho de que los prestatarios no tengan relación alguna con el banco prestamista, intervención notarial de la póliza en momentos diferentes y por notarios distintos (uno respecto a la representación de la entidad prestamista y otro sobre la identidad, capacidad y autenticidad de las firmas de los adquirentes), el hecho de que un dependiente apoderado de la entidad transmitente acompañase a los actores a la firma ante notario del contrato de préstamo y la actividad de gestión desplegada por la entidad transmitente a efectos de facilitarles el impreso de la solicitud de préstamo y de recogerles una nómina, para la tramitación del préstamo.

A menudo, incluso, como en el caso de esta última sentencia citada, la entidad transmitente beneficia a los demandantes con la entrega en el momento de la firma del contrato de un bono regalo canjeable por gastos bancarios o por cuotas de crédito.

Las anteriores circunstancias incluyen la financiación del producto vacacional en la Ley de crédito al consumo y en consecuencia, permiten ampliar el elenco de supuestos de ineficacia trasladables al contrato de crédito para la financiación de aquél, y que superan las causas de desistimiento y resolución, únicas expresamente contempladas en los artículo 12 de la Ley 42/1998. En definitiva, esta interpretación jurisprudencial favorable al consumidor tendría como efecto hacer ocioso el artículo 12 de la Ley 42/1998, que habría quedado ampliamente superado por la aplicación del artículo 15 de la Ley de crédito al consumo 7/1995.

La anterior interpretación doctrinal ha sido acogida por la nueva Ley de contratos de crédito al consumo, que deroga a la anterior. En la Ley 16/2011, para que haya contratos vinculados deben concurrir las dos circunstancias exigidas en el artículo 29.1. Primero, que el crédito contratado sirva *exclusivamente* para financiar un contrato de suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos. Ahora, la exclusividad no se predica de la relación entre las partes, sino del destino final del crédito. En segundo lugar, como requisito necesariamente unido al anterior, es necesario que los dos contratos constituyan una *unidad comercial* desde un punto de vista objetivo. Se considerará que existe una unidad comercial cuando el proveedor del bien o el

suministrador del servicio financian el crédito al consumo o, en el caso de que éste sea financiado por un tercero, cuando el prestamista se sirve de la intervención del proveedor del bien o el suministrador del servicio en la preparación o celebración del contrato de crédito, o cuando los bienes específicos o la prestación de un servicio específico vienen expresamente indicados en el contrato de crédito.

En definitiva, a día de hoy cobra especial sentido la afirmación de la Sala cuando afirma: *“...al establecer el artículo 12 de la misma (de la Ley 42/1998) que quedarán resueltos los contratos de financiación cuando los consumidores hagan uso de facultad de desistimiento, dentro del plazo de 10 días, o a la especial acción de resolución que le concede la ley, dentro de tres meses, para casos de información incompleta o insuficiencia o carencia en el contrato de los contenidos exigidos por la ley, no excluye que otros supuestos de ineficacia puedan afectar al contrato de financiación, pues de otro modo haría de peor condición al consumidor adquirente de un derecho de aprovechamiento por turnos que al contratante común, y que supuestos más graves, como la nulidad de pleno derecho del contrato, que es el supuesto ante el que nos encontramos en este momento, quedasen sin protección, lo que carece de toda justificación”*.

IV-. ¿QUÉ AÑADE LA DIRECTIVA 2008/122/CEE A LA LEY 42/1998?

Vinculada por la fecha de celebración del contrato objeto de autos, la sentencia de la Audiencia hace referencia a la Directiva la 94/47 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, para recordar que su artículo 5 establece que los mecanismos específicos de invalidación del contrato previstos en la legislación sectorial (desistimiento y resolución a los que antes aludimos) deben entenderse sin perjuicio de *"lo que las legislaciones nacionales permitan al adquirente en materia de invalidez de los contratos"*, por lo que debe darse a esta normativa una interpretación abierta, y, con ello, entender que la citada ley 42/98 , no ha eliminado, en ningún caso, el amparo o tutela que puedan encontrar los consumidores afectados en otros preceptos del ordenamiento jurídico, como la Ley de crédito al consumo.

Pero posteriormente a la celebración del contrato del que trae causa la sentencia objeto de este estudio, entró en vigor la Directiva 2008/122/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio. Ésta viene a sustituir la directiva 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994, traspuesta por la ley española 42/1998.

La Directiva no ha sido objeto de trasposición expresa al ordenamiento español. ¿Es necesaria tal acción legislativa interna? ¿Cambiaría algo en supuestos como el enjuiciado la aplicación de esta norma comunitaria?

A la anterior cuestión ha de responderse negativamente. El objetivo de esta segunda Directiva es el de reforzar la protección de los consumidores (y, por medio de ella, el buen funcionamiento del mercado interior) en aquellos puntos en que la práctica ha demostrado que la antigua norma, bien por sí misma, bien por el sistema de transposición que permitía, no ha cubierto suficientemente esas necesidades. Se ha considerado, además, que esta reforma no podía incluirse en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 83/2011, sobre derechos de los consumidores, que excluye estos contratos de su ámbito de aplicación.

La nueva Directiva⁵ regula la reventa y el intercambio como contratos autónomos, junto con el contrato de aprovechamiento por turno o venta de producto vacacional de larga duración e impone al empresario turístico oferente las obligaciones de información y contenido contractual comunes a todos ellos. Pero a la vez establece las consecuencias de su frecuente carácter accesorio en relación con los plazos de desistimiento (art. 6) y la rescisión en caso de que este último se produzca. Se generaliza la técnica de la rescisión automática de los contratos accesorios (intercambio, reventa u otros, art. 11) en caso de desistimiento del consumidor, que se amplía en el art. 6 (de los anteriores diez) a catorce días en los supuestos en los que la información a suministrar haya sido la prevista por la norma. Pero nada se dice de su carácter esencial en el conjunto del contrato, que es la razón que lleva a la Audiencia a declarar la nulidad del contrato y por ende, de la póliza del préstamo dirigido a su financiación.

En la redacción originaria de la Ley 42/1998 se echaba en falta la mención a los eventuales derechos del adquirente a participar en un sistema de reventa de su derecho, tal y como sí preveía ya, junto con la posibilidad de participar en el sistema de intercambio, la Letra k) del Anexo de la primera Directiva sobre la materia. La omisión amenazaba con seguir facilitando la alegación de la accesoriedad de dicho pacto para eludir la acción de resolución por incumplimiento que asiste a los adquirentes, a los que, en virtud de la existencia de dicha posibilidad, la adquisición del derecho de aprovechamiento se les suele ofertar como fórmula de inversión. La ley 24/2001 ha introducido en el art. 9 (letras l) la exigencia de hacer constar en el contrato si existe la posibilidad de participar en un sistema organizado para la cesión a terceros del derecho objeto del contrato y en caso de que dicho sistema los eventuales costes, al menos aproximados, que dicha cesión supondrá para el adquirente.

⁵ Un comentario a esta Directiva puede verse en este mismo centro de investigación (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2009/19-2009-1.pdf>).

No obstante, las SSAP Baleares (7.3.1996, AC 478), Asturias (24.3.1997, AC 487) y Málaga (9.1.1998, AC 8880, 15.5.1998, AC 5372, 22.9.1998, AC 1772, 19.4.2007 -rec. nº 215/2007-, Valencia 15.10.2001, AC 512 y el JPI nº 4 Albacete, 26.3.2001, (AC 723) ya habían entendido acertadamente antes de dicha modificación legal que el compromiso de reventa es una obligación de resultado y de suficiente entidad en el interés del adquirente como para provocar la resolución contractual del contrato de aprovechamiento (pero, en contra, cfr. SAP Málaga 26.1.2006, AC 473).

Además, en el caso de que se den las circunstancias de su art. 1, será de aplicación a la garantía de recompra ofrecida la protección dispensada a los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio por la Ley 43/2007.

En definitiva, podemos afirmar que las exigencias de la nueva Directiva (que deberían haberse cumplido con la trasposición a nuestro ordenamiento interno antes del 22 de febrero de 2011, según su artículo 16), no se dirigen a solucionar la cuestión nuclear planteada por el pacto “accesorio” de reventa, que según la teoría general de contratos derivada de la legislación de los Estados miembros, podrá ser considerada esencial para el interés contractual derivado del contrato en su conjunto y permitir, como ocurre en el presente caso, la resolución del contrato principal y la de los créditos vinculados a la adquisición.