

La Ley alemana sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido. Estudio comparado con la Directiva europea

Dra. G. BOTANA y Dra. CH. LEBSANFT

Universidad Europea de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Finalidad de la regulación*. 3. *Ámbito de aplicación*: 3.1. *Ámbito subjetivo*. 3.2. *Ámbito objetivo*. 4. *Formalidades del contrato*: 4.1. *Folleto*. 4.2. *Contrato escrito*. 4.3. *Lengua*. 4.4. *Consecuencias del incumplimiento de las formalidades*. 5. *Derecho de revocación*: 5.1. *Ejercicio del derecho de revocación*. 5.2. *Efectos del ejercicio del derecho de revocación*. 5.3. *Derecho de revocación en los supuestos de contratos financiados*. 6. *Criterios de Derecho internacional privado*. 7. *Irrenunciabilidad de los derechos conferidos*.

1. INTRODUCCIÓN

La figura objeto de nuestro estudio se caracteriza por un reparto de la posesión en el tiempo de un inmueble; cada uno de los adquirentes tiene la posesión exclusiva del inmueble, pero solamente durante un tiempo determinado del año, a lo largo de un período de años o, incluso, durante toda la vida del inmueble ¹.

El fin perseguido con esta fórmula es ofrecer el uso exclusivo de un inmueble, en particular de pisos o de apartamentos de vacaciones, a lo largo de cada año durante un período de tiempo determinado del mismo. El desarrollo del turismo y el coste elevado de las estancias en hoteles han favorecido esta modalidad hasta el punto de entrar normalmente su compra dentro del plan de vacaciones del adquirente ².

¹ Vid. ORTEGA MARTÍNEZ, *La multipropiedad vacacional*, Madrid, 1991, p. 9.

² Vid. KOHLI, *L'immeuble en temps partagé*, Lausanne, 1990, pp. 22 ss.; FLATTET, «La multipropriété en Suisse», en *Rapports suisses présentés au XIIIème Congrès International de Droit Comparé*, Zurich, 1990, p. 103.

El hecho, siempre más frecuente, de disponer de un alojamiento para pasar una temporada en la playa, en el campo o en la montaña, admite la aplicación de regulaciones muy diferentes, pero sin embargo todas válidas. Lo importante para el consumidor adquirente es saber cuál es la calificación jurídica del sistema que ha elegido y conocer los derechos y los deberes que de dicha opción se derivan.

Si el consumidor es propietario ordinario del apartamento o del chalé, disfrutará de la protección máxima en el supuesto de que celebre el contrato en escritura pública y proceda a su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad. Pero el consumidor puede, igualmente, alquilar el apartamento o el chalé por el período de su estancia vacacional; dada la breve duración de este tipo de estancias, no se beneficiará de la protección ofrecida al arrendatario habitual³. El consumidor puede ser también miembro de una sociedad, de una asociación o de un club que le permita disponer de un chalé o de un apartamento en diferentes lugares del mundo por un período de tiempo determinado cada año: es el «*Time-sharing*». Puede, finalmente, adquirir la copropiedad por un período determinado del año: es propiamente la multipropiedad.

La complejidad existente en este tipo de contratación y la poca comprensión que el consumidor suele tener de sus derechos y obligaciones futuros evidencia la necesidad de su mayor protección, no sólo al contratar sino también durante la ejecución de tales contratos, teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, los adquirentes creen estar consiguiendo, a través de estos contratos, la copropiedad de inmuebles en áreas turísticas, lo que no sucede habitualmente.

Preferimos utilizar el término «*Time-sharing*»⁴ para el caso en que el adquirente es simplemente miembro de una sociedad que es propietaria del inmueble y que concede a sus miembros el derecho de ocuparlo durante un período bien definido del año. El término de multipropiedad se reserva para el supuesto en que los diferentes adquirentes, que utilizan el inmueble durante el año, dispongan de un derecho real de propiedad sobre éste.

³ En el caso, por ejemplo, de la Ley española de arrendamientos urbanos, de 24 de noviembre de 1994, dedica su regulación fundamentalmente al arrendamiento de vivienda, siendo muy escasa la regulación y la protección dedicada a los arrendamientos de temporada, considerados como de uso distinto al de vivienda en su artículo 3.

⁴ Es la denominación habitual de este fenómeno en el mundo anglosajón, cuyo significado literal es «*tiempo compartido*». Este término parece tener su origen en el mundo de la informática, describiendo la posibilidad de que un usuario reciba la conexión a la red informática sólo cuando lo necesite, pagando únicamente el tiempo de conexión que haya usado. En opinión de MUNAR BERNAT, el término fue introducido por F. Chapman, apareciendo el primer complejo en 1976 en la localidad escocesa de Loch Ranock. Vid. MUNAR BERNAT, *Presente y futuro de la multipropiedad*, Madrid, 1992, p. 44.

En el sistema que hemos llamado «*Time-sharing*», es la sociedad, la asociación o el club quien es propietario del inmueble. Para tener el derecho de ocupar el inmueble, el consumidor adquirente debe ser miembro de dicha sociedad, asociación o club. De esta forma el consumidor se hace beneficiario del buen o mal funcionamiento de la persona jurídica. La titularidad de la parte social, que da lugar al derecho a un uso temporal del inmueble, no es inscrita en el Registro de la Propiedad. El consumidor no tendrá la garantía de seguridad jurídica que el Registro otorga. Por ejemplo, en caso de quiebra de la sociedad, después de la liquidación de su patrimonio, el consumidor puede perder su derecho de utilización del inmueble. La falta de seguridad representa, por tanto, uno de los escollos más importantes de esta modalidad jurídica.

También puede producirse la adquisición de la propiedad de un inmueble durante un período determinado del año. Para el consumidor, los aspectos positivos son, a la vez, de orden práctico y financiero. La adquisición de un alojamiento completamente amueblado y equipado a través de la multipropiedad le permite pagar menos que si comprase la plena propiedad del mismo y no soportará, además, las cargas más que por el tiempo de uso. Para el promotor inmobiliario, la división de la propiedad en cortos períodos de uso presenta la ventaja de asegurar una ocupación mucho más densa de los inmuebles en el curso del año. La propiedad queda, de este modo, explotada al máximo. Los inconvenientes de la multipropiedad son los mismos que en todas las comunidades. Un alojamiento de este tipo exige una administración que resuelva los problemas de carácter práctico que se produzcan (conservación, mantenimiento, etc.). Los multipropietarios están obligados a dirigirse a su administración para que tome las decisiones apropiadas para una buena gestión del inmueble.

En definitiva, puede estructurarse bajo cinco modelos jurídicamente distintos este tipo de operaciones inmobiliarias:

- Se trataría de un verdadero desmembramiento temporal del derecho de propiedad ⁵.
- Las estructuras asentadas en un régimen de copropiedad ⁶.

⁵ Éste ha sido, en parte, el modelo escogido por el legislador portugués quien ha regulado esta materia a través de dos Decretos Leyes, el primero, fechado el 31 de diciembre de 1981, y el segundo, de 8 de octubre de 1983, sobre el derecho de habitación periódica que se configura como un nuevo derecho real que recae sobre un inmueble y concede a su titular, como facultad esencial, la de ocuparlo por sí o por otro durante el tiempo pactado a cambio de una contraprestación. Es además un derecho transmisible, aunque no se concede la facultad de adquisición preferente —tanteo o retracto— a los demás multipropietarios. Finalmente, la norma portuguesa prevé su incorporación al Registro de la Propiedad, con la consiguiente certificación.

⁶ La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 4 de marzo de 1993, otorga a esta operación inmobiliaria la naturaleza de derecho real, de

- Otra posibilidad sería la adquisición de un derecho real limitado ⁷.
- Los derechos de estancia puramente contractuales ⁸.
- Por último, nos encontraríamos con las construcciones basadas en el Derecho de sociedades ⁹.

dominio exclusivo del multipropietario, concentrado y medido en unidad de tiempo en un turno, con pleno acceso al Registro de la Propiedad y por ello con eficacia «*erga omnes*». La citada Resolución otorga a esta figura unas características específicas, con una naturaleza distinta a otros tipos de comunidad y con la exclusión en la misma de los derechos de división y del retracto en el caso de venta. Para un comentario sobre la misma, *vid.* MUÑOZ DE DIOS, «Más sobre la multipropiedad. A propósito de la RDGRN de 4 de marzo de 1993», *La Ley*, 1993, pp. 939 ss.; MUNAR BERNAT, «Comentario a la resolución de 4 de marzo de 1993», *CCJC*, núm. 37, pp. 495 ss.; GARCÍA MAS, «En torno a la multipropiedad», *RCDI*, 1994, especialmente pp. 1670 ss.; LETE ACHIRICA, «La multipropiedad y la resolución de 4 de marzo de 1993», *RDJ*, 1995, pp. 523 ss.

⁷ Opción esta escogida por el Proyecto de Ley español sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (texto publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, VI Legislatura, 16 de septiembre de 1997, serie A, núm. 80-1, pp. 1 ss.). En la Exposición de Motivos se explica que se ha optado por esta fórmula por tres razones: primero, porque no es adecuada la configuración de un derecho pleno cuando sus titulares están físicamente alejados del inmueble; segundo, porque las demás fórmulas que existen en la práctica se rigen, convencionalmente, por ordenamientos extranjeros y no se adaptan a figuras reconocidas por nuestro Derecho; y tercero, porque un derecho personal innominado, si pretende ofrecer cierta estabilidad a la relación jurídica, presenta la naturaleza de un verdadero derecho real atípico, o bien se trata de un simple contrato de intermediación, bien es fuente de obligaciones personalísimas, supuestos en que el consumidor no tendría, en principio, la certeza de qué tipo de derecho ha adquirido. Para un primer comentario sobre este Proyecto, *vid.* HUALDE MANSO, «Algunos aspectos del proyecto de Ley de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles y de la reciente jurisprudencia de Audiencias Provinciales sobre multipropiedad», *Aranzadi Civil*, 1997, núm. 13, pp. 9 ss.; PAU PEDRÓN, «El nuevo derecho real de aprovechamiento por turno: su configuración y protección en el Anteproyecto de Ley», *La Ley*, 1997-1, D-65, p. 2092 ss.; TORRENS SÁNCHEZ, «Extracto sobre la multipropiedad y su anteproyecto», *RCDI*, 1997, pp. 2101 ss.; y, especialmente MUNAR BERNAT, «El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad», *RCDI*, 1998, pp. 1209 ss.

⁸ Grecia ha optado por el modelo contractual a través de la Ley núm. 1652, de 30 de octubre de 1986, sobre el contrato de multinquilinato y disciplina de materias conexas. En virtud del llamado contrato de multinquilinato el arrendador cede al arrendatario el uso de un complejo turístico con todos sus servicios complementarios por el período de tiempo establecido en el contrato y a cambio del correspondiente canon pactado. Dicho contrato no podrá tener una duración inferior a cinco años ni superior a 60 y deberá formalizarse en escritura pública.

⁹ Este sería el caso de Francia que con su Ley núm. 86-18, de 6 de enero de 1986, sobre sociedades de atribución de inmuebles se ocupa únicamente de la multipropiedad societaria: los socios gozan de un derecho puramente personal, por lo que excluye todo derecho de propiedad o cualquier otro derecho de naturaleza real. La característica esencial de la multipropiedad en Francia radica en que varias personas tienen el derecho, en virtud de su pertenencia como socios a la correspondiente sociedad de multipropiedad, a ocupar el edificio del que la propia sociedad es propietaria, durante un período determinado del año.

El término multipropiedad ¹⁰ encajará solamente para los dos primeros modelos, es decir, cuando hay un desmembramiento temporal del derecho de propiedad o se constituyen en copropiedad. Sin embargo, este vocablo resulta manifiestamente insuficiente para englobar todas las modalidades que han surgido en la práctica inmobiliaria. La utilización de dicha expresión debería estar limitada a los supuestos en que los adquirentes que utilizan el inmueble durante un período determinado del año disponen de un derecho real de propiedad sobre el mismo. No obstante, su aplicación se ha generalizado tanto a las estructuras obligacionales como a las formas societarias. En cambio, en la doctrina alemana, parece que se está abriendo paso la expresión «*Time-sharing*» como comprensiva de todas las modalidades que se dan en la práctica alemana. Sin embargo, el Proyecto de Ley español sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles ha preferido utilizar la expresión «*derecho de aprovechamiento por turno*» ¹¹ según se relata en la propia Exposición de Motivos, en primer lugar, porque es menos comprometida, en el sentido de ser una expresión más genérica y más descriptiva y, en segundo lugar, porque se ajusta perfectamente a la regulación que del mismo se hace. En el artículo 8 del citado Proyecto se prohíbe la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno con la denominación de multipropiedad o de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad por resultar un término inadecuado por engañoso.

En definitiva, estamos ante un fenómeno que suscita intereses individuales y colectivos, que ha sido analizado en sus múltiples aspectos económicos y jurídicos por numerosa doctrina ¹².

¹⁰ El término de multipropiedad fue registrado, el 20 de abril de 1967, en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial francés, como marca comercial a cargo de la Sociedad «*Grands Travaux de Marseille*». Expresión que fue rescatada por la Sociedad francesa Clubhotel, filial del grupo Club-Mediterráneo. En un principio, esta modalidad estuvo circunscrita a las estaciones de ski. Habrá que esperar hasta 1975 para ver los primeros complejos al borde del mar sobre la Costa Azul o la Bretaña adoptando esta fórmula. Esta nueva modalidad fue exportada al resto del mundo, principalmente a los países receptores de un mayor número de turistas, como es el caso español. Sobre los orígenes de la multipropiedad, *vid. KOHLI, ob. cit.*, pp. 27 ss.; MUNAR BERNAT, *ob. cit.*, pp. 35 ss.

¹¹ Expresión adoptada también por el Decreto 117/1997, de 6 de septiembre, por el que se regulan determinados aspectos del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en el ámbito de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, BOCAIB, núm. 117, de 18 de septiembre de 1997, pp. 13946 ss.

¹² El tema de la multipropiedad, que ha surgido en los últimos años, ha suscitado una nutrida bibliografía de la que han sido seleccionadas las siguientes obras de la doctrina alemana y española, además de las ya citadas: GRALKA, *Time-sharing in Ferienhäusern und Ferienwohnungen*, Osnabrücker Rechtswissenschaftliche abhandlungen Bd. 9, Köln u. a., 1986; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad («Time-sharing»)*, Madrid, 1987; HERRERO GARCÍA, *La multipropiedad*, Madrid, 1988; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *La multipropiedad inmobiliaria*, Madrid, 1989; KOH-

La Comisión europea, en su plan de acción comunitaria en favor del turismo ¹³, ha elaborado la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994, referida a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de

LEPP, *Teilzeiteigentum and Ferienwohnungen*, 1989; MUNAR BERNAT, *Regímenes jurídicos de multipropiedad en el Derecho comparado*, Madrid, 1991; ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad. Ponencias y Proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios* (Ponencia de F. Rivero Hernández y P. de Pablo Contreras), Barcelona, 1993; BÖHMER, *Das deutsche Internationale Privatrecht des Timesharing*, Munich, 1993; LANGE, *Dirk Haustürgeschäfte deutscher Spanienurlauber nach spanischem Recht*, Konstanz, 1993; MARTINEK, *Time-Sharing-Verträge*, in «Moderne Vertragstypen», *Bd. III*, München, 1993, pp. 259 ss.; HILDENBRAND, *Vertragsgestaltung und Verbraucherschutz im Time-Sharing-Vertragsrecht*, Frankfurt, 1997; HILDENBRAND, KAPPUS und MÄSCH, *Time-Sharing und Teilzeit Wohnrechtegesetz (TzWRG): Handbuch, Kommentar und Leitentscheidungen*, Stuttgart, 1997; LETE ACHIRICA, *El contrato de multipropiedad y la protección de los consumidores*, Barcelona, 1997; TONNER, *Das Recht des Time-Sharing an Ferienimmobilien*, München, 1997; LEYVA DE LEYVA, «La propiedad cuadrimensional: un estudio sobre la multipropiedad», *RCDI*, 1985, pp. 37 ss.; SCHOBER, «Internationales Time-Sharing von Wohnungen», *D. B.*, 1985, pp. 1513 ss.; SEISEDOS, «Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en el Derecho español», *RCDI*, 1990, pp. 423; DE LEÓN ARCE, «De la multipropiedad al Time-Share: proposiciones comunitarias y proyectos de Derecho interno español», *RJN*, 1993, núm. 5, pp. 139 ss.; LOBSIGER, «Time Sharing von Ferienimmobilien aus schweizerischer Internationalprivatrechtlicher und Zivilprozessualer Sicht», *Aktuelle Juristische Praxis*, 1994, núm. 5, pp. 556; MARTINEK, «Das Teilzeiteigentum an Immobilien in der Europäischen Union», *Z. Eup*, 1994, pp. 470 ss.; MIRALLES GONZÁLEZ, «La multipropiedad en el Derecho comunitario y en el anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliario», *Noticias de la Unión Europea*, 1994, núm. 114, pp. 59 ss.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, «De nuevo, sobre la multipropiedad», *AC*, 1994, pp. 2 ss.; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «El fenómeno de la multipropiedad y del tiempo compartido: estudio práctico en la legislación vigente y en la proyectada legislación», *RCDI*, 1995, pp. 2045 ss.; KAPPUS, «Time-Sharing-Verträge», en *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, F. Graf Westphalen, Stand November 1995; LINDNER, *Time-Sharing-Richtlinie 94/47/EG verabschiedet*, *VuR* 1995, pp. 122 ss.; PEGUERA POCH, «Consideraciones en torno al régimen jurídico de la multipropiedad societaria tras la Directiva 94/67/CE», *RGD*, 1995, pp. 6981 ss.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «La multipropiedad: su problemática ante el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1996, pp. 279 ss.; KAPPUS, «EU-Time-Sharing-Richtlinie und deutsche Umsetzungsgesetzgebund», *E. W. S.*, 1996, pp. 273 ss.; LINARES NOCI, «Algunas consideraciones sobre la multipropiedad», *RDP*, 1996, pp. 635 ss.; MUNAR BERNAT, «Nuevas reflexiones sobre la multipropiedad. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de abril de 1995», *La Ley*, 1996-2, pp. 1379 ss.; BÜTTER, «Haftung von Time-Sharing-Anbietern und Austauschorganisationen für Mängel an Time-Sharing-Anlagen», *VuR*, 1997, núm. 12, pp. 411 ss.; LASS, «Zum Lösungsrecht bei arglistiger Verwendung unwirksamer AGB», *JZ*, 1997, pp. 67 ss.; TONNER K. y TONNER M., «Zur dinglichen Berechtigung der Erwerber durch Dauerwohnrechte beim time-sharing», *W. M.*, 1998, núm. 7, pp. 313 ss.

¹³ A pesar de que el fenómeno de la multipropiedad ha sido enmarcado dentro de la política comunitaria sobre el turismo, éste incide también sobre otros ámbitos comunitarios: protección y defensa de los consumidores, libertad de establecimiento y prestación de servicios, espacio común europeo, el desarrollo económico de las regiones comunitarias menos favorecidas, protección del medio ambiente, etc.

adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido ¹⁴. Fueron las Resoluciones del Parlamento Europeo, de 13 de octubre de 1988 y 11 de junio de 1991, las que pusieron de manifiesto la necesidad de una intervención urgente de la Comisión, así como la Resolución sobre transacciones inmobiliarias transfronterizas, de 14 de septiembre de 1989 ¹⁵. La Directiva ¹⁶ consta de una Exposición de Motivos (con quince apartados), y trece artículos, completándose con un Anexo donde figuran los datos mínimos que debe contener el contrato contemplado en el artículo 4 de la norma.

La Ley alemana sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido ¹⁷ (TzWrG), del 20 de diciembre de 1996, tiene por objeto precisamente la incorporación al Derecho alemán de la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994. Esta Ley entró en vigor el primer día del mes siguiente a su publicación (§ 12), es decir, el 1 de enero de 1997, no siendo aplicable a aquellos contratos formalizados antes de su entrada en vigor (§ 11).

El sector de la economía dedicado a estas operaciones inmobiliarias en Alemania ha crecido con mucha rapidez. No obstante, el número de adquirentes de un derecho de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido sigue siendo bajo. Estas fórmulas tienen su sitio en el mercado alemán pero con una incidencia marginal todavía ¹⁸. La imagen general sobre el sector no es demasiado buena a causa de la proliferación de prácticas pocas serias en la captación de clientes y ventas que rozan con frecuencia el engaño ¹⁹.

Especial relevancia tiene en Alemania el carácter transfronterizo de este tipo de operaciones, ya que la mayoría de los contratos celebrados por súbditos alemanes tienen como objeto un inmueble situado fuera de

¹⁴ DOCE, número L280, de 29 de octubre de 1994.

¹⁵ Sobre los diversos trabajos e iniciativas parlamentarias en materia de multipropiedad, anteriores a la Propuesta inicial de Directiva, de 2 de julio de 1992, *vid. LETE ACHIRICA, El contrato...*, *ob. cit.*, pp. 37 a 45.

¹⁶ Sobre los diferentes hitos en la elaboración de la Directiva comunitaria, *Vid. MUNAR BERNAT, «La Directiva 94/47 sobre protección de los adquirentes de multipropiedad. Análisis de sus aspectos más relevantes», Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, 1994, B-99, pp. 17 ss.

¹⁷ Boletín Oficial del Parlamento alemán, Bundesgesetzblatt (BGBl) I, de 31 de diciembre de 1996, p. 2154 ss.

¹⁸ Referencias en MÄSCH, «Das deutsche Time-Sharing-Recht nach dem neuen Teilzeit-Wohnrechte-Gesetz», *DNotZ*, 1997, p. 181.

¹⁹ *Vid. JÄCKEL-HUTMACHER/TONNER, «Mehr Urlaubsbeweglichkeit durch Time-sharing?», VuR*, 1994, p. 10; TONNER/ZANDER-HAYAT, «Das aktuelle Interview: Time-sharing», in *VuR*, 1994, pp. 207 ss.; MÄSCH, «Die Time-Sharing-Richtlinie», *EuZW*, 1995, p. 9; MARTINEK, «Das neue Teilzeit-Wohnrechtsgesetz-miBratener Verbraucherschutz bei Time-Sharing-Verträgen», *NJW*, 1997, p. 1393.

su país, sobre todo en España²⁰. El 92,9 por 100 de los alemanes que son titulares de un derecho de utilización de un inmueble, en régimen de tiempo compartido, lo tienen respecto de un inmueble fuera de su país²¹.

2. FINALIDAD DE LA REGULACIÓN

La Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre, sobre 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, ha de ser situada dentro de las disposiciones elaboradas por las instancias comunitarias con la finalidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior²² y, dado que las disparidades legislativas podían obstaculizar este logro, se imponía la aprobación de una legislación específica que evitase, en la medida de lo posible, los potenciales peligros a que pueden verse sometidos quienes realizan un contrato de estas características.

El objetivo de la norma comunitaria es la creación de una base de normas comunes que permitan garantizar la seguridad jurídica y económica de los adquirentes en un campo en el que éstos se encuentran en situación de inferioridad respecto a las demás partes implicadas. Las instancias comunitarias han considerado que es suficiente con armonizar solamente las normas relativas a los aspectos contractuales de las transacciones.

Por esta razón, la Directiva comunitaria no intenta armonizar a escala comunitaria la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos a que se refiere²³. La finalidad de dicha normativa es establecer un sistema de garantías y de contenidos mínimos que aseguren una protección apropiada de los adquirentes, independientemente de la fórmula elegida por el promotor inmobiliario. El considerando noveno precisa que, para establecer una protección eficaz de los adquirentes en este ámbito

²⁰ Vid. SCHOMERUS, «Time-Sharing-Verträge in Spanien im Lichte der EG-Richtlinie über den erwerb von Teilnutzungsrechten an Immobilien», *NJW*, 1995, pp. 3239 ss.; SCHOMERUS, «Gerichtliche Durchsetzung von Rückzahlungsansprüchen aus Time-Sharing-Verträgen in Spanien», *NJW*, 1996, pp. 359 ss.

²¹ Datos tomados de MÄSCH, *ob. cit.*, p. 181.

²² Sobre el mercado inmobiliario europeo, *vid. especialmente*, CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, Madrid, 1994.

²³ Para MUNAR BERNAT, la falta de armonización en este fundamental aspecto se encontraría en el hecho de que las legislaciones de los Estados miembros que han regulado la figura y las propuestas de regulación de otros difieren completamente en cuanto a la caracterización jurídica que conduciría, en el supuesto de pretender una uniformización, al fracaso. *Vid. MUNAR BERNAT, ob. cit.*, p. 18.

conviene precisar las obligaciones mínimas que los vendedores deben cumplir con respecto a los adquirentes. A pesar de que la Directiva no entra en la naturaleza jurídica de los derechos objeto de contrato, entre los datos mínimos que en el Anexo se considera que deben figurar en el contrato se encuentra «*la naturaleza precisa del derecho objeto del contrato...*» (b). No obstante, cualquiera que sea la naturaleza del derecho, las garantías serán las mismas para el adquirente. En consecuencia, se mantiene no sólo la diversidad de soluciones jurídicas entre los Estados miembros, sino que además no habrá impedimento para que, dentro de un determinado ordenamiento, se regulen distintas fórmulas de modo que los interesados puedan elegir de entre ellas la que mejor se adapte a sus intereses²⁴, opción elegida por Alemania²⁵ como analizaremos más adelante.

El legislador comunitario, con ocasión de esta Directiva, ha recurrido a la técnica de la armonización de mínimos, como es habitual en los sectores inherentes a los intereses de los consumidores. Dicha técnica supone la imposición a todos los Estados miembros de unas disposiciones obligatorias, pero les deja la posibilidad de adoptar disposiciones más estrictas, tal y como se reconoce en el artículo 11 de la propia Directiva. Las llamadas Directivas de mínimos constituyen el modo más eficaz de resolver los problemas que resultan de la coexistencia de los diferentes niveles nacionales de protección de los consumidores, en relación a la necesidad de una política comunitaria dirigida a la obtención de un aumento progresivo del nivel de protección. Se han sintetizado en tres las ventajas de esta técnica²⁶:

- 1.^a Supone una elevación del nivel mínimo de protección, sin que ello sea bloqueado por los países que quieran llegar más lejos.
- 2.^a Ofrece una mayor facilidad para obtener el consenso entre los Estados miembros.

²⁴ Para DE PABLO CONTRERAS esta opción resulta la más adecuada, teniendo en cuenta que la óptica fundamental desde la que debe ser contemplado y regulado este fenómeno es la protección de los consumidores en su relación con el promotor y con la sociedad de servicios. Vid. DE PABLO CONTRERAS, *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad. Ponencias y Proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*, Barcelona, 1993, p. 176.

²⁵ Así como por la Ley austriaca sobre la adquisición de derechos de uso a tiempo parcial de bienes inmuebles, de 27 de marzo de 1997; por el Statutory Instruments irlandés núm. 204, de 13 de mayo de 1997, dedicado precisamente a los contratos sobre *Time sharing*; la Ley del Reino Unido sobre el *Timeshare*, aprobada el 16 de marzo de 1992 y reformada y ampliada por *Timeshare Regulations 1997*, que ha entrado en vigor el 29 de abril de 1997; la Ley sueca de 1997 sobre protección a los consumidores en la adquisición de bienes a tiempo compartido; la regulación contenida en el Título 7.1 del Código Civil holandés dedicado a «*Compra y permuta*» que se modificó a través de la Ley de 26 de marzo de 1997.

²⁶ Vid. KRAMER M., «Uniform legislation in divers legal cultures: experiences from the E.E.C. harmonization process» en *European consumer law*, Louvain-la-Neuve, 1982, pp. 162-163.

- 3.^a Permite el mantenimiento de las reglas nacionales que fueron dictadas con el fin de proteger a los consumidores.

Sin embargo, el hecho de que una de las ventajas principales de la armonización de mínimos sea la de permitir el mantenimiento de los más elevados niveles de protección a los consumidores propios de algunas legislaciones, supone, por otra parte, mantener diferencias entre las distintas legislaciones de los Estados miembros, y, por tanto, la posibilidad de que se introduzca una cierta distorsión en el mercado interior comunitario ²⁷.

En definitiva, con esta nueva Directiva se ha atendido también al principio de subsidiariedad, en virtud del cual los Estados miembros serán los competentes para establecer la naturaleza jurídica de un derecho de este tipo, las garantías jurídicas y financieras para el adquirente, así como las disposiciones relativas a la administración de los inmuebles. Ello ha dado como resultado un texto de contenido más restringido que las propuestas que le dieron origen.

Alemania, a través de la Ley de 20 de diciembre de 1996, sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido, ha incorporado a su ordenamiento interno la Directiva sobre 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.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

3.1 ÁMBITO SUBJETIVO

El artículo 2.º de la Directiva define los sujetos de la relación de uso a tiempo parcial:

El legislador comunitario utiliza el término de adquirente y no el de consumidor ²⁸, aunque por la definición que da de aquél podrían ser asimilables ambas expresiones. El adquirente puede ser sólo «*la persona física*» que adquiere el derecho de utilización de uno o más inmuebles en

²⁷ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, Madrid, 1990, p. 133.

²⁸ En cambio, en la Propuesta de Directiva (DOCE, núm. C222, de 29 de agosto de 1992, pp. 5 ss.), en su artículo 2, se consideraba como adquirente a «*toda persona física que, en las transacciones que entran en el ámbito de la presente Directiva, actúe a título de consumidor, es decir, con fines que no se pueden considerar que entren en el marco de su actividad profesional*». Sin embargo, en la Propuesta modificada de la Directiva (DOCE, núm. C299, de 5 de noviembre de 1993, pp. 8 ss.) se suprimió la expresión «*a título de consumidor*» y se añadió al final «*a las que transfiera el derecho objeto del contrato*».

régimen de tiempo compartido «*con fines que se puedan considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional*». Con esta definición se quiere proteger solamente a los titulares del derecho de utilización que sean sujetos que usan el inmueble para la finalidad a la cual ha sido destinado, y no como lugar de actividad laboral o profesional.

La noción a la que se acoge la Directiva asimila sistemáticamente el adquirente a la figura del contratante. La doctrina ²⁹ llama a este tipo de consumidor, «*consumidor jurídico*» frente al consumidor material que sin haber adquirido la cosa puede utilizarla. Además la Directiva sigue la técnica de otras normas comunitarias de considerar consumidores sólo a las personas físicas ³⁰. Esta limitación parece excesiva, porque adquirente podría ser también un ente colectivo que se podría comprometer a respetar el destino y uso como vivienda, lo que podría permitir el disfrute a más personas ³¹. Tal y como observó el Consejo Económico y Social ³², podría haberse ampliado el concepto de adquirente consumidor a todas aquellas personas jurídicas que no persiguiesen fines lucrativos.

La TzWrG alemana, siguiendo a la Directiva, contiene una definición legal de las partes del contrato a las que denomina «*transmitente*» ³³ y «*adquirente*». Este último ha sido definido como la persona física que actúa fuera de su actividad comercial o profesional. Esta definición ha sido objeto de alguna crítica por parte de la doctrina ³⁴ alemana en el sentido de que un adquirente que actúe dentro de su ámbito profesional tam-

²⁹ Vid. por todos, CALAIS-AULOY et STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 4.ª éd., París, p. 4.

³⁰ Dentro de esta línea, pueden ser citadas entre otras normas comunitarias, las siguientes: Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990, sobre crédito al consumo; Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia.

En España a diferencia de las Directivas comunitarias, la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU) admite que puedan ser considerados consumidores las personas jurídicas (art. 1.2). En nuestra opinión, parece razonable el reconocimiento de la cualidad de consumidor a una persona jurídica que adquiere bienes o servicios para que sean utilizados o consumidos por personas vinculadas a ella sin que medie relación alguna de mercado.

³¹ Vid. CASELLI, *ob. cit.*, p. 115.

³² DOCE núm. C 108, de 19 de abril de 1993, p. 4.

³³ Parece más acertada la terminología utilizada por la Ley alemana que la empleada por el texto de la Directiva, ya que la expresión vendedor no es del todo exacta, pues no sólo se obliga a transferir el dominio o cualquier otro derecho, sino que debe prestarse una serie de servicios; la principal obligación del vendedor es dar; en cambio, en este tipo de contratos, además de ese dar, está un hacer y un no hacer. Vid. CASELLI, *ob. cit.*, p. 76.

³⁴ Vid. en este sentido, MASCH, *ob. cit.*, p. 191.

bién puede necesitar protección, aunque igual no tan amplia como la otorgada por la ley. A modo de ejemplo, se cita el caso de un empresario titular de una pequeña o mediana empresa que adquiere un derecho de utilización de tiempo compartido para sus trabajadores como incentivo.

La protección del consumidor se basa en la desigualdad entre las partes proveniente de la mayor competencia y pericia del empresario. Desequilibrio que puede producirse, también, cuando el profesional no contrata en el sector de su actividad habitual. Esto tampoco significa que siempre que actúe fuera de su especialidad actúe necesariamente fuera de su profesión. La apreciación de la especialidad profesional puede ser objeto de una interpretación más o menos rigurosa, según el grado de complejidad de la actividad ejercida. De modo que cuando las adquisiciones realizadas por los profesionales no se relacionen con el tráfico peculiar de su profesión, éstos podrían ser considerados como consumidores o usuarios. Tal solución no adolece de lógica si tenemos en cuenta que la protección de los consumidores responde a la necesidad de equilibrar situaciones jurídicas, donde una de las partes está en situación de inferioridad con respecto a la otra parte. Sin embargo, como acertadamente expuso el profesor Bercovitz³⁵, sería excesivamente problemático establecer una distinción como la apuntada, ya que podría dar lugar a una gran inseguridad jurídica, al tener que analizar en cada caso si concurren todas las características que el legislador consideró relevantes para otorgar su protección. Parece que si procedemos a una asimilación sistemática, en este sector de la contratación, de pequeños o medianos empresarios a la situación de consumidores corremos el riesgo de deformar la noción misma de consumidor³⁶.

La definición que de vendedor da la Directiva comunitaria, en su artículo 2, reconoce esta cualidad a cualquier persona física o jurídica que, en los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación y en el marco de su actividad profesional, cree, transfiera o se comprometa a transferir el derecho objeto del contrato. Se aprecia una menor precisión con respecto a la definición contenida en la Propuesta de Directiva, donde

³⁵ Vid. BERCOVITZ A., «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General de Consumidores y Usuarios», *EC*, núm. 3, p. 32.

³⁶ A salvo la opinión mantenida por quienes consideran que las diferentes finalidades de protección de la legislación exigen una concepción también diferenciada, que pudiera ser lo más adecuado para una eficaz protección del consumidor y del mercado y no una única definición aplicable a todos los ámbitos donde tiene incidencia la protección de los consumidores, como pudiera ser el caso español al definir expresamente el consumidor en los apartados segundo y tercero del artículo 1.º de la LGDCU. Vid. en este sentido, REICH, TONNER und WEGENER, *Verbraucher und recht*, Göttingen, 1976, p. 299; ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 173; BERMEJO VERA, «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», *RAP*, 1978, pp. 258-259; MORILLAS JARILLO, «La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea», *AC*, 1994, p. 588.

se preveía que «vendedor» podría ser sólo «el propietario del bien inmueble, al que dicho derecho se refiere, o disponiendo de una autorización del propietario para ello»³⁷. Hubiera sido conveniente incluir una referencia expresa al intermediario profesional³⁸, aunque en el Anexo de la Directiva, al enumerar los datos mínimos que deben incluirse en un contrato de estas características, parece distinguir entre vendedor y propietario del derecho objeto de la transmisión en la letra a) al exigir la «*identidad y domicilio de las partes, con indicación precisa de la condición jurídica del vendedor, en el momento de la celebración del contrato, así como de la identidad y domicilio del propietario*». A pesar de ello, entendemos que la Propuesta de Directiva, en este punto, era ciertamente un modo más eficaz de tutelar a los adquirentes.

El § 1 de la TzWrG alemana especifica que los contratos deben celebrarse entre un transmitente que formaliza tales contratos, en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, y un adquirente. No está prevista, al igual que en la Directiva comunitaria, la relación inversa, es decir, que sea el adquirente quien transmita derechos de utilización de inmuebles, en régimen de tiempo compartido, al transmitente. Quedarían excluidos, también, de ambas normas tanto los contratos que tienen lugar entre adquirentes particulares como los celebrados entre transmitentes. La causa de la primera exclusión se encuentra en la finalidad de las normas de protección de los consumidores consistente en defender al adquirente particular que contrata con un transmitente³⁹. Mientras que en el caso de los contratos efectuados entre transmitentes hay que presumir que son expertos en el tráfico mercantil, al dedicarse habitualmente a él, y, por ello, no necesitarían de una protección específica basada precisamente en la inexperiencia de uno de los contratantes.

³⁷ En parecidos términos, se expresaba la Propuesta Modificada de Directiva cuando señalaba que vendedor podría ser no sólo el titular del derecho objeto del contrato sino también aquél que tuviera «*mandato del titular para proceder a dicha transferencia*».

³⁸ Sobre esta cuestión ha llamado la atención PERINET-MARQUET, «La Directive communautaire sur la jouissance à temps partagé», *Rev. Dr. Imm.*, 1995, p. 66.

³⁹ Sin embargo, el Consejo Económico y Social consideró que, al recurrir la Directiva a la denominación genérica «vendedor», se permitiría la aplicación de sus disposiciones a quien, sin ejercer la actividad profesional de vendedor, decidiese revender su «*Time-sharing*». Justificaban esta observación porque, aunque en ese caso el vendedor no sea un profesional, nada justifica que se le niegue al adquirente consumidor la máxima protección a que tiene derecho, y se evita que, por el mecanismo de la reventa, algunas empresas escapen al cumplimiento de la ley (DOCE núm. C 108, de 19 de abril de 1993, p. 3). Postura con la que no estamos de acuerdo ya que con ello se desvirtuaría la propia finalidad de la norma, a pesar de reconocer el riesgo de fraude que puede existir. Lo que sí es criticable es la posibilidad misma abierta por la redacción dada finalmente al texto de la Directiva comunitaria que permitiría la reventa por el empresario o profesional del derecho objeto del contrato a una persona de su confianza, persona física que no sea un profesional, el cual quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, eludiéndose, de este modo, su régi-

3.2 ÁMBITO OBJETIVO

La Directiva se aplicará a los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, pero sus disposiciones se refieren únicamente a los aspectos relativos a:

- La información referente a los elementos constitutivos del contrato y las condiciones de transmisión de dicha información.
- Los procedimientos y formas de resolución ⁴⁰.

Sin embargo, ha incluido una definición sobre el contrato relativo, directa o indirectamente, a la adquisición de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido, en el siguiente sentido: «*Todo contrato o grupo de contratos celebrados para un período mínimo de tres años, por el que, mediante el pago de un determinado precio global, se cree, se transfiera o se establezca compromiso de transferir, directa o indirectamente, un derecho real o cualquier otro derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles, durante un período determinado o determinable del año que no podrá ser inferior a una semana.*».

De la definición de la Directiva cabe destacar:

- Se refiere a un contrato o a un grupo de contratos ⁴¹.
- Es relativo a uno o a varios inmuebles ⁴².
- Por un período mínimo de tres años: es decir, abarca tanto la verdadera multipropiedad perpetua, en el tiempo, como derechos personales o reales de carácter periódico y limitado en el tiempo.
- No podrá ser inferior a una semana: esta limitación temporal figuraba también en la Propuesta de Directiva, pero fue suprimida en

men jurídico. *Vid. en este sentido, PERINET-MARQUET, ob. cit., p. 66; LETE ACHIRICA, ob. cit., p. 62.*

⁴⁰ En opinión de BELLANTUONO, la especial atención que recibe la cuestión procedimental y el lograr la transparencia de la contratación, obedece a que la norma comunitaria sigue el Derecho anglosajón, *vid. BELLANTUONO, Schede di lettura, «Riv. Critica del Diritto Privato», anno XIII, núm. 4, p. 831.*

⁴¹ La expresión «*grupo de contratos*» es nueva en el texto definitivo de la Directiva, tanto la Propuesta inicial como la modificada tan sólo hacían referencia a «*contrato*». Como oportunamente ha señalado LETE ACHIRICA con la nueva redacción «*se intenta así englobar los denominados contratos vinculados o conexos, que constituyen una pluralidad coordinada de contratos al servicio de una operación económica unitaria. En el caso de la multipropiedad, su adquisición puede ir acompañada de un contrato de préstamo que cubra total o parcialmente el precio a pagar por el adquirente, supuesto que regula el artículo 7 de la Directiva, pero también de otros contratos relativos a la utilización de servicios e instalaciones del inmueble o conjunto inmobiliario*». *Cfr. LETE ACHIRICA, ob. cit., p. 96.*

⁴² Ha desaparecido de la definición la distinción de si se trata de un inmueble construido o por construir que figuraba en la Propuesta modificada de la Directiva. Este aspecto quedará, en su caso, incluido entre los datos mínimos que deben figurar en el contrato, *ex letra d)* del Anexo.

la Propuesta modificada de Directiva donde tan sólo se hacía alusión a que fuera un período del año que podría determinarse.

- Por un precio global: esta exigencia excluye la posibilidad de configurar el tiempo compartido como un contrato de arrendamiento.

Con esta definición de contrato de adquisición de un derecho de utilización, de uno o más inmuebles, en régimen de tiempo compartido se legitiman todos los posibles casos de disfrute a tiempo compartido de un bien inmueble.

La TzWrG alemana, en la misma línea que la Directiva comunitaria, ampara también cualquiera de las formas contractuales existentes a este propósito ⁴³. Según el §1 II, el derecho objeto de este tipo de contratos puede ser un derecho real u otro derecho, señalando a modo de ejemplo, que el mismo puede ser concedido a través del reconocimiento de la condición de miembro de una asociación o como participación en una sociedad. La Ley alemana no emplea la expresión de la Directiva comunitaria «derecho de utilización» sino la de «derecho real u otro derecho», lo que deja más clara la inclusión de aquellos contratos que proporcionan un derecho de propiedad.

Los modelos contractuales más frecuentes con que aparece este fenómeno, en la práctica alemana, son, fundamentalmente, los siguientes ⁴⁴:

- Modelo derecho real. Hay que tener en cuenta que, en el Derecho alemán, la regla general es el «*numerus clausus*» de los derechos reales. Jurídicamente no es posible fraccionar el derecho de propiedad temporalmente. La inscripción en el Registro de la Propiedad inmobiliaria no se admite para una semana determinada del año, tanto si se trata de la propiedad inmobiliaria, según el Código Civil alemán (§ 925 II BGB), como según la Ley de Propiedad Horizontal (§ 4 II, fr. 2 WEG). Sí se admite la posibilidad de que varios propietarios formen una comunidad por cuotas, donde puede haber un acuerdo respecto a la administración y utilización del inmueble.

⁴³ Vid. Proyecto de Ley del Gobierno Federal sobre la transmisión de derechos de utilización de inmuebles dedicados a vivienda en régimen de tiempo compartido (Gesetzesentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes über die Veräußerung von Teilnutzungsrechten an Wohngebäuden –Teilzeit-Wohnrechtgesetz-TzWrG–), BT-Drs. 13/4185, de 21 de marzo de 1996, p. 10.

⁴⁴ Sobre los modelos más habituales en la práctica alemana, vid. especialmente, SCHAAF, «Time Sharing-Modell oder Risiko?», ZIP, 1984, pp. 912 ss.; HILDENBRAND, «Time-Sharing-Verträge in der Rechtspraxis», NJW, 1994, p. 1992 ss.; JÄCKEL-HUTMACHER/TÖNNES, ob. cit., pp. 12 ss.; FAJARDO LÓPEZ, «La multipropiedad en la República Federal Alemana. Doctrina y práctica», ADC, 1996, pp. 271 ss.; TÖNNES, «Zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Ferienwohnrechten», RIW, 1996, pp. 125 ss.; MÄSCH, ob. cit., pp. 182 ss.

- Además, el Derecho alemán conoce, en la Ley de Propiedad Horizontal, un derecho real especial de utilización de un inmueble, el derecho de habitación permanente (§ 31). Según la última jurisprudencia ⁴⁵, cabe constituir una comunidad por cuotas respecto de este derecho de habitación. La determinación del uso, respecto de la semana del año, será un asunto resultado de un acuerdo entre los titulares. Lo que no han aclarado todavía los Tribunales es si se puede inscribir el derecho de cada cotitular refiriéndolo a una determinada semana del año.
- Modelo obligatorio, como derecho de crédito. El adquirente realiza un contrato con el propietario del inmueble o el titular de los derechos de utilización, en virtud del cual adquiere un derecho de utilización del inmueble durante una o varias semanas al año, por un período determinado durante varios años. Adquiere dicho derecho a cambio del pago de un precio. Además, tiene que pagar anualmente, en concepto de administración, reparaciones, etc. Se trata, en definitiva, de un contrato atípico al que se aplican normalmente las normas del arrendamiento por su similitud en sus aspectos esenciales, o las del contrato de viajes ⁴⁶ o de hospedaje ⁴⁷. Una variante de esta modalidad es la no adquisición de un derecho de utilización de un determinado inmueble sino puntos canjeables para la utilización de un inmueble entre varios.
 - Modelo fiduciario. En este caso, el titular del derecho de utilización es un tercero. El derecho, en cuestión, es un derecho real. La relación entre el transmitente de este derecho y el tercero constituye un contrato de administración fiduciaria. A través del contrato, el transmitente se obliga a transmitir su posición –o parte de su posición– del fideicomitente al adquirente. Éste, además de celebrar el contrato de adquisición de un derecho de utilización con el transmitente, realiza también un contrato fiduciario con el tercero. El adquirente adquiere, en realidad, un derecho de crédito, una participación de la posición del transmitente frente al tercero, por

⁴⁵ Así lo ha interpretado el Tribunal Federal Supremo alemán, Bundesgerichtshof (BGH), sentencia de 30 de junio de 1995, *NJW*, 1995, p. 2637, habiendo sido denegado anteriormente por el Tribunal Superior de Justicia del Land, Oberlandesgericht (OLG) de Stuttgart, sentencia de 28 de noviembre de 1986, *NJW*, 1987, p. 2023.

⁴⁶ La aplicación analógica de los artículos propios del contrato de viaje (§ 651c ss. del BGB) a esta modalidad inmobiliaria, tiene amparo en cierta jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo alemán, que equipara a estos efectos el contrato de viaje con el alquiler de una vivienda vacacional, cuando haya sido prometido cierto nivel de servicios que finalmente no se presta, o son defectuosamente cumplidos. *Vid.* Bundesgerichtshof (BGH), sentencia de 17 de enero de 1985, *NJW*, 1985, p. 906.

⁴⁷ Para GRALKA, la calificación del «*Time-Sharing*» como contrato de hospedaje ha de producirse en la mayoría de los casos en que se articula el negocio sobre derechos de carácter personal. *Vid.* GRALKA, *ob. cit.*, pp. 75 ss.

tanto, de la posición de fideicomitente. El problema de este modelo es que, muchas veces, aparece la palabra «*real*» o «*derecho real*» en la publicidad o folletos y se da la impresión de que se adquiere un derecho real, mientras el tercero es y sigue siendo el titular del derecho real ⁴⁸.

- Modelo de asociación. El adquirente se hace socio de una asociación a cambio de un precio por el derecho de admisión. Esa cantidad corresponde al precio del derecho de utilización del inmueble en otros modelos. La asociación es propietaria del inmueble o titular de los derechos reales respectivos. Los gastos corrientes se pagan mediante la cuota anual de socio. La forma de asociación de mayor importancia actualmente es la cooperativa registrada con las características jurídicas correspondientes.
- Modelo de sociedad anónima. Se conoce también esta fórmula con la expresión «*Time-sharing flexible*» o «*Hapimag*» –nombre de una entidad titular de derechos de *Time-sharing* en forma de S. A. suiza–. El adquirente adquiere una o varias acciones. En lugar de dividendos se le paga en puntos canjeables por la utilización de uno entre los muchos inmuebles de que disponen en muchas partes del mundo.

Todos estos modelos tienen cabida en la Ley alemana. Incluso los denominados contratos *Time-sharing* flexibles ⁴⁹, aunque el caso más frecuente, en la práctica, corresponde a que una parte del edificio de viviendas sea precisamente una vivienda, ya que, según el § 1 III de la norma alemana, el derecho puede consistir también en la elección de la utilización de un edificio de viviendas, de entre el conjunto de varios complejos.

Frente a la Directiva europea, la Ley alemana no limita el contrato a un período determinado o determinable del año no inferior a una semana. Esta ampliación del ámbito de aplicación se introdujo durante el proceso legislativo ⁵⁰, al principio estaba previsto, también, una semana. La razón de esta ampliación es ofrecer una mayor protección al adquirente. Prever una limitación de una semana podría inducir al vendedor a ofrecer contratos por períodos más cortos para eludir la

⁴⁸ Vid. HILDENBRAND, *ob. cit.*, p. 1993.

⁴⁹ Con el fin de hacer la oferta más atractiva, los promotores organizan también cambios entre los titulares, que pueden, de este modo, ocupar temporalmente unos alojamientos equivalentes a los suyos, en otra estación, en el extranjero, en el mar o en la montaña, conservando todos sus derechos sobre el inmueble. En estos casos, el adquirente puede elegir cada vez el inmueble a utilizar sin adquirir un derecho de utilización de un inmueble determinado.

⁵⁰ BT-Drs. 13/4185, de 21 de marzo de 1996, p. 4 y la Proposición de acuerdo de la Comisión de Justicia (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung), BT-Drs. 13/5865, de 18 de octubre de 1996, p. 2.

norma, siendo en estos casos también manifiesta la necesidad de protección ⁵¹.

La utilización del inmueble, en la Ley alemana, tiene que tener como fin el ocio o la habitación. Sin embargo, la Directiva europea, al definir los contratos de adquisición de un derecho de utilización, de uno o más inmuebles, en régimen de tiempo compartido, no menciona ningún fin. Pero, ya hemos señalado, al analizar la definición de adquirente, que se incluye, en la norma comunitaria, que debe ser excluido un uso laboral o profesional del inmueble. Además de que, en la definición que del inmueble se hace, en esta última norma se tiene por tal «*todo inmueble o parte de un inmueble para uso de vivienda al que se refiere el derecho objeto del contrato*». Queda, por tanto, claro que el uso debe ser de vivienda, excluyendo los locales profesionales, comerciales o industriales ⁵². La Ley alemana, al precisar en su propio título que se trata de inmuebles destinados a vivienda, al referirse a ellos en su §1 IV, se ha limitado a precisar que «*una parte de un inmueble queda equiparada a un inmueble*».

La contraprestación, en la TzWrG alemana, al igual que en la Directiva comunitaria, es el pago de un precio global. De este modo, quedan excluidos los casos de repetida utilización de una vivienda año tras año, pagando cada año ⁵³.

4. FORMALIDADES DE CONTRATO

El derecho a la información se ha convertido, en los últimos años, en un derecho fundamental reconocido a los consumidores. La finalidad de este derecho es facilitar que el consumidor preste un consentimiento contractual claro y reflexivo ⁵⁴. De esta forma, el consumidor decidirá habiendo conocido exactamente el alcance de sus derechos y de sus obligaciones, así como la naturaleza del derecho que adquiere. Pesa sobre los profesionales una obligación de informar porque son quienes disponen de las informaciones precisas de las que normalmente carece el consumidor. Esta carga de informar vendría a paliar el presunto desequilibrio existente en la relación entre consumidor y vendedor ⁵⁵.

⁵¹ BT-Drs 13/5865, p. 4.

⁵² Vid. PERINET-MARQUET, *ob. cit.*, p. 65.

⁵³ BT-Drs. 13/4185, p. 10.

⁵⁴ Vid. ORTÍ VALLEJO y doctrina allí citada, *Comentario al artículo 13*, en «Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios», Madrid, 1992, p. 404. Más recientemente, LLOBET I AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, 1996, pp. 38 ss.

⁵⁵ Vid. GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994, p. 15.

Legislaciones nacionales y Directivas comunitarias sobre protección de los consumidores imponen, para asegurar un eficaz derecho de información, una serie de reglas. Éste ha sido el caso tanto de la Directiva sobre 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, como el de la Ley alemana sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda, en régimen de tiempo compartido, que han adoptado una serie de medidas, con el fin de que el adquirente consumidor esté informado de sus derechos y obligaciones.

4.1 FOLLETO

La norma comunitaria distingue dos momentos a la hora de facilitar la información al adquirente consumidor: un primer momento, que tiene lugar antes de la conclusión del contrato, para permitirle determinar si tiene o no interés en obligarse (art. 3); y, el segundo momento, que está representado por la celebración del propio contrato, con el fin de asegurarse sobre el contenido de todos los elementos de la operación proyectada (art. 4). La misma diferenciación ha sido recogida por la Ley alemana reguladora de esta materia.

En primer lugar, la Directiva impone al vendedor la obligación de proporcionar un documento a cualquier persona que solicite información sobre el inmueble ⁵⁶. Dicho documento deberá contener una descripción general del o los bienes inmuebles, además de, por lo menos, una información precisa y concisa sobre los datos indicados en las letras *a*) a *g*), *i*) y *l*) del Anexo de la Directiva, así como indicaciones sobre la forma de obtener información complementaria ⁵⁷. Además, toda la información contenida en el documento forma parte integrante del contrato ⁵⁸.

⁵⁶ Probablemente, la «*ratio legis*» de la Directiva comunitaria, con esta disposición, sea asegurar que el adquirente, antes de cerrar definitivamente el contrato, haya tenido ocasión de estudiar el objeto del contrato y reflexionar con tiempo suficiente. En este sentido, *vid. MÄSCH, ob. cit.*, p. 194.

⁵⁷ La Directiva, en este punto, ha supuesto una rebaja del nivel de protección respecto al otorgado por el texto propuesto inicialmente. Así, mientras en la Propuesta de Directiva se exigía que constasen en el documento informativo todos los elementos del Anexo, la Directiva sólo se refiere a algunos de ellos en sintonía con la Propuesta Modificada donde se disponía en su artículo 5.1 «...Además de una descripción general del bien al que se refiere el derecho objeto del contrato, dicho documento deberá facilitar al menos información concisa y precisa sobre los elementos indicados en las letras a), c), d), f), g), y k) del Anexo, así como indicaciones sobre la forma de obtener informaciones complementarias».

⁵⁸ Idéntica disposición se recoge en la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Sobre este concreto aspecto, puede ser consultado: GÓMEZ CALLE, *El contrato de*

Se incluye una disposición específica para atender aquellos supuestos donde se quieran introducir cambios, en la información contenida en el documento, que sólo podrán ser resultado de circunstancias ajenas a la voluntad del vendedor. Los cambios introducidos en dicha información deberán comunicarse al adquirente, antes de la celebración del contrato, y deberán hacerse constar en el mismo explícitamente.

El legislador comunitario, consciente de la importancia y de la diversidad de los medios de comunicación, por los que se emite la publicidad, ha dispuesto que «*Cualquier publicidad que se refiera al inmueble de que se trate indicará la posibilidad de obtener el documento, mencionado en el apartado 1, y dónde puede solicitarse dicho documento*»⁵⁹ (art. 3.3). No queda claro a qué tipo de publicidad se refiere, si a una publicidad de simple reclamo o a una publicidad con valor informativo⁶⁰, ya que sólo a esta última se puede otorgar una función integradora en el contrato, en palabras del profesor Lasarte Álvarez⁶¹, «*como derivación de la propia fuerza de obligar del ordenamiento jurídico*» y no por la presunta o tácita intención de las partes. Esta integración se produciría respecto de algún dato informativo no incluido expresamente ni en el documento informativo ni en el contrato. El problema se encontrará cuando esta publicidad informativa no se corresponde con lo recogido por el folleto informativo, en cuyo caso, parece que debería prevalecer este último porque al ponerse a disposición del adquirente ya se le está informando de las «verdaderas» condiciones de la operación inmobiliaria proyectada. Ello no sería obstáculo para que el vendedor fuera objeto de un control general de deslealtad competencial, a causa de su actividad publicitaria, ya que no puede alimentar el proceso de decisión del adquirente consumidor con una información falsa o incorrecta, ni puede interrumpirlo o forzarlo en ninguna de sus fases⁶².

viaje combinado, Madrid, 1998, pp. 108-109; LASARTE ÁLVAREZ, «Protección al consumidor y carácter vinculante del folleto informativo en los viajes combinados», *RCDI*, 1997, pp. 2197 y ss.; SANTOS MORÓN, «El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados», *EC* núm. 42, pp. 23 ss.

⁵⁹ Llama la atención, sobre esta disposición, DE LEÓN ARCE, *ob. cit.*, p. 202.

⁶⁰ Para esta diferenciación, *vid.* Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, 5.ª ed., Madrid, 1996, p. 328; MORALES MORENO, «Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8.º de la LGCU)» en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. VIII, Madrid, 1988, pp. 682 a 685; PASQUAU LIAÑO, «Comentario al artículo 8» en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pp. 139 ss.; GÓMEZ LAPLAZA, *Comentario a artículos 1261 a 1280*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XVII, vol. 1-B, Madrid, 1993, p. 98; CABALLERO LOZANO, «Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia», *AC*, 1996, p. 294.

⁶¹ *Cfr.* LASARTE ÁLVAREZ, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia de 27 de enero de 1977)», *RDP*, 1980, p. 71.

⁶² *Vid.* por todos, MASSAGUER FUENTES, «Voz: Competencia desleal», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Madrid, 1995.

El §2 I, fr. 1, de la TzWrG alemana, establece que el transmitente tiene que entregar un folleto a quien manifieste interés⁶³. La obligación establecida se entiende como un auténtico deber de información precontractual. El transmitente tiene esta obligación independientemente de que el interesado exija el folleto⁶⁴. De esta forma, se le impide al transmitente poder alegar que el adquirente no ha exigido un folleto⁶⁵.

Los datos exigidos en el folleto⁶⁶ alemán se corresponden –incluso en parte literalmente y en su orden de exposición– con los exigidos en la

⁶³ El legislador alemán ha entendido la Directiva en este punto en el sentido de «obligación». Pero para MÄSCH no tiene que ser necesariamente así por las siguientes razones: 1.º) la Directiva quiere limitar la libertad contractual respecto al contenido pero no en el aspecto de con quién contratar; si el transmitente puede contratar con quien quiera, tampoco se le puede obligar a entregar un folleto a toda persona que manifieste interés. 2.º) Si se tiene en cuenta la regulación de la lengua del folleto, es absurdo entender el deber como obligación; el transmitente debería de disponer en cada momento de folletos en todas las lenguas de la Unión Europea. 3.º) El legislador alemán tendría que haber tenido en cuenta no sólo las palabras de la Directiva europea, sino la finalidad y podría haber previsto, que a cada adquirente se le tiene que haber entregado, antes de cerrar el contrato, un folleto combinado, además con un plazo de tiempo entre la entrega del folleto y la firma del contrato. *Vid. MÄSCH, ob. cit.*, pp. 194-195.

⁶⁴ BT-Drs 13/4185, p. 10.

⁶⁵ *Vid. MARTINEK, ob. cit.*, p. 1395.

⁶⁶ El folleto tendrá que especificar, según el § 4 I, lo siguiente: 1. Nombre y domicilio del transmitente del derecho de utilización y del propietario del inmueble destinado a vivienda o de los edificios destinados a vivienda, en caso de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, nombre comercial, domicilio social y nombre del representante legal, así como la condición jurídica del transmitente en relación con el o los inmuebles destinados a vivienda. 2. Descripción exacta del derecho de utilización junto con la indicación de los requisitos cumplidos o que han de cumplirse todavía, y que son requeridos para el ejercicio del derecho de utilización según el Derecho del Estado en que está situado el inmueble. 3. Que el adquirente no adquiere la propiedad, ni derecho real de habitación/de uso y disfrute, mientras esto no sea efectivamente el caso. 4. Una descripción exacta del inmueble destinado a vivienda y su ubicación, siempre que el derecho de utilización se refiere a un inmueble destinado a vivienda determinado. 5. En el caso de un inmueble destinado a vivienda que se encuentra en proyecto o en construcción, siempre que el derecho de utilización se refiera a un inmueble determinado: a) estado de las obras y de los trabajos de las instalaciones de servicios comunes como por ejemplo, acometida de gas, electricidad, agua y teléfono; b) estimación razonable de la fecha de terminación; c) nombre y dirección de la autoridad competente para permisos de obra y número de registro del expediente del permiso de obra; mientras según la legislación del Estado federado no se exija un permiso de obra, hay que indicar el día en que según las disposiciones del Estado federado se puede comenzar la obra; d) si existen y cuáles son las garantías para la terminación del inmueble y para la devolución de los pagos realizados por el adquirente en caso de que no se termine. 6. Instalaciones de servicios comunes como, por ejemplo, el mantenimiento y la recogida de basuras, que están o estarán a disposición del adquirente, y sus condiciones de utilización. 7. Elementos comunes como piscina o sauna, a los cuales el adquirente tiene o tendrá acceso y, en su caso, sus condiciones de utilización. 8. Los preceptos básicos conforme a los cuales se realizarán: mantenimiento, reparación, administración y dirección del

Directiva comunitaria, con algunas excepciones. La diferencia más importante la encontramos en el § 4 I, número 3, donde se establece: «*Que el adquirente no adquiere propiedad, ni derecho real de habitación/de uso y disfrute, mientras éste no sea efectivamente el caso*»⁶⁷. La razón de su inclusión hay que buscarla en la importancia de este dato respecto de todas las modalidades contractuales existentes en el mercado, pero especialmente respecto del modelo contractual, en el que un fiduciario actúa para la ejecución del contrato. En estos casos se da muchas veces la impresión de que se adquiere un derecho real, aunque realmente no es así⁶⁸. En definitiva, su inclusión puede ser considerada como una medida importante, en aras a la protección del consumidor, al impedir abusos en este sentido.

Otra diferencia consiste en que, frente a la disposición comunitaria, el folleto alemán no tiene que comprender los datos sobre el adquirente lo cual parece lógico pues tal petición puede resultar superflua, al menos, para el solicitante en la fase de información precontractual.

Como se deduce del § 2 III, los datos comprendidos en el folleto son vinculantes. El folleto debe describir el objeto de un futuro contrato, de acuerdo con la realidad, por lo que: «*Antes de la celebración del contrato el transmitente puede acometer algún cambio con respecto a los datos contenidos en el folleto, siempre y cuando sea necesario, por razón de circunstancias sobre las que no ha podido ejercer su influencia*». Esta disposición tiene su fundamento en el Derecho de la compe-

inmueble o de los inmuebles. 9. El precio que hay que abonar por el derecho de utilización; bases para el cálculo y el importe estimado de los gastos corrientes que habrá de abonar el adquirente por las instalaciones y elementos señalados en los números 6 y 7, al igual que por la utilización del respectivo inmueble destinado a vivienda, en especial por los impuestos y tasas, gastos de administración, mantenimiento, reparación y reservas. 10. Si el adquirente puede participar en una regulación para la permuta y/o enajenación posterior del derecho de utilización en su totalidad o para un período de tiempo determinado, y la cuantía de los gastos que se deriven de ello, caso de que el transmitente o un tercero medien en una permuta y/o una enajenación posterior.

(II) El folleto tendrá, además, que comprender los siguientes datos:

1. Una advertencia en cuanto al derecho de revocación del adquirente conforme al artículo 5; denominación y domicilio del destinatario de la revocación; una advertencia referente al plazo de revocación y, asimismo, que el plazo de revocación queda salvaguardado mediante envío en tiempo oportuno de la manifestación de revocación. El folleto tendrá que señalar, en su caso, los gastos que el adquirente tendrá que satisfacer en el supuesto de revocación, de acuerdo con el artículo 5, párrafo 6, frase 3. 2. Una advertencia referente a cómo solicitar información adicional.

⁶⁷ Este requisito se introdujo durante el proceso legislativo, Cfr. BT-Drs. 13/4185, p. 5; BT-Drs. 13/5865, p. 4.

⁶⁸ Vid. en este sentido, HILDENBRAND, *ob. cit.*, p. 1993. Ésta ha sido también la interpretación dada por la sentencia del Tribunal Federal Supremo alemán, de 30 de junio de 1995, NJW, 1995, p. 2637.

tencia⁶⁹. Las partes podrán acordar, en el contrato, un contenido distinto al del folleto pero sólo cuando haya un acuerdo expreso e indicación manifiesta de la modificación (§ 3 III, fr. 1). Tales modificaciones tendrán que ser comunicadas al adquirente, antes de la formalización del contrato (§ 3 III, fr. 2).

4.2 CONTRATO ESCRITO

Por otra parte, la Directiva comunitaria precisa que el contrato debe hacerse obligatoriamente por escrito, debiendo contener, al menos, los datos que se mencionan en el Anexo⁷⁰. En este último, figuran,

⁶⁹ BT-Drs. 13/4185, p. 10.

⁷⁰ Los datos que figuran en el Anexo son los siguientes: *a)* Identidad y domicilio de las partes, con indicación precisa de la condición jurídica del vendedor en el momento de la celebración del contrato, así como de la identidad y domicilio del propietario; *b)* naturaleza precisa del derecho objeto del contrato, y una cláusula en la que se indiquen las condiciones de ejercicio de ese derecho en el territorio del Estado miembro en el que estén situados el bien o los bienes, y, si estas condiciones han sido cumplidas o, en el caso contrario, las condiciones que todavía deberán cumplirse; *c)* cuando se determine el bien, descripción precisa del bien y de su situación; *d)* si se trata de un inmueble en construcción: 1) fase en que se encuentra la construcción; 2) una estimación razonable del plazo para la terminación del inmueble; 3) si es un inmueble determinado, número del permiso de construcción y nombre y dirección completos de la autoridad o autoridades competentes en la materia; 4) fase en que se encuentran los servicios comunes que permiten la utilización del inmueble (conexiones de gas, electricidad, agua, teléfono); 5) garantías sobre la terminación del inmueble y, en caso de que no se termine, sobre la devolución de cualquier cantidad abonada y, si procede, condiciones en que se ofrecen dichas garantías; *e)* servicios comunes (alumbrado, suministro de agua, mantenimiento, recogida de basuras) de los que puede o podrá disfrutar el adquirente, y condiciones de tal disfrute; *f)* instalaciones comunes, como piscina, sauna, etc., a las que el adquirente tiene o podría tener acceso en su momento y, si procede, condiciones de este acceso; *g)* principios con arreglo a los cuales se organizarán el mantenimiento y su correspondiente servicio, así como la administración y la gestión del inmueble; *h)* indicación precisa del período durante el cual podrá ejercerse el derecho objeto del contrato y, si procede, duración del régimen en vigor; fecha a partir de la cual el adquirente podrá ejercer el derecho objeto del contrato; *i)* precio que deberá pagar el adquirente por el ejercicio objeto del contrato; una estimación del importe que deberá abonar por la utilización de las instalaciones y servicios comunes; base del cálculo de la cuantía correspondiente a los gastos derivados de la ocupación del bien inmueble por el adquirente, de los gastos legales obligatorios (impuestos, contribuciones) y de los gastos administrativos complementarios (gestión, mantenimiento y su correspondiente servicio); *j)* cláusula que estipule que la adquisición no supondrá desembolso, gasto u obligación alguna distintos de los mencionados en el contrato; *k)* si existe la posibilidad de participar en un sistema de intercambio o reventa, o ambas posibilidades, del derecho objeto del contrato, así como posibles costes en caso de que el sistema de intercambio o reventa esté organizado por el vendedor o por un tercero designado por éste en el contrato; *l)* información sobre el derecho de resolución del contrato e indicación de la persona a la que deberá comunicarse la posible resolución, con indicación, asimismo, del modo o los modos de efectuar dicha comunicación; indicación precisa de la naturaleza e importe de los gastos que debería pagar el adquirente con arreglo al

precisamente, los elementos mínimos que el contrato debe contener para que el adquirente pueda decidirse disponiendo de datos de juicio suficientes. Estos datos obligatorios coinciden, básicamente, con los exigidos por la TzWrG alemana. La principal diferencia es que, en el caso de esta última norma, la inclusión de los datos sobre la posibilidad de intercambio o reventa son datos obligatorios, tanto para el folleto como para el contrato, mientras que, en el caso de la norma comunitaria, sólo se exige su inclusión en este último. El § 4 I, número 5 c) contiene una modificación respecto del apartado c) del Anexo de la Directiva debido a una situación normativa parcialmente distinta de la República Federal Alemana ya que, en ésta, no siempre se necesita un permiso de construcción. En estos casos se exige que se indique el día en que, según las normas del Estado Federado de que se trate, se puede comenzar la construcción. Además, el § 4 I, número 9 de la Ley alemana, que se corresponde con el apartado i) del Anexo de la Directiva, incluye las reservas en el importe de gastos corrientes previstos. La crítica realizada a ambas normas, respecto a los datos obligatorios a incluir, tanto en el documento informativo como en el documento contractual es que son demasiado detallistas, pudiendo confundir y no conseguir informar adecuadamente, precisamente, al adquirente, que se ve enfrentado a un «bombardeo» de datos ⁷¹. La enumeración casuística y pormenorizada de informaciones, por muy extensa que se pretenda, nunca podrá ser exhaustiva, en un sector como el de los contratos de transmisión, de un derecho de utilización de inmuebles destinados a vivienda, en régimen de tiempo compartido, máxime si tenemos en cuenta que, tanto la Directiva comunitaria como la Ley alemana, admiten cualquier modalidad. No obstante, aun en defecto de previsión legal, siempre habrá que tener en cuenta el principio de la buena fe ⁷², del que derivan para las partes deberes de conducta leal, entre los cuales se encuentran los de información, tanto en la fase precontractual

apartado 3 del art. 5, en caso de ejercer su derecho de resolución «*ad natum*»; si procede, información sobre las modalidades de resolución del contrato de préstamo vinculado al contrato en cualquiera de los casos de resolución del mismo; m) fecha y lugar de la firma del contrato por cada una de las partes.

⁷¹ Vid. MÄSCH, *ob. cit.*, p. 193.

⁷² El principio de la buena fe fue introducido por la Directiva del Consejo 13/93, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE, 21 de abril de 1993, pp. 29 ss). Este concepto, familiar en los Derechos continentales es, por el contrario, ajeno a los sistemas de los países del *Common Law* y países escandinavos. Es la razón de que se explicita en el Considerando decimosexto de la propia Directiva que la exigencia de la buena fe consiste en «una evaluación global de los distintos intereses en juego», que «en la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes» y que «los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de una manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta».

como después de perfeccionarse el contrato, como, muy acertadamente, ha puesto de manifiesto Gómez Calle ⁷³.

La información sobre el derecho de revocación se regula de forma considerablemente distinta en la Directiva comunitaria y en la TzWrG. El transmitente, en la Ley alemana, está obligado a entregar al adquirente un contrato o copia del mismo (§3 IV, fr. 1). Disposición que se vuelve a reiterar en el § 5 II, pero añadiendo la obligación de entregar al mismo tiempo una información, por escrito, de su derecho de revocación. Esta información tiene que comprender el nombre y domicilio del destinatario de la revocación y, además, los gastos que el adquirente deberá de satisfacer, en el supuesto de que el contrato hubiera requerido la autorización notarial y que ello hubiera estado expresamente previsto por el contrato. Esta información deberá ser presentada con claridad tipográfica. Los datos obligatorios a cumplimentar en esta información se corresponden con los exigidos en el apartado 1) del Anexo de la Directiva.

La novedad de la Ley alemana, con respecto a la Directiva comunitaria, reside, precisamente, en la exigencia de una información aparte del clausulado acerca del derecho de revocación. No obstante, la TzWrG, en el derecho de revocación, sigue los respectivos modelos de otras leyes alemanas de protección al consumidor ⁷⁴ como son: la Ley sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos ⁷⁵ (§ 1 HaustürWiG), la Ley sobre crédito al consumidor ⁷⁶ (§ 7 VerbrKrG). En esta normativa, se dispone, expresamente, que dicha información no debe contener otras declaraciones, con la intención de que sea destacada de tal modo que resulte visible y no pase desapercibida para el consumidor, dentro de un amplio clausulado, aunque no necesitará una hoja aparte ⁷⁷.

La Ley alemana sobre la transmisión de derechos de utilización de inmuebles, destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido, conforme a la Directiva, dispone que el contrato se ha de hacer de forma escrita, pero siempre que no se prevea en otras normas una forma más estricta. Éste es el caso, por ejemplo, del contrato de compraventa sobre inmuebles o una parte en copropiedad de los mismos ya que, según el § 313 del BGB, tiene que realizarse ante Notario.

⁷³ Vid. GÓMEZ CALLE, *ob. cit.*, p. 167.

⁷⁴ BT-Drs. 13/ 4185, p. 12.

⁷⁵ Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, BGBl I, de 16 de enero de 1986, p. 122.

⁷⁶ Verbrauchercreditgesetz, BGBl I, de 17 de diciembre de 1990, p. 2840.

⁷⁷ Ésta ha sido la interpretación dada por la jurisprudencia alemana en las sentencias: OLG Köln, de 19 de diciembre de 1986, *NJW*, 1987, p. 1205; BGH, de 12 de diciembre de 1992, *NJW*, 1993, p. 1013.

4.3 LENGUA

En la Propuesta de Directiva, se obligaba a que el contrato estuviese redactado en una lengua que el adquirente declarase conocer. La Directiva ha completado este punto exigiendo que tanto el contrato como el documento informativo *«deberán estar redactados, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad, en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el adquirente, o en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro del que éste sea nacional, a elección del adquirente»* (art. 4). Parece que la redacción final que se le ha dado a la cuestión lingüística, en este tipo de contratos, cumple mejor con la finalidad protectora que tiene la norma, ya que el adquirente difícilmente va a ser protegido si el documento y el contrato están redactados en una lengua que no conoce o que no es la suya propia, sobre todo si tenemos en cuenta que, en muchos casos, el contrato se celebra en otro Estado diferente al suyo de origen. No obstante, se deja la opción a los Estados miembros de imponer la obligación de que el contrato esté redactado, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad, en la lengua o en las lenguas del Estado miembro en que resida el adquirente, y la obligación de que el vendedor facilite una traducción conforme del contrato, en la lengua o en una de las lenguas oficiales, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad del Estado miembro en que esté situado el inmueble. Precisamente, esta obligación de entrega de una traducción jurada no es exigida por la Ley alemana, en el supuesto de que el derecho de utilización se refiera a un conjunto de inmuebles ubicados en distintos Estados (§3 IV).

La TzWrG alemana incluye una regulación especial para los supuestos de contratos que son autorizados por un Notario, remitiendo a las normas de la Ley sobre protocolización notarial (BeurkG). Con esta disposición, la Ley alemana ha hecho uso de la posibilidad abierta por la Directiva europea, en su artículo 4, apartado segundo, último inciso, *«El Estado puede imponer la obligación de que el contrato esté redactado en su lengua»*. Según la BeurkG, se elevan las escrituras notariales, principalmente en lengua alemana. No obstante, el Notario puede realizar la autorización también en una lengua distinta, siempre que se le pida y él la domine de manera suficiente (§ 5 BeurkG). Además, si uno de los partícipes no domina la lengua en que se redacta la escritura, se le tiene que traducir (§ 16 BeurkG). En estos casos, además, según la TzWrG, deberá entregarse al adquirente una traducción jurada del contrato, en uno de los idiomas de su elección, que, según el § 3 I, será: *«El contrato sobre la utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido precisa de la forma escrita, siempre que no se prescriba en otras disposiciones una forma más estricta. Si el adquirente tiene su residencia en un Estado miembro de la Unión Europea, el contrato ha de ser redactado en la lengua de ese Estado. Si el adquirente es ciudadano de otro Estado*

miembro, puede elegir, en lugar de la lengua del Estado de su residencia, la lengua del Estado del que es ciudadano. Si en alguno de los Estados a que se refieren las frase 2 y 3 existen varias lenguas oficiales de la Unión Europea, el adquirente puede elegir también como lengua contractual de entre estas lenguas oficiales. Se aplica el § 125 por vía de analogía».

4.4 CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS FORMALIDADES

La Ley alemana, haciendo uso de las facultades que le concede el artículo 10 de la Directiva, ha previsto expresamente, las consecuencias del incumplimiento de las disposiciones relativas a la lengua en que debe estar redactado tanto el folleto como el contrato, remitiendo al § 125 del Código Civil alemán, por vía de analogía⁷⁸, que regula la nulidad (§ 3 I, fr. 5). Igual sanción merece la infracción del § 3 II, relativo a los contratos autorizados por notario, vistos más arriba. La sanción se produce también si se trata de un contrato que se rige por las normas del contrato de arrendamiento⁷⁹. En los contratos de arrendamiento, el incumplimiento de la forma escrita, en ciertos supuestos, tiene el efecto de que el contrato se convierte en contrato indefinido.

En la Propuesta de Ley alemana⁸⁰, se mencionaba la conveniencia de informar al adquirente sobre la cuestión de la lengua y la posibilidad de elegir de que dispone. Sin embargo, esta recomendación no tuvo su plasmación en el texto definitivo del que tampoco se puede deducir una obligación de informar sobre la cuestión lingüística⁸¹. Parece, pues, una sanción muy dura⁸² la prevista para estos supuestos; quizá hubiera sido más adecuado solucionar este problema a través de la concesión de un nuevo plazo, para subsanar el problema de la lengua o la ampliación del plazo de revocación. Con esta sanción entendemos que podría verse gravemente afectada la seguridad del tráfico jurídico.

La TzWrG alemana prevé una inversión de la carga de la prueba a favor del adquirente si no hay conformidad sobre la entrega del folleto en la lengua debida y a su fecha, o a la entrega del contrato o copia del mismo o de la información sobre un dato obligatorio que falta en el contrato (§ 5 V). Esta inversión se produjo durante el proceso legislativo⁸³.

⁷⁸ El BGB considera explícitamente como un caso de nulidad los defectos de forma establecida «*ad solemnitatem*» por el § 125 donde se dispone que «*Un negocio jurídico que falta a la forma prescrita por la ley es nulo. La falta de la forma determinada por el negocio jurídico, en la duda, tiene igualmente por resultado la nulidad*».

⁷⁹ BT-Drs. 13/4185, p. 11.

⁸⁰ BT-Drs. 13/4185, p. 11.

⁸¹ Vid. MÄSCH, *ob. cit.*, p. 203.

⁸² Así ha sido calificada por MÄSCH, *ob. cit.*, p. 202.

⁸³ BT-Drs. 13/4185, p. 6; BT-Drs. 13/5865, p. 2.

Parece, en principio, básica esta medida para dotar al adquirente de un adecuado nivel de protección, en el supuesto de los contratos de transmisión de un derecho de utilización de inmuebles, en régimen de tiempo compartido. De no ser así, resultaría una carga excesivamente gravosa para el adquirente consumidor demostrar el incumplimiento de obligaciones que incumben única y exclusivamente al transmitente ⁸⁴, pudiendo conducirse dicha situación a desistir en la reclamación de sus derechos.

Las consecuencias de la falta de alguno de los datos obligatorios que deben figurar en el contrato, sobre adquisición de un derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido, serán examinadas en el próximo apartado.

5. DERECHO DE REVOCACIÓN

5.1 EJERCICIO DEL DERECHO DE REVOCACIÓN

Debemos aclarar que no vamos a detenernos en la exposición de las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de revocación, debido a las limitaciones impuestas en el presente trabajo, por lo que nos remitimos a la bibliografía existente sobre el tema ⁸⁵.

⁸⁴ BT-Drs. 13/5865, p. 5.

⁸⁵ Entre la que cabe destacar: LOWE, «Neuerungen im Abzahlungsrecht», *NJW*, 1974, pp. 2259 ss.; REICH, «Abzahlungsrecht und Verbraucherchutz», *JZ*, 1975, pp. 552 ss.; ULMER, *Münchener Kommentar zum BGB III.2*, 2 ed., München, 1986, sub & 1.b) de la AbzG, núm. 10 y sub & 1 de la HWiG, núm. 3; SOERGEL/WOLF, *Bürgerliches Gesetzbuch I*, 12.ª ed., Stuttgart, 1987, sub & 1 de la HWiG, núm. 2; BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, Barcelona, 1993, pp. 244 ss.; ERMAN/KLINGSPORN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I*, 9.ª ed., Münster, 1993, sub & 1.b) de la AbzG, núm. 10 y sub & 1 de la HWiG, núm. 2; MORALES MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1.º-B, Madrid, 1993, pp. 320 ss.; PALANDT/PUTZO, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 52.ª ed., München, 1993, sub & 1 de la HWiG, núm. 12; VERGEZ SÁNCHEZ, «Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles» en *Estudios en homenaje al prof. Broseta*, t. III, Valencia, 1995, pp. 4011 ss.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, «El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991», *RDM*, 1993, núm. 208, pp. 589 ss.; CABALLERO LOZANO, «Una compraventa especial: la venta fuera de establecimiento», *RDP*, 1994, pp. 1047 ss.; PORRES DE MATEO, «Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. En particular, el derecho de revocación del consumidores», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1994, núm. 21, pp. 205 ss.; LLOBET I AGUADO, «El período de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles», *RGD*, 1995, pp. 143 ss.; BECKER y GARCÍA VICENTE, «Ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos», *RDP*,

Con el fin de paliar la rapidez con la que el adquirente se puede obligar así como las agresivas fórmulas de publicidad existentes, la Directiva sobre 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, le concede un plazo de diez días naturales, a partir de la firma del contrato por ambas partes, o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante, durante el cual puede resolver el contrato sin alegar motivos (art. 5.1). La finalidad de este plazo es ofrecer al adquirente consumidor la posibilidad de considerar las obligaciones y derechos que resultan del contrato celebrado. Y, para asegurarse que está informado de dicho plazo de reflexión, se exige que figure, obligatoriamente, tanto en el contenido del documento informativo, como en documento contractual, que dispone de dicha facultad. Se han tomado precauciones para que el adquirente preste un consentimiento libre, reflexivo y veraz ⁸⁶.

La duración del plazo ha variado sensiblemente respecto a la establecida en la Propuesta modificada de la Directiva. En esta última la duración del plazo era de, al menos veintiocho días naturales, a contar desde el momento de la firma del contrato o, en caso de celebración de un contrato preliminar pero jurídicamente vinculante, a partir de la firma de este último ⁸⁷. El texto definitivo de la Directiva ha reducido el plazo de reflexión a diez días naturales ⁸⁸, pero, en el caso de que el último día

1996, pp. 913 ss.; FUSCHS, «Zur disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht», *ACP*, 1996, pp. 313 ss.; RUIZ MUÑOZ, «Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal», *EC*, 1996, núm. 39, pp. 14 ss.; BOEMKE, «Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung», *ACP*, 1997, pp. 161 ss.; GARCÍA VICENTE, *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: El derecho de revocación*, Pamplona, 1997, pp. 111 ss.; KLEIN, *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997, pp. 296 ss.; PARRA LUCÁN, «Comentario al artículo 10», en *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, 1997, pp. 154 ss.; PASQUAU LIAÑO, *Comentario a los artículos 38 a 48*, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, 1997, pp. 338 ss.; LETE ACHIRICA, «A propósito del derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 y su aplicación en el Derecho español», *AC*, 1998, pp. 529 ss.

⁸⁶ Vid. por todos, GHESTIN, *Traité de Droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, 3 ed., Paris, 1993, pp. 444-445.

⁸⁷ El Dictamen del Parlamento Europeo proponía un plazo por lo menos de 21 días naturales, DOCE núm. C176, de 28 de junio de 1993, p. 101.

⁸⁸ En cambio, tanto la Ley austriaca, sobre la adquisición de derechos de uso a tiempo parcial de bienes inmuebles, de 27 de marzo de 1997, como la Ley del Reino Unido sobre el *Timeshare*, aprobada el 16 de marzo de 1992, y reformada y ampliada en 1997, establecen un plazo de catorce días para desistir del contrato. Mientras que la normativa portuguesa contiene un plazo de 7 días que deberá ser modificado para adaptarse a la Directiva comunitaria.

sea festivo, se prolongará dicho plazo hasta el primer día laborable siguiente. Teniendo en cuenta que el bien inmueble está situado en muchos casos, en otro Estado y sometido a una legislación diferente de la del adquirente, parece que dicha reducción supone una disminución del nivel de protección de este último con respecto a la Propuesta modificada de la Directiva. En muchos casos se celebra un contrato de estas características durante las vacaciones, teniendo que decidir el adquirente sobre la revocación antes de volver a casa, es decir, antes de poder pedir consejo dentro del ámbito de su vida habitual. Una posible solución hubiera podido ser diferenciar, como hacía la Propuesta inicial de Directiva, entre un plazo de catorce días naturales y otro de veintiocho días naturales, a contar desde la fecha de celebración del contrato, en función de que el derecho se ejercite en el mismo o en diferente país del de residencia habitual del adquirente ⁸⁹, aunque quizá con plazos de tiempo más reducidos.

Pero la novedad de esta norma comunitaria no reside en el reconocimiento de un derecho ⁹⁰ para resolver el contrato en el plazo ya mencionado de diez días naturales sino en la regulación de las consecuencias de la falta de los datos obligatorios previstos en su propio Anexo. El legislador comunitario ha dispuesto que, si el contrato no contiene dicha información el adquirente tendrá derecho a resolver el contrato en un plazo de tres meses, a partir de su firma. En caso de que, en el plazo de tres meses se facilitara las informaciones en cuestión, el adquirente dispondrá, a partir de ese momento, del plazo de resolución de diez días naturales. Si transcurrido el plazo de tres meses, el adquirente no ha hecho uso del derecho de resolución y el contrato no contiene la información mencionada en el Anexo, aquél dispondrá del plazo de resolución «*ad nutum*» de diez días naturales, a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de tres meses (art. 5.1).

⁸⁹ Así fue recomendado también en su momento por el Consejo Económico y Social, DOCE núm. C 108, de 19 de abril de 1993, p. 2.

⁹⁰ La terminología utilizada para designar este derecho ha variado a lo largo del *iter* legislativo de la Directiva. La Propuesta inicial hablaba de un derecho de retrocompra; en cambio, tanto el Dictamen del Comité Económico y Social como el Dictamen del Parlamento Europeo establecían que dicho derecho debería llamarse «*derecho de rescisión*», expresión utilizada también por la Propuesta modificada de Directiva. Finalmente, la Directiva ha seguido el mismo criterio que la Posición Común, de 4 de marzo de 1994, utilizando la expresión derecho de resolución, razón por la cual será utilizada en este trabajo para referirnos a dicho derecho en el texto comunitario sin que ello signifique un pronunciamiento acerca de su naturaleza jurídica. Es sabido que las Directivas comunitarias tienden a emplear conceptos lo suficientemente amplios para poder dar cabida a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, además de las diferencias existentes entre las diversas lenguas oficiales de la Unión Europea y la circunstancia nada despreciable de que estas disposiciones comunitarias salen adelante después de negociaciones a nivel político y diplomático. *Vid.* sobre este aspecto, TIMMERMANS, *How Can One Improve the Quality of Community Legislation?*, *CMLRev.*, 1997, pp. 1232-1233.

Para ejercer el derecho de resolución, el adquirente enviará antes de la expiración del plazo de reflexión, a la persona cuyo nombre y dirección figuren a tal fin en el contrato, una comunicación (art. 5.2). En el Anexo, letra *l*) se indica que debe figurar como elemento mínimo del contrato, el modo o los modos de efectuar la comunicación de la posible resolución del contrato. Parece pues, que dicha comunicación podrá ser realizada de cualquier modo pero siempre que esté prevista en el clausulado del contrato. Lo que sí es cierto es que el adquirente puede elegir la forma que desee para resolver el contrato que ha celebrado, siempre que su declaración de voluntad llegue a conocimiento del vendedor. Puesto que es el adquirente quien se va a beneficiar de la demostración de haber ejercitado el derecho de resolución le corresponde su prueba. Para evitar futuros conflictos y disponer de un medio de prueba eficaz e irrefutable de que ha ejercido dicho derecho en tiempo, es aconsejable que la forma escogida para ejercer dicho derecho tenga una evidencia ⁹¹ (carta con acuse de recibo, documento de revocación con acuse de recibo, etc.).

El último inciso del artículo 5, apartado segundo, añade que si se hiciera por escrito, bastará que se envíe antes de la expiración del plazo aunque se reciba después. La Directiva ha tomado en consideración para probar que se ha ejercido el derecho a resolver el contrato que otorga, el momento de emisión de la comunicación por el adquirente y no el de recepción por el vendedor ⁹², lo que supone claramente una mayor protección para el primero ⁹³.

En cambio, la Ley alemana exige que la revocación se efectúe por escrito en tiempo oportuno. Se echa de menos en la Directiva la exigencia de que sea suministrado al adquirente un documento de revocación, como ocurre en la Directiva, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, o en la propia Ley alemana, sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda, en régimen de tiempo compartido. Una medida de este tipo facilitaría enormemente las cosas ya que la mayor parte de los adquirentes no tendrán conocimientos jurídicos suficientes, pudiendo resultarles la redacción de una

⁹¹ LETE ACHIRICA apunta al télex como un medio seguro desde el punto de vista de probar la notificación al vendedor del ejercicio por el adquirente del derecho de resolución que le asiste, ya que permite a las partes estar en contacto de forma casi inmediata así como recibir el mensaje en papel. A este respecto, recuerda el artículo 13 de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, donde se dispone que la expresión «*por escrito*» comprende el telegrama y el télex. Vid. LETE ACHIRICA, *A propósito...*, ob. cit., pp. 535-536.

⁹² Tanto la Propuesta inicial como la Propuesta modificada de la Directiva establecían que: «... *Por lo que se refiere al respeto del plazo, basta con expedir la notificación, por carta certificada...*».

⁹³ En este sentido, MUNAR BERNAT, *La Directiva...*, ob. cit., p. 23, nota 14; LETE ACHIRICA, ob. cit., p. 536.

carta de renuncia un escollo importante para ejercitar el derecho de resolución de que disponen. Por otra parte, su entrega no debe entenderse como una incitación a renunciar a los contratos celebrados, sino como un instrumento cuyo fin es recordar simplemente al adquirente que dispone de un derecho de resolución durante un determinado período de tiempo.

La TzWrG alemana diferencia entre varios supuestos de revocación. Por un lado, se tiene en cuenta si se cumplen o no con los requisitos de un contrato válido y, si no es así, cuáles son los requisitos incumplidos. Por otro lado, se diferencia entre los plazos para la revocación –según el caso se prevén distintos plazos– y el comienzo de este plazo.

El supuesto básico está recogido en el § 5 I donde se señala que: *«La declaración de voluntad del adquirente dirigida a la formalización del contrato sólo tiene validez si no la revoca por escrito en el plazo de diez días»*. Añade el último inciso de este mismo apartado, si falta la información, sobre el derecho de revocación, que se tiene que entregar con el contrato, el plazo de diez días comenzará a contar solamente tres meses después de la entrega. En el caso de que no se le haya hecho entrega al adquirente del folleto antes de la celebración del contrato, o no se haya hecho en la lengua debida, el plazo para el ejercicio del derecho de revocación será de un mes (§ 5 III). Esto es una sanción especial no prevista por la Directiva comunitaria, lo cual resulta cuando menos oportuno pues el adquirente necesitará más tiempo de reflexión porque no ha tenido el folleto en sus manos o no estaba redactado en una lengua de comprensión fácil para él. Si faltan ciertos datos obligatorios en el contrato, el plazo para el ejercicio del derecho de revocación empezará a contar a partir de la fecha en la que se le comunique por escrito al adquirente dicha información, a más tardar, sin embargo, tres meses después de la entrega del contrato o copia del mismo. En relación a esta diversidad de supuestos de ejercicio del derecho de revocación, la propia doctrina alemana ha manifestado que la TzWrG establece un sistema de derecho de revocación complicado, poco claro que puede llevar más bien a la confusión con la consecuencia que se practicará con dificultad ⁹⁴.

¿A partir de qué momento comienza a discurrir el plazo de reflexión, y en consecuencia, puede ser ejercido el derecho de revocación? El comienzo del plazo se vincula, en el caso de la Directiva, a la firma del contrato, mientras que la Ley alemana lo vincula a la entrega del contrato o una copia. Parece que esta última opción ofrece más garantías al adquirente ya que con la entrega material del contrato éste puede reflexionar sobre su contenido y su decisión de obligarse. Si se toma como referencia la firma del contrato para el cómputo del plazo, puede correrse el riesgo de prácticas abusivas que dilaten el momento de la entrega

⁹⁴ Vid. MARTINEK, *ob. cit.*, p. 1397.

material del documento contractual con cualquier excusa, pieza fundamental en la información y, por tanto, en la protección del adquirente.

Para garantizar el ejercicio del derecho de resolución, la Directiva comunitaria, en su artículo 5, apartado 4, dispone que no podrá exigírsele pago alguno al adquirente ⁹⁵ y serán los Estados miembros quienes en sus legislaciones adoptarán medidas encaminadas a prohibir cualquier pago de anticipos ⁹⁶. Por ello, la TzWrG alemana prohíbe al transmitente exigir o aceptar pagos del adquirente antes de diez días después de la entrega del documento contractual o de una copia del mismo (§ 7). Esta prohibición completa la protección que proporciona el derecho de revocación. Su finalidad consiste en evitar que el adquirente prescinda de considerar el ejercicio de su derecho de revocación porque ha realizado un pago a cuenta y teme dificultades para su devolución ⁹⁷. Sin embargo, hay quien entiende que esta disposición podría llevar a cierta despreocupación por parte del adquirente precisamente porque todavía no se le exige dinero ⁹⁸. Hay legisladores que han exigido un pago a cuenta, como es el caso del suizo, respecto de las ventas a plazos, con la finalidad precisamente de hacer reflexionar a todos los intervinientes en el contrato ⁹⁹.

La Directiva europea no deja claro si se prohíbe el pago a un fiduciario. Sin embargo, del tenor literal de la TzWrG alemana no podemos deducir su exclusión. Una posible interpretación pudiera ser que si se paga a un fiduciario neutro, se puede admitir un pago a cuenta ¹⁰⁰, aunque queda abierto a la discusión si la norma comunitaria es más restrictiva en este punto.

⁹⁵ En la Propuesta Modificada de Directiva se permitía a las partes contratantes acordar un anticipo siempre que lo hiciesen de forma expresa y a condición de que la cuantía del anticipo no excediese del 5 por 100 del precio de venta; los gastos de tramitación incluidos en dicho anticipo no podían exceder del 1 por 100 del precio de venta y debían indicarse por separado en el contrato. El vendedor debía ofrecer garantías suficientes para el caso de que debiese reembolsar un anticipo. Esta posibilidad fue el resultado de la Enmienda de transacción núm. 58 introducida con ocasión del Dictamen del Parlamento Europeo, DOCE núm. C255, de 20 de septiembre de 1993, p. 70. Nos parece más acertado, en aras a una mejor protección del adquirente, la redacción definitiva que se ha dado al texto de la Directiva que le garantiza totalmente el ejercicio del derecho de resolución, ya que cualquier tipo de pérdida económica por pequeña que fuese puede suponer una cortapisa a su utilización por el adquirente.

⁹⁶ Para HERNÁNDEZ ANTOLÍN, éste es uno de los puntos más discutibles de la Directiva, por los perjuicios que ello va a suponer a las empresas dedicadas a comercializar este tipo de operaciones inmobiliarias. En su opinión, podría haberse protegido igualmente al consumidor, pero de forma menos perjudicial para el promotor, estableciendo la obligación de éste de prestar cauciones o garantías que aseguren al adquirente la devolución de las cantidades recibidas a cuenta. *Vid.* HERNÁNDEZ ANTOLÍN, *ob. cit.*, p. 2060.

⁹⁷ BT-Drs. 13/4185, p. 13.

⁹⁸ *Vid.* MÄSCH, *ob. cit.*, p. 198.

⁹⁹ *Vid.* TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 2 éd., Zurich, 1995, p. 123.

¹⁰⁰ A favor de esta interpretación estaría MÄSCH, *ob. cit.*, p. 199.

5.2 EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE REVOCACIÓN

Según el artículo 5 de la Directiva, apartado tercero, serán las legislaciones nacionales quienes determinarán los efectos del ejercicio del derecho de resolución por parte del adquirente. En algunos ordenamientos jurídicos, la perfección de los contratos de consumo se pospone hasta el transcurso del plazo de revocación. Éste es el caso de la Ley alemana sobre la transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda, en régimen de tiempo compartido, donde: «*La declaración de voluntad del adquirente, dirigida a la formalización del contrato, surtirá efectos únicamente si no es revocada por escrito en el plazo de diez días*» (§5 I). Es decir, si se revoca no se perfecciona el contrato ¹⁰¹.

La extensión de la facultad revocatoria hasta tres meses después de la ejecución completa del contrato en los casos de incumplimiento del deber informativo del derecho de resolución impuesta por la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre, a la que se ha adaptado la TzWrG alemana, dificulta enormemente el entendimiento de la fórmula legal adoptada: perfección diferida o aplazamiento de la perfección al transcurso de los diez días en este caso ¹⁰². Medicus ¹⁰³, refiriéndose a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, señala que esta construcción resulta indefendible, y exige una interpretación correctora, porque si antes del transcurso del plazo ha sido entregado el objeto, el cliente debe estar legitimado para poseerlo. La técnica utilizada por la norma alemana supone regular en contra de lo que es la norma general sobre la eficacia del silencio en el Derecho privado ¹⁰⁴.

Conforme a los principios generales del Derecho, se establece que, en el caso de revocación cada una de las partes está obligada a devolver las prestaciones recibidas (§5 VI, fr. 1). Pero además se regula expresamente:

- La exclusión de una indemnización por servicios prestados así como por la cesión de la utilización de inmuebles destinados a viviendas (§5 VI, fr. 2).
- En el supuesto de que el contrato hubiera requerido la autorización notarial, el adquirente ha de sufragar al transmitente los gastos de protocolización, si así se determina de forma expresa en el contra-

¹⁰¹ Parece que con la solución adoptada por el Derecho alemán se quiere evitar los problemas de calificación jurídica del derecho de revocación, así como a causa del amplio desarrollo que ha adquirido la culpa *in contrahendo*, que propicia la extensión de los efectos del contrato más allá de sus fronteras. Vid. FUCHS, «La Ley alemana sobre la revocación de negocios a domicilio», *ADC*, 1987, pp. 207 y 209; HILDENBRAND, «Time-Sharing-Verträge in der Rechtspraxis (II) (1994-1996)», *NJW*, 1996, pp. 3255 ss.

¹⁰² Vid. RUIZ MUÑOZ, *ob. cit.*, p. 19, nota 43.

¹⁰³ Vid. MEDICUS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 6 ed., München, 1992, p. 253.

¹⁰⁴ Vid. RUIZ MUÑOZ y las referencias allí citadas, *ob. cit.*, p. 20.

to ¹⁰⁵. Pero tal obligación no existirá cuando no se haya hecho entrega del folleto antes de celebrar el contrato o no se haya redactado en la lengua debida; así como cuando falte uno de aquellos datos obligatorios que tiene el efecto de retrasar el comienzo del plazo de revocación (§5 VI, fr. 4, remitiendo a los apartados III y IV).

5.3 DERECHO DE REVOCACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATOS FINANCIADOS

Según el Considerando 13 de la Directiva, «*en caso de resolución de un contrato de adquisición de un derecho de utilización en régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles cuyo precio esté total o parcialmente cubierto por un préstamo concedido al adquirente por el vendedor o por un tercero sobre la base de un acuerdo celebrado entre éste y el vendedor conviene prever que el contrato de préstamo sea resuelto sin penalidad*». Así, en el caso de que el precio haya sido cubierto en todo, o en parte, por un préstamo concedido por el vendedor o por un tercero, previo acuerdo con el vendedor ¹⁰⁶, el contrato de préstamo quedará resuelto sin penalización, en caso de que el adquirente ejerza el derecho de resolución previsto en el artículo 5 de la Directiva (art. 7). Con esta disposición, se quiere evitar, también, la penalización económica que podría suponer el mantenimiento del contrato de financiación suscrito por el adquirente para poder llevar a cabo la operación inmobiliaria, haciendo uso para ello de la conexión funcional de contratos ¹⁰⁷.

El contrato de crédito quedará resuelto directamente para el supuesto de que sea el proveedor quien financia directamente, no así cuando dicha financiación provenga de un tercero, en cuyo caso se requiere un «*previo acuerdo*» entre ese tercero y el proveedor. Esto último significa que no cabe la resolución del contrato de crédito si el consumidor obtiene el préstamo de persona o entidad que no ha concertado previamente con el proveedor la financiación del contrato de adquisición de un dere-

¹⁰⁵ Es la única salvedad que se ha hecho respecto a los contratos celebrados ante Notario, por lo demás no se diferencia entre contratos hechos ante Notario o no, hecho que normalmente tiene relevancia. Vid. MÄSCH, *ob. cit.*, p. 197; MARTINEK, *ob. cit.*, p. 1397. Así, la HWiG alemana excluía expresamente del derecho de revocación los contratos documentados por un Notario. Exclusión que parece adecuada si se tiene en cuenta el § 17 de la BeurkG alemana que establece que un Notario tiene que informar a las partes contratantes comprensiblemente respecto a los derechos y deberes resultantes de su obligación contractual.

¹⁰⁶ En opinión de HERNÁNDEZ ANTOLÍN, no parece que pueda extenderse al préstamo concedido por entidad financiera al comprador directamente. Vid. HERNÁNDEZ ANTOLÍN, *ob. cit.*, p. 2062.

¹⁰⁷ Vid. sobre esta materia, LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998.

cho de utilización de inmueble a tiempo compartido. El contrato así celebrado debe permanecer como *res inter alios acta*, dada la «separación causal» entre éste y el que da lugar a la adquisición del mentado derecho ¹⁰⁸.

La TzWrG alemana, siguiendo a la Directiva, dedica una norma a la protección del adquirente en los supuestos de financiación del contrato de transmisión de un derecho de utilización de inmuebles, en régimen de tiempo compartido, a través de un contrato de crédito (§ 6). El efecto de la declaración de revocación del primer contrato se extiende por mandato legal al contrato de crédito. Los dos contratos correrán la misma suerte. En otras palabras, la declaración de voluntad del consumidor dirigida a la firma del contrato de crédito tendrá validez únicamente si éste no revoca el contrato de transmisión de un derecho de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido.

La Ley alemana utiliza el término de «contrato de crédito» que comprende cualquier contrato que tiene por fin financiar el contrato principal regulado. En consecuencia, se tiene que interpretar de forma amplia, noción que corresponde a la del § 2 II de la Ley de crédito al consumo. Por tanto, se extenderá también la noción de contrato de crédito a un simple préstamo o a un aplazamiento de pago ¹⁰⁹.

La TzWrG alemana se extiende tanto a los supuestos en que el crédito es concedido directamente por el transmitente como los financiados por un tercero. Lo que se exige a diferencia de la Directiva donde tan sólo se habla de «acuerdo», es que tanto el contrato de utilización del inmueble, destinado a vivienda en régimen de tiempo compartido, como el contrato de crédito formen una «unidad económica». A modo de ejemplo explica la Ley alemana que se da esta unidad cuando el prestamista se sirve de la intervención del transmitente en la preparación o formalización del contrato de crédito (§ 6 II). Esta forma de entender la relación entre ambos contratos corresponde a la de la Ley sobre el crédito al consumidor donde se determina en qué casos un contrato de crédito, para financiar el pago de una compraventa constituye un negocio vinculado al contrato de compraventa en cuestión (§ 9 I VerbrKrG).

Respecto a los efectos, se dispone que cada una de las partes tendrá la obligación de restituir a la otra parte las prestaciones recibidas (§ 6 I, fr. 2). Siguiendo la exigencia de la norma comunitaria de que el contrato de financiación quedará resuelto sin penalización se añade, en el último inciso del § 6, apartado primero, que «*Quedan excluidas las pretensiones por pagos de intereses y gastos contra el adquirente*».

¹⁰⁸ Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Observaciones críticas al Proyecto de Ley de crédito al consumo», *RDBB*, 1995, núm. 56, pp. 1046-1047.

¹⁰⁹ BT-Drs. 13/4185, p. 13.

Han sido regulados de forma específica los supuestos en que el importe del crédito ya hubiera sido abonado al transmitente en el momento de perfeccionarse la revocación, en cuyo caso el tercero quedará subrogado en los derechos y obligaciones del transmitente frente al adquirente y en cuanto a las consecuencias jurídicas de la revocación (§ 6 II, fr. 3). Se tiene que entender como una «*cessio legis*» de los derechos y obligaciones del transmitente al tercero. La intención del legislador es que el adquirente no tiene que enfrentarse al transmitente y además al tercero en caso de revocación, sino sólo a uno de los dos ¹¹⁰. En consecuencia, si al adquirente ya se le ha transmitido un derecho de utilización, él a su vez tiene que transmitírselo al tercero y éste tiene que devolver al adquirente un eventual pago. Nos preguntamos: ¿no habría sido mejor establecer el mecanismo al revés, es decir, que el transmitente ingrese mediante cesión legal en los derechos y las obligaciones del tercero? Al fin y al cabo es la otra parte contratante y en la mayoría de los casos el transmitente quien prepara el contrato de crédito y el adquirente no conoce ni trata con quien le otorga el crédito.

6. CRITERIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La Directiva exige que los Estados miembros adopten las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro ¹¹¹ (art. 9). Con esta disposición el legislador comunitario pretende evitar que se prive al adquirente de la protección que le brinda la ley, a través de un acuerdo sobre la ley aplicable de un Estado extracomunitario ¹¹², lo cual

¹¹⁰ BT-Drs. 13/4185, p. 13.

¹¹¹ El criterio habitual en los contratos de consumidores es el establecido por el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales que mantiene el criterio de elección de la Ley aplicable, salvo que se trate de alguno de los supuestos taxativamente mencionados (oferta precontractual en país extranjero; petición a entidad extranjera no establecida en el país de residencia habitual del consumidor; compra de bienes muebles corporales en el país extranjero mediante viaje organizado por el propio vendedor para tal fin), donde cedería la elección a la ley de residencia habitual del consumidor en todos aquellos aspectos cuyo tratamiento sea más favorable, siempre que se trate de una regulación traducida en leyes imperativas. Sobre esta cuestión, *Vid.* especialmente, DE LEÓN ARCE, *Contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, 1995, pp. 41 y ss.

¹¹² *Vid.* MÄSCH, *ob. cit.*, p. 11; DOWNES, «A propósito del Proyecto de Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: una aproximación crítica a sus aspectos de Derecho Internacional Privado», *La Ley*, 1998, núm. 4503, 19 de marzo de 1998, p. 3.

no significa que se excluya esta posibilidad ¹¹³. Lo que hay que impedir, en definitiva, es que la protección que normalmente recibiría el consumidor, en el caso de que el contrato estuviera conectado exclusivamente al Derecho interno, no sea tenida en cuenta por el hecho de que existan conexiones con otros ordenamientos ¹¹⁴.

Es bastante habitual en la práctica que el transmitente incluya una cláusula respecto a la ley aplicable que resulta favorable a sus intereses. Frecuentemente se acuerda el Derecho de la Isla de Man, ya que muchas empresas dedicadas a estas operaciones inmobiliarias tienen su sede allí, donde se prescinde del derecho de revocación ¹¹⁵.

La TzWrG alemana en este punto va más allá de la Directiva europea. En su § 8 I, se establece que a los contratos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido o contratos para la financiación de los anteriores, que están sometidos a Derecho extranjero, se les aplique, no obstante, la Ley alemana, si el inmueble está situado en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. La norma alemana extiende su aplicación también a contratos que se cierran como consecuencia de una actividad publicitaria o una actividad comercial similar que el transmitente desarrolla en un Estado miembro de la Unión Europea o en otro Estado firmante del Convenio sobre el Espacio Económico Europeo y si, además el adquirente reside en un Estado miembro de la Unión Europea o en otro Estado signatario del citado Convenio del Espacio Económico Europeo.

Sin esta última disposición, la protección de la Ley alemana no se produciría, si el inmueble se encuentra fuera de los ámbitos territoriales referidos —el caso del *Time-sharing* flexible—, si se refiere a un conjunto de inmuebles que se encuentran sólo parcialmente dentro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo. Pero, si hay una estrecha relación con el Derecho de la UE o del EEE, es adecuado dar la protección que otorga la TzWrG alemana ¹¹⁶. Los requisitos para determinar si la relación es estrecha son los arriba citados: la residencia del adquirente y que el contrato sea resultado de una actividad publicitaria o una actividad comercial similar.

Finalmente, el mencionado artículo 9 de la Directiva comunitaria no hace ninguna referencia a la competencia judicial internacional en la materia. Pero siempre que el inmueble afectado por un derecho de utilización de inmuebles, en régimen de tiempo compartido, se encuentre en cualquier Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo,

¹¹³ Vid. DOWNES, *ob. cit.*, p. 2.

¹¹⁴ Vid. VISCHER, «The antagonism between legal security and search for justice in the field of contracts», *R. C. A. D. I.*, 1973, núm. 142, p. 42.

¹¹⁵ Vid. JÄCKEL-HUTMACHER/TONNER, *ob. cit.*, p. 15.

¹¹⁶ BT-Drs. 13/4185, p. 14.

la competencia judicial internacional para conocer de acciones reales que se susciten, se determinará por el artículo 16, apartado primero, del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas, el 27 de septiembre de 1968 o el paralelo, hecho en Lugano, el 16 de septiembre de 1988, según proceda, y corresponderá al Juez del lugar de situación del inmueble. Pero debe tenerse en cuenta que la exclusividad de la competencia se limita a los supuestos de ejercicio de acciones reales y que, para fijar su exacta extensión, se debe atender al Informe oficial Schlosser ¹¹⁷, así como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que ha venido siendo muy restrictiva respecto de lo que debe entenderse por acciones reales ¹¹⁸. Asimismo, el Informe Schlosser mantiene que las acciones mixtas no están sujetas al artículo 16-1 del Convenio de Bruselas, citando a título de ejemplo, las acciones de nulidad, resolución o anulación de una venta de inmueble y, en general, todas las que no estén dirigidas a determinar la extensión y el contenido de la propiedad y posesión de un bien inmueble.

La doctrina ¹¹⁹ alemana ha centrado su crítica en dos aspectos fundamentales: el primero, es el relativo a la falta de una norma de Derecho Internacional procesal, sobre todo falta una regulación del fuero. Pero dicho fallo lo achacan sobre todo a la Directiva comunitaria. En lo que se refiere al segundo aspecto, se señala que parece que el legislador alemán ha malentendido el mandato del legislador comunitario. Este último no dice que los Estados miembros apliquen siempre su Derecho nacional, independientemente de si el supuesto tiene relación con el Estado respectivo. Aplicando la TzWrG alemana, se podría dar el caso de que un Juez alemán tuviera que aplicar la Ley alemana en un litigio entre un transmitente británico y un adquirente francés respecto de un inmueble en Portugal. Esto no tiene ninguna justificación sobre todo si la aplicación –lo que no está excluido– del Derecho francés, británico o portugués resultara más favorable ¹²⁰.

Para concluir, señalar que en la Propuesta inicial de Directiva el artículo 9 tenía un contenido muy similar al artículo 5 del Convenio de Roma. Las posteriores etapas de su tramitación han dado como resultado su actual redacción que, en palabras de Downes ¹²¹, «a fuerza de querer decir poco, ya no dice casi nada, porque se limita a incluir un reforzamiento de la imperatividad de las normas materiales estatales frente a Estados no comunitarios».

¹¹⁷ DOCE C 189, de 28 de julio de 1990.

¹¹⁸ Vid. DOWNES y referencias allí citadas, *ob. cit.*, p. 2.

¹¹⁹ Vid. MARTINEK, *ob. cit.*, p. 1399.

¹²⁰ Vid. MÄSCH, *ob. cit.*, pp. 206 ss.

¹²¹ Cfr. DOWNES, *ob. cit.*, p. 3.

7. IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS CONFERIDOS

Para asegurar la eficacia de la Directiva, se dispone que las cláusulas, por las que el adquirente renuncie a los beneficios que se derivan de la propia Directiva o por las que el vendedor se exima de cumplir las obligaciones que en la misma se establecen, no vincularán al adquirente (art. 8). La justificación de esta declaración se encuentra fundamentalmente en el deseo de proteger al adquirente. Cualquier norma que tenga por finalidad la protección de determinados grupos de personas que se encuentran en determinadas situaciones jurídicas de desigualdad, inferioridad, etc., quedaría en papel mojado si el protegido por ella pudiera renunciar eficazmente a la protección que brinda la norma.

Disposición a la que se ha adaptado la TzWrG alemana a través de su § 9 donde se establece, en su primer apartado, que: «*El acuerdo que difiera de los preceptos de la presente Ley en perjuicio del adquirente es ineficaz*». Sin embargo, si la justificación de la declaración del carácter irrenunciable de los derechos conferidos por la norma, hemos dicho que era la protección del adquirente, carecería de sentido que se prohibiesen las cláusulas que pretenden beneficiarle. Por ello habrá que considerar válidas las cláusulas que sean más beneficiosas para el adquirente que contrata. Con ello no se quiere decir que han de ser cláusulas que amplíen los derechos del adquirente. El beneficio que reciba el adquirente puede ser precisamente la ampliación de sus derechos, pero también pudiera consistir en que los deberes u obligaciones que pesan sobre él sean menos gravosos.

La violación de la norma imperativa puede tener como efecto la nulidad del contrato. ¿Pero habrá que plantearse si interesa anular todo el contrato o solamente considerar nula una determinada cláusula, que se tendrá por no puesta y sustituir su contenido por lo preceptuado por la Ley? La aplicación del principio de la conservación del contrato lleva consigo la incomunicabilidad de la nulidad, en el sentido de que no pueden extenderse esos efectos de la nulidad más allá de lo querido por la Ley. Es decir, «*utile per inutile non vitiatus*». Se habla en estos casos de nulidad parcial puesto que se salva parte del negocio ¹²². Al adquirente consumidor pudiera interesarle más la conservación del contrato que su anulación completa, y querer la sustitución del contenido de la cláusula nula por lo establecido en la ley. De otro modo, el transmitente, como

¹²² Vid. entre otros, MARÍN PADILLA, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos «utile per inutile non vitiatur»*, Barcelona, 1990, pp. 93 ss.; RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la protección de los consumidores*, Valladolid, 1993, pp. 30 ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1995, pp. 22 ss.

consecuencia de la nulidad provocada por él mismo, tendría la posibilidad de anular el contrato para su propio beneficio.

De máxima importancia para el Derecho alemán en esta materia ¹²³ es la disposición contenida en el § 6 de la Ley alemana, para la regulación del derecho de las condiciones generales del contrato ¹²⁴ (AGBG). Tal precepto dispone que «(I) Si las condiciones generales del contrato llegaran a formar parte del mismo total o parcialmente, o resultaran ineficaces, el resto del contrato será válido. El contrato será ineficaz si el mantenimiento del mismo produjera un daño desproporcionado para una parte, aun considerando la modificación prevista en el apartado segundo. (II) En la medida en que las estipulaciones no devienen parte integrante del contrato o son ineficaces, el contenido del contrato se rige por las disposiciones legales. (III) No obstante, el contrato mismo será ineficaz cuando la vinculación al mismo bajo la variación prevista en el apartado II, pueda representar una carga no equitativa para una de las partes» ¹²⁵. La finalidad de esta disposición es proteger al contratante débil y evitar el fraude. Utilizando la terminología empleada por Delgado Echeverría ¹²⁶ se trataría de una «ineficacia parcial con sustitución imperativa de cláusulas» y no de una «ineficacia parcial en atención a la voluntad de las partes». Es decir, la nulidad de algunas cláusulas no acarrea la del resto del contrato, continuando obligadas las partes por aquél. La finalidad de esta disposición es proteger al contratante débil y evitar el fraude. Por tanto, la conservación del contrato se apoya, en estos supuestos, en la voluntad de la ley. Si rigiese la voluntad de los

¹²³ Para ULMER la Ley alemana sobre condiciones generales de los contratos ocupa un puesto central en el Derecho civil alemán, *vid.* ULMER, «Diez años de la ley alemana de condiciones generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», *ADC*, 1988, pp. 763 ss. Pueden ser consultados también, entre la abundante bibliografía existente, los siguientes autores: HEINRICHS, LOWE, ULMER (Hrsg.), *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, Verlag Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern, Köln, 1987; LINDACHER, HORN und WOLF, *AGB-Gesetz Kommentar*, 3 ed., Munich, 1994; HEINRICHS, «AGB-Gesetz Kommentar», en *Palandt BGB*, Munich, 1995; GARCÍA AMIGO, «Ley alemana occidental sobre “condiciones generales”», *RDP*, 1978, pp. 384 ss.; BRANDNER und KUMMER, «10 Jahre Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz in der Rechtsprechung des BGH», *Verbraucher und Recht*, 1987/3, pp. 121 ss.; KLEIN, «La propuesta de anteproyecto de ley de condiciones generales de la contratación a la luz de la ley alemana (AGB-G)», *RJN*, 1989, núm. 8, pp. 119 ss.

¹²⁴ Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BGBl I, de 9 de diciembre de 1976, pp. 3317 ss.

¹²⁵ Con esta norma se modificó el sistema alemán tradicional sobre nulidad parcial, pasando a ser esta última ante condiciones generales la regla general y la excepción los casos de nulidad total. Sobre este aspecto, *vid.* especialmente RUIZ MUÑOZ, *La nulidad...*, *ob. cit.*, pp. 56-58 y 256 ss.; PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, 1998, p. 115, nota 24.

¹²⁶ *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 2, 2.ª ed., Barcelona, pp. 372 y ss.

contratantes, el proveedor podría colocar al consumidor en la tesitura de escoger entre, por una parte, soportar las cláusulas abusivas y las inteligibles, y por otra, impugnarlas y resignarse a la plena ineficacia del contrato, perdiendo de este modo el uso y disfrute a tiempo parcial del inmueble del que tenía verdadero interés ¹²⁷.

Otro instrumento legal que debe servir como medio de integración de las cláusulas inválidas o ineficaces, lo tenemos en la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ¹²⁸ que no aporta al Derecho alemán en esta materia ninguna gran novedad ¹²⁹. En Alemania se desató precisamente una polémica en torno al desarrollo o transposición de la Directiva 93/13/CEE. La opción se planteaba entre una nueva ley sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores o una reforma de la AGBG. La doctrina parecía inclinarse por la segunda de estas alternativas ¹³⁰. Opción esta última por la que se ha inclinado finalmente el legislador alemán que con la Ley de modificación de la AGBG ¹³¹, que entró en vigor en julio de 1996, se ha ampliado de manera consi-

¹²⁷ Vid. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Comentario al artículo 10.4 de la LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, p. 341.

¹²⁸ Sobre esta Directiva, vid. especialmente, PAGADOR LÓPEZ, *ob. cit.*; HEINRICH, «Die EG-Richtlinie über mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen», *NJW*, 1993, pp. 1817 ss.; RUIZ MUÑOZ, «Cláusulas abusivas en la CEE: ámbito de aplicación», *Cuadernos Jurídicos*, 1993, núm. 11, pp. 58 ss.; DAMM, «Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht», *JZ*, 1994, pp. 161 ss.; EMPARANZA, «La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores», *RDM*, 1994, pp. 477 ss.; GARCÍA AMIGO, «Las cláusulas abusivas en el Derecho comunitario: su aplicación a los servicios financieros», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdura*, t. I, Madrid, 1994, pp. 914-915; RUIZ MUÑOZ, «Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la CE*, 1994, núm. 134, pp. 91 ss.; HABERSACK, KLEINDIEK und WIEDENMANN, «Die EG-Richtlinie über mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung», *NJW*, 1995, pp. 153 ss.; VATTIER FUENZALIDA, «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», *RCDI*, 1995, pp. 1523 ss.

¹²⁹ El artículo 6 de la Directiva desarrolla esta materia al establecer: «1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

¹³⁰ Vid. HEINRICH, «Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung», *NJW*, 1995, pp. 153 ss.; SCHMIDT-SALZER, «Das textliche Zusatz-Instrumentarium des AGB-Gesetzes gegenüber der EG-Richtlinie über mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen», *NJW*, 1995, pp. 1641 ss.; SCHMIDT-SALZER, «Recht der AGB und der mißbräuchlichen Klauseln: Grundfragen», *JZ*, 1995, p. 223 ss.; SCHMIDT-SALZER, «Transformation der EG-Richtlinie über mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen in deutsches Recht und AGB-Gestz», *BB*, 1995, pp. 733 ss.

¹³¹ BGBl I 1996, pp. 1013 ss.

derable el ámbito de aplicación del control del contenido y ha acentuado el fin protector de dicha normativa ¹³².

Se añade, en el segundo apartado del § 9 de la TzWrG que: «*Esta Ley se aplicará también si sus preceptos se eluden mediante otras configuraciones*». Esta prohibición de fraude a la ley se encuentra en otras leyes de protección al consumidor ¹³³. Es suficiente un fraude objetivo sin necesidad de un ánimo de eludir. Con la expresión «*otras configuraciones*» se trata de extender el fraude a la ley no sólo a construcciones jurídicas sino también a circunstancias de hecho provocadas por la otra parte contratante ¹³⁴.

¹³² *Vid.* para un primer comentario, ECKERT, «Das neue Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen», *ZIP*, 1996, núm. 29, pp. 1238 ss.; HEINRICH, «Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes. Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen durch den Bundesgesetzgeber», *NJW*, 1996, pp. 2190 ss.; HEINRICH, «Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1996», *NJW*, 1997, pp. 1407 ss.; BÖRNER, «Die «Heilung» von AGB durch die Berücksichtigung vertragsabschlußbegleitender Umstände nach § 24 a Nr. 3 AGBG», *JZ*, 1997, núm. 12, p. 595 ss.; LASS, «Zum Lösungsrecht bei arglistiger Verwendung unwirksamer AGB», *JZ*, 1997, pp. 67 ss.; SCHUHMAN, «Waisenkind des AGB-Gesetzes: der Mustervertrag im Kaufmännischen Individualgeschäft», *JZ*, 1998, núm. 3, pp. 127 ss.

¹³³ *Cfr.* § 7 de la AGBG, § 5 de la HWiG, § 18 de la VerbrKrG.

¹³⁴ *Vid.* sobre esta cuestión, ULMER/BRADNER/HENSEN, *Kommentar zum AGB-Gesetz*, 6 ed., Köln, 1990, *sub* § 7.

