

APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES SUJETO A LA LEY 42/1998. OMISIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN EL DOCUMENTO CONTRACTUAL. INSUFICIENCIA DE LA REMISIÓN A UN ANEXO. NULIDAD POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. INEFICACIA DE CONTRATO DE PRÉSTAMO CONCEDIDO PARA LA ADQUISICIÓN¹

*M^a del Carmen González Carrasco
Profesora Titular de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

COMENTARIO A LA SAP Barcelona (Secc. 19^a) de 18 de julio de 2012

I. LOS HECHOS

Los demandantes solicitaron la nulidad del contrato de aprovechamiento por turnos de inmuebles turísticos concertado con la mercantil AONIA S.L. el 29 de enero de 2007 y del contrato de préstamo mercantil suscrito el 15 de febrero de 2007 con Banesto, así como el reintegro de las cuotas y sumas abonadas por razón de los mismos, todo ello por haber existido nulidad del contrato *por error en el consentimiento y falta de información e información inveraz e inexistencia de objeto cierto y determinado*. El error alegado se basaba en la falta de inserción de forma literal en el contrato del contenido mínimo fijado por la normativa sobre derecho de desistimiento, habida cuenta de que en el mismo sólo existía una remisión a un anexo donde se transcribía dicho contenido. En autos quedó probado el extremo de que los demandantes habían aprovechado dos turnos antes de pretender la desvinculación del contrato.

La sentencia de instancia rechazó íntegramente la demanda por considerar que no concurrían las causas alegadas respecto del contrato de transmisión de derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico ni, por ende, del

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“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

contrato de préstamo mercantil suscrito con Banesto, otorgando una especial relevancia al hecho de que los adquirentes del derecho habían hecho uso de dos turnos con anterioridad a la acción entablada, interpuesta una vez transcurridos los tres meses que la Ley 42/1998, aplicable al caso por la fecha de celebración del contrato, establecía como plazo para desvincularse del contrato en los casos en que éste no contuviera los la correcta inserción del derecho de desistimiento.

La Audiencia Provincial de Barcelona, revocando la anterior resolución, declara la nulidad alegada por considerar que la remisión a un anexo contractual donde se encontraba recogida la normativa sobre el desistimiento y la confusa alusión a la “gestión de la baja” indujo a error contractual y extiende dicha nulidad al contrato de financiación al considerar que medió en el caso un acuerdo previo entre la prestamista y la transmitente cuya inexistencia correspondía probar a aquél en virtud del principio de facilidad probatoria.

II. ¿PUEDE DETERMINAR LA OMISIÓN CONTRACTUAL DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO UN ERROR SOBRE EL OBJETO DEL CONTRATO?

La cuestión que plantea este supuesto en primer lugar es si la sola omisión del contenido mínimo del contrato en relación con el derecho de desistimiento que otorgaba la Ley 42/1998 reguladora del derecho real de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles y normas tributarias (y que ahora se concede ampliado en la Ley 4/2012²) es suficiente por sí sola para fundamentar la nulidad por error alegada, y si no es así, qué efectos puede tener dicha omisión en el concreto régimen jurídico de los vicios del consentimiento.

La ratio de la sentencia en cuanto a la nulidad por error alegada es la siguiente: “La consecuencia jurídica que provoca la infracción del deber de información por parte de AONIA, S.L. será, al margen de la facultad no utilizada de resolver en tres meses el contrato, la nulidad del mismo pues tal como resuelve la SAP de Barcelona arriba mencionada (se refiere a la SAP de Barcelona, Sección 17ª, de 15 de abril de 2011): *“cuando el artículo 10.2 párrafo segundo de la ley (se refiere a la Ley 42/1998) permite la acción de nulidad si se hubiese faltado a la verdad en la información facilitada, no excluye las causas generales de ineficacia de los contratos cuando los mismos adolezcan de alguno de los defectos a que se refiere el artículo 1261 del Código civil, porque si así fuera resultaría que la ley especial de constante cita, concebida*

² Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, por la que se traspone a nuestro Ordenamiento la Directiva 2008/122/CE de 14 de enero del 2009.

precisamente para otorgar mayor protección a los consumidores, conseguiría el efecto contrario al limitar las causas de nulidad del contrato, lo que es una interpretación inadmisibile”.

Estoy de acuerdo en que la remisión a un anexo del contrato donde se recogen los preceptos de obligatoria inserción en el contrato no sustituye a ésta última. Como afirma la Sala, facilitarles el texto legal completo se estaba propiciando el efecto contrario al deseado por el legislador. El exceso de información diluyó el conocimiento del precepto que específicamente establece el legislador en aras a proteger al consumidor, el 10, que le permite desvincularse del negocio. Sin embargo, creo no es la voluntad contractual misma lo que se vicia cuando se desconoce el derecho a desistir (ya que pese a no contar con dicha posibilidad, se consiente en la adquisición), sino las condiciones del ejercicio de la facultad omitida en el contrato.

En efecto, en la normativa aplicable al contrato suscrito entre las partes (Ley 42/1998), el *dies a quo* del plazo de diez días para la desvinculación unilateral del contrato por parte del adquirente variaba en función de que el documento contractual cumpliera con el contenido mínimo señalado en el artículo 9, o por el contrario, careciese de alguna de las menciones obligatorias, incumpliese lo dispuesto en el artículo 8.1, o el documento de información no se correspondiera con el archivado en el Registro o con el entregado a efectos informativos (art. 9.1); lo que en realidad venía a diseñar dos regímenes distintos de ineficacia contractual. En el primer caso se trataba de un puro derecho de desistimiento, dado su carácter no causal. En el segundo caso, se atribuía una facultad de resolución-sanción por el carácter incompleto del contrato, que se traducían en la posibilidad otorgada al adquirente de resolver el contrato en el plazo de tres meses contados de fecha a fecha (art. 5.1 CC) desde el día mismo del contrato (artículo 10. 2), antes de que el mismo hubiese sido completado, sin perjuicio pero sin necesidad -(V. SAP Castellón 20.5.2002, AC 1065)- de acudir a las acciones generales que procediesen en el caso de inexactitud conforme al art. 1300 y sigts. CC. En caso de que esa subsanación de omisiones se produjese antes de la resolución, -y ello podía ocurrir en cualquier momento antes de que transcurran tres meses desde la firma del contrato-, el adquirente aún disponía del plazo de diez días hábiles desde ese momento para ejercitar aquélla. Pasados tres meses sin haberse completado la información, el adquirente podía ejercitar el derecho de desistimiento en el plazo de diez días a partir de la expiración del plazo (que de nuevo habrán de contarse excluyendo el día último del mismo, *ex* art. 5.1 CC). Pero *¿Quid* cuando dicho plazo ampliado hubiera pasado, como es el caso en que nos ocupa, y el adquirente hubiera seguido disfrutando del turno hasta un momento posterior? En efecto, el régimen de superprotección del adquirente no dejaba sin efecto (como tampoco lo hace bajo la vigencia de la Ley 4/2012) el remedio general del error contractual, pero es correcto entender que hubiera de tener un efecto de endurecimiento

de la prueba de su existencia. Por ello, algunas sentencias habían considerado, como en este caso así lo consideró el Juzgado, que el período de reflexión concedido para el desistimiento (ampliado a tres meses en el caso de que no se hubiera plasmado correctamente en el contrato) había sido suficiente al efecto de paliar los efectos de las técnicas agresivas de publicidad y venta (SAP Valencia 11.1.2002, AC 813).

La decisión de la Audiencia Provincial accede a la nulidad por error cuando, en efecto, el único extremo que los adquirentes podían desconocer era el funcionamiento del ejercicio de desistimiento, situación para la cual la Ley 42/1998 ya preveía otra solución (ampliación del mismo a tres meses y diez días). Pero hubiera sido más correcto argumentar (aunque seguramente incongruente desde el punto de vista procesal) que una vez transcurrido el plazo de tres meses de desistimiento ampliado o resolución-sanción, la omisión de dicha información seguía constituyendo un fallo o incumplimiento de la empresa predisponente que ésta no podía repercutir negativamente en el consumidor impidiéndole el correcto ejercicio, no sólo del derecho de desistimiento *ad nutum*, sino también de la facultad de resolución-sanción prevista en la Ley 42/1998. Y que en este caso, la empresa transmitente no podía alegar su propia torpeza, puesto que no sólo había omitido la inserción literal del derecho de desistimiento en el cuerpo del contrato, sino que había creado una oscuridad manifiesta al denominarlo “gestión de la baja” en la remisión realizada al anexo del contrato (de forma similar, la SAP Vizcaya 3 de abril de 2007 entiende ejercitable en cualquier momento el desistimiento, sin sujeción a plazo, hasta que se comunica tal derecho).

III. SOLUCIÓN AL SUPUESTO A LA LUZ DE LA NUEVA LEY 4/2012

Si el supuesto de hecho de la presente *litis* se hubiera producido bajo la vigencia de la actual Ley 4/2012, los demandantes podrían haber visto satisfecha su pretensión de desvinculación contractual sin acudir a la nulidad por error, y tanto el Juzgado como la Sala, podrían haber accedido a su pretensión sin quedar constreñidos por los límites de la acción de nulidad por error. En primer lugar (aunque en menor medida) por la ampliación de los plazos para desistir en caso de incumplimiento.

El *dies a quo* del plazo (ahora de catorce días) para la desvinculación unilateral del contrato por parte del adquirente sigue variando en función del cumplimiento de los deberes contractuales del empresario en orden a la información precontractual a suministrar, a la cumplimentación y entrega del formulario de desistimiento y a la entrega de la documentación contractual. El plazo para su ejercicio es de catorce días naturales y se computará (art. 12.2):

a) A contar desde la fecha de celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante, si en ese momento el consumidor recibió el documento contractual o, en

otro caso, desde la recepción posterior de dicho documento.

b) En el caso de que la omisión no subsanada se refiera a la mención del propio derecho de desistimiento, es aplicable el art. 12.2.b) de la Ley 4/2012: si el empresario no hubiere cumplimentado y entregado al consumidor el formulario de desistimiento previsto en el artículo 11.4, el plazo empezará a contar desde que se entregue al consumidor el formulario de desistimiento debidamente cumplimentado y vencerá, en cualquier caso, transcurrido un año y catorce días naturales siguientes a la celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante o a la recepción posterior del documento contractual.

c) Si el empresario no hubiera facilitado al consumidor la información precontractual mencionada en el artículo 9, incluidos sus formularios, el plazo empezará a contar desde que se facilite dicha información y vencerá transcurridos tres meses y catorce días naturales siguientes a la celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante si en ese momento el consumidor recibió el documento contractual o, en otro caso, a la recepción posterior de dicho documento.

Pero además de lo anterior, el segundo párrafo añadido por la Ley 4/2012 al artículo 8, por la Enmienda transaccional introducida en el Congreso, ha introducido una novedad de gran calado respecto del RDL 8/2012, al disponer que el incumplimiento de las obligaciones de información contenidas en el párrafo primero del mismo artículo (esto es, todas las precontractuales y contractuales exigidas a lo largo de la ley, incluidas las condiciones y plazos para el desistimiento), facultará al consumidor para resolver la relación contractual, *bastando para ello la notificación fehaciente al empresario, en el que se ponga de manifiesto la falta de información que el consumidor considere no proporcionada o suficiente*, recayendo la carga de la prueba de la verdadera existencia y suficiencia de la misma en el empresario, y todo ello sin perjuicio del derecho de desistimiento regulado en el art. 12 de la Ley, ni de las sanciones que se pudieran imponer al empresario conforme al artículo 22 de la misma. Se trata de una (desafortunada) sanción civil al incumplimiento de los requisitos (también de forma) del deber de información, que se configura de forma independiente de las sanciones administrativas y del ejercicio derecho de desistimiento, cuyo plazo ya se prorroga por la misma razón. La resolución no es automática (tal y como figuraba en la enmienda originaria de Izquierda Plural, que determinaba que se trata de una resolución “de pleno derecho”, siendo suprimida esta última expresión en la transacción parlamentaria). El empresario podrá oponerse a la misma, acreditando la suficiencia de la información proporcionada, y a falta de acuerdo, serán los Tribunales, en última instancia, los que determinen la procedencia o no de la resolución pretendida por el consumidor de acuerdo con los principios que rigen el remedio de la resolución por incumplimiento contractual.

IV. LA NULIDAD DEL PRÉSTAMO PARA LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO

La Audiencia traspa la nulidad del contrato de aprovechamiento al de préstamo para su adquisición, al que considera accesorio de aquél. 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.* art. 1 Ley crédito al consumo 16/2011 de 24 de junio) concedidos por el transmitente o por un tercero de acuerdo con éste para financiar la adquisición de derechos de aprovechamiento, intercambio, reventa o productos vacacionales de larga duración regulados por la Ley 4/2012 (en el caso de autos, Ley 42/1998) quedarán sin efecto cuando el adquirente ejerza las facultades que le confiere el art. 12 de la Ley en cuanto al desistimiento (art. 15 y 77 TRLCU). Cualquier sanción o pena impuesta en los contratos de préstamo en previsión del ejercicio de este derecho, cuya incorporación al contrato queda expresamente prohibida (art. 15.2) ha de tenerse por no puesta (también 87.6 TRLCU).

A pesar de que el art. 15 reserva la ineficacia de los préstamos vinculados a la adquisición a los casos en que el adquirente desista conforme a lo dispuesto en el art. 12 [caso de las SSAP Burgos 13 de abril de 2007, Guipúzcoa, 5 de febrero de 2007], la doctrina de las Audiencias formada bajo la vigencia de la Ley 42/1998 y la Ley 7/1995, de crédito al consumo ya había adoptado la línea de declarar resuelto el préstamo en todos los casos en que se producía la ineficacia del contrato de adquisición y no solo en los casos taxativos del art. 10 de la Ley 42/1998 derogada. Y ello sin necesidad de constatar los requisitos de aplicación de la Ley 7/1995, por entender que, al margen de la concertación «en exclusiva» requerida por la Ley 7/1995, no se trataba de contratos autónomos [ej. SSAP Madrid 21 de febrero de 1998, en caso de resolución por incumplimiento; Vizcaya 12 de febrero de 1999, en caso de nulidad por error padecido por el adquirente]. 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 de marzo de 2004] o actualmente, en la Ley 16/2011 de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, le sería además aplicable su articulado también en lo no expresamente regulado por la normativa de aprovechamiento por turno (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.

Esta doctrina es recogida expresamente por las SSAP Madrid 17 de marzo de 2010 y 25 de noviembre y también es la que se recoge en la sentencia objeto de este comentario y en aquellas otras que ésta cita, en virtud de una interpretación *a fortiori*: *si el legislador*

ha querido liberar al consumidor de la carga económica que implica la existencia del préstamo asociado en los supuestos en los que el contrato principal puede devenir ineficaz por su libre arbitrio o por concurrir causas más leves de ineficacia, con mayor motivo habrá de producirse ese efecto cuando sea "resolución", entendida en sentido amplio, provenia de una deficiente información que ha llevado a generar un vicio en el consentimiento de los adquirentes".

Respecto de la exclusividad del préstamo requerida por la derogada Ley 7/1995, en la Ley 16/2011, para que haya contratos considerados vinculados a los efectos de la norma es suficiente que el destino del crédito sea *exclusivamente* de financiación de un contrato de suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y que los dos contratos constituyan una *unidad comercial* desde un punto de vista objetivo. Condiciones que se estiman probadas en el supuesto de autos acudiendo a una doctrina reiterada según la cual, *la prueba de la inexistencia del acuerdo corresponderá en virtud del principio de facilidad probatoria, ex art. 217 de la LEC, a la prestamista y no al prestatario, pues para el mismo se convertiría en una auténtica probatio diabólica, bastando con que éste justifique la remisión a una determinada entidad financiera por parte de la vendedora para estimar la existencia de algún tipo de convenio o acuerdo y que surja el desplazamiento de la carga probatoria, sin que deba acreditar otra circunstancia reveladora de un "acuerdo" expreso con tal finalidad.*