

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 1 ~ AÑO 2003

Separata



LA PROTECCION JURÍDICA DE LA MAL LLAMADA MULTIPROPIEDAD

María Isabel Martínez Gómez



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© María Isabel Martínez Gómez

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 1, 2003

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

LA PROTECCION JURÍDICA DE LA MAL LLAMADA MULTIPROPIEDAD*

María Isabel Martínez Gómez**

RESUMEN: Se trata de hacer un análisis crítico de la ley de 15 de Diciembre de 1998, reguladora del derecho de aprovechamiento por turnos, en donde el legislador, lejos de procurar solucionar los problemas y estafas que por la época se estaban produciendo, complica la situación jurídica.

PALABRAS CLAVE: derecho real, aprovechamiento por turnos, multipropiedad.

SUMARIO: 1. Situación antes de la Ley de 15 de diciembre de 1998.– 2. La Directiva y la Ley española.– 3. Análisis de la ley: naturaleza jurídica.– 4. Forma de constitución del derecho.– 5. Disposición del derecho.

1. Situación antes de la Ley de 15 de diciembre de 1998

En este foro nos hemos planteado problemas o cuestiones que no están resueltas en la normativa y esto es porque la realidad social va más rápido que cualquier previsión legislativa e incluso hemos alabado o criticado enérgicamente determinados aspectos que subjetivamente no nos parecen los más adecuados; no obstante, quiero señalar la importancia que tiene la ley no sólo para los profesionales del Derecho y empresarios, sino también y éste es el objetivo primordial, para el adquirente.

El nacimiento del derecho de aprovechamiento por turnos, dio lugar de nuevo a la polémica que surgió entre los civilistas de si en nuestro sistema y respecto de los derechos reales éstos son *numerus clausus* o *numerus apertus*.

Dejando a un lado las bases jurídicas que fundamentaron ambas posturas (el art. 2 LH y el 7 RH), sí quedó claro que la libertad de creación de nuevos derechos reales, admitida por el Principio de autonomía de la voluntad del art. 1255CC, era en la práctica difícil de mantener, pues difícil era el crear una figura de derecho real totalmente novedosa y que tal figura fuese objetivamente, tal tipo de derecho.

* Publicado inicialmente en <http://www.uax.es/iurisuax> año 2000.

** Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil. Universidad Alfonso X el Sabio.

Hemos de tener en cuenta que lo que se debía crear era un poder directo del titular sobre la cosa, que le atribuyera un señorío más o menos amplio, sobre ella y esto depende del contenido de ese nuevo derecho y no del nombre que las partes le otorgasen, puesto que las resoluciones de la DGRN eran y son el filtro que tendería a evitar la inscripción de falsos derechos reales, aunque esto no sería tan trascendental, puesto que no sólo los derechos reales acceden al Registro, sino también algunos derechos personales.

A mi entender en nuestro sistema prevalece la teoría de *numerus apertus*, no sólo por argumentos jurídicos, sino porque el legislador al ir siempre por detrás de la realidad social y ésta ser cambiante, el derecho también lo debe ser con lo que el acogimiento de la teoría de *numerus clausus* supondrían un serio obstáculo a la propia evolución del mundo jurídico.

La discusión *numerus clausus-apertus* hoy en día no tiene ninguna utilidad práctica y prueba de ello es el surgimiento del derecho de aprovechamiento por turnos que ha dejado de ser atípico por la ley de 15 de Diciembre de 1998.

2. La Directiva y la Ley española

Ahora bien, ¿cual era el panorama antes de la Ley que comentamos ?.

Es difícil encontrar a alguien que al descolgar el teléfono no hubiera recibido una oferta por la cual resultaba agraciado con un premio que consistía en una estancia de X días en un apartamento en la playa, eso sí, previamente debía acudir a una charla que se impartía en un determinado lugar. Aquí es donde algunos empresarios utilizaban técnicas de marketing agresivas y el pobre consumidor, que entró a la charla muy ilusionado, salía aturdido y con la adquisición de algo que no sabía muy bien en qué consistía, sin periodo de reflexión... pero lo peor era que al llegar al lugar donde presumiblemente había adquirido por aquél entonces la “multipropiedad”, sus ilusiones se transformaban en tristeza o en agresividad al comprobar el fraude, el engaño y las promesas incumplidas.

La situación jurídica, era un contrato de adhesión que el consumidor firmaba antes de marcharse de la sala, contrato que frecuentemente contenía cláusulas abusivas y a veces incluían un verdadero delito de estafa, redactadas por el empresario de una manera oscura para que el destinatario, de nivel cultural medio, no las pudiese entender y en las cuales aquél marcaba su esfera de poder al ser la parte económicamente fuerte y la única

“libertad” que tenía el destinatario (a veces prácticamente no existía por las técnicas empleadas), era aceptarlas o no, pero sin posibilidad de discusión sobre su contenido. Hoy en día ocurre lo mismo, el empresario impone sus condiciones, pero ahora tiene que hacerlo dentro del marco de la legalidad.

Todo esto dio lugar en los 80 a múltiples situaciones abusivas en Canarias y Levante a lo que se intentó poner fin, pero no se encontró la forma de encuadrar la institución de la “multipropiedad” y en los distintos borradores el derecho va sufriendo grandes cambios.

Existían dudas sobre si debería ser un derecho real o personal, pero no sólo eso, que ya sería bastante, sino que de ser un derecho real, primero se consideró como cuota de dominio, posteriormente propiedad por períodos, llegando incluso a la solución tremendamente amplia de configurarlo como cotitularidad de dominio, de derecho real limitado o de derecho personal. A mi juicio, lo que se pretendía era proteger al adquirente, pero tal era el afán que no se tenía la seguridad de cuál sería el mejor camino para ello.

Los escándalos destapados no eran algo exclusivamente nuestro, en Europa ocurría lo mismo, competencia desleal, publicidad engañosa estafas, incumplimientos contractuales, etc...

El Parlamento Europeo alertó a la Comisión y se elaboró la Directiva de 26 de Octubre de 1994, cuya finalidad era la protección del adquirente, sentando las bases jurídicas para que sobre ellas y con intención de unificar criterios, los Estados miembros elaboraran sus legislaciones, aunque algunos, como Grecia o Portugal, tenían ya su propia normativa.

A la Directiva sólo le importaba un resultado, la protección del adquirente y dejaba el problema de la naturaleza jurídica al arbitrio de los países miembros, que tenían un plazo máximo de treinta meses para la transposición.

Los aspectos más importantes que recoge la Directiva son: el derecho de información sobre los elementos constitutivos del contrato, las condiciones de transmisión de la información y las formas de resolución; todo lo demás es competencia de los Estados miembros.

3. Análisis de la ley: naturaleza jurídica

El 29 de Abril de 1997, terminó el plazo para la transposición y España seguía sin tener normativa alguna; serían los jueces los que aplicarían la Directiva a los litigios sobre multipropiedad, hasta que el 15 de Diciembre de 1998 nace la tan esperada Ley de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.

Mi propósito, lejos de pretender intentos originales, es resaltar aspectos de la Ley, que a mi juicio, podrían ser mejorados, abriendo una puerta para que juristas de mayor prestigio y de los cuales estoy rodeada, propongan soluciones si así lo estiman conveniente.

Comienzo en primer lugar con la cuestión terminológica, la Exposición de motivos califica acertadamente de inadecuado por equívoco el término “multipropiedad” mencionando expresamente la prohibición en el art. 1.4, pues el nuevo derecho creado de aprovechamiento por turnos no es de ninguna forma una titularidad dominical sino un derecho de disfrute, a pesar de que como en la propia ley se reconoce, es un término que ha calado entre el público y creo sinceramente que durante mucho tiempo será la forma habitual de referirse a este nuevo derecho. En el preámbulo también se alude a lo inadecuado del término “time-sharing” (fórmula utilizada en la Directiva), vocablo no prohibido en el art.1.4 de la Ley de forma expresa pero sí de forma implícita si tenemos en cuenta que el precepto sólo permite denominaciones que no induzcan a confusión y la traducción de “time-sharing” es “tiempo compartido”, siendo precisamente el tiempo lo que no se comparte entre los adquirentes, cuyo derecho es excluyente, con lo que a pesar de no aludirse expresamente en la Ley el término “tiempo compartido” como prohibido, estimo que se incluye entre las denominaciones que inducirían a error.

4. Forma de constitución del derecho

En segundo lugar, en cuanto a su constitución, podrá hacerse como derecho real limitado o como arrendamiento de temporada.

Estas dos posibilidades de creación del derecho de aprovechamiento recogidas en la Ley, no me parece la solución más oportuna y estoy de acuerdo con el contenido del Anteproyecto de decantarse por un único régimen jurídico, esto es, de derecho real, sobre todo por las diferencias existentes entre un derecho real y uno personal y por la inutilidad de hacerse bajo dos formas jurídicas distintas, pretendiendo ofrecer lo mismo.

Mi pregunta es la siguiente, ¿tiene la misma protección jurídica un titular de aprovechamiento por turno constituido bajo la forma de derecho real que si opta por la de derecho personal de arrendamiento de temporada?.

Todos conocemos la eficacia de los derechos reales *erga omnes*, frente a la de los derechos de crédito que es meramente relativa, de tal forma que a pesar de que externamente no se perciban diferencias entre los dos titulares

de aprovechamiento por turnos, uno constituido bajo forma real y otro bajo derecho de crédito, en el ámbito interno sí las hay.

Por ejemplo, ante la defensa frente a las perturbaciones o despojo de un tercero, el titular del derecho real podrá reclamar directamente, mientras que el titular del derecho de arrendamiento de temporada, dejando a un lado los interdictos que los puede interponer el arrendatario no por ser tal, sino por ser poseedor, igual que es poseedor un ladrón y el Derecho le faculta para interponer las acciones posesorias si el dueño de la cosa se la arrebató por la fuerza; una vez pasado el año, no podrá recuperarla directamente, sino que deberá pedir al propietario que le proporcione el goce pacífico de la misma.

El legislador sitúa inconexamente las formas de constitución del derecho, alude a una de ellas en el art. 1.1 y posteriormente nos remite al art. 1.6 para la segunda. Deja claro que el derecho no es cuota indivisa de propiedad (tiene mucho interés en advertir al adquirente que lo que adquiere no es una titularidad dominical), pero sí habrá cotitularidad de derechos de aprovechamiento por turnos.

En el párrafo cuarto establece que:

La reunión de un derecho real de aprovechamiento y la propiedad o una cuota de ella en una misma persona, no implica la extinción del derecho real limitado, que subsistirá durante toda la vida del régimen.

Creo que el legislador lo que ha querido decir aquí es que el titular del derecho de aprovechamiento que se convierte en propietario o copropietario del edificio, debe respetar los derechos de aprovechamiento constituidos, que no son otra cosa que meras del omnímodo poder del propietario, como cualquier otro derecho real limitado, pero en lo que respecta a él mismo, su derecho de aprovechamiento se extingue por consolidación y el tiempo que antes disfrutaba como titular del derecho, ahora lo disfruta en concepto de propietario.

En tercer lugar y en cuanto a su inscripción en el Registro de la Propiedad, el art. 4 señala como constitutiva la inscripción del derecho de aprovechamiento por el propietario del inmueble, sin embargo el art. 14 y refiriéndose a los posibles adquirentes de derechos de aprovechamiento, dice literalmente «podrá inscribirse», con lo cual la inscripción aquí es meramente declarativa.

A mi entender y tal vez desde una perspectiva demasiado germanista, por todo el contenido de la Ley y su intención de protección a los adquirentes, la inscripción debiera ser constitutiva no sólo para el

propietario del inmueble sino también para los posteriores adquirentes de derechos de aprovechamiento por turno, de tal forma que sólo se podría ser titular de tal derecho si se inscribiera en el Registro porque sería ahí donde nacería, donde tendría eficacia jurídica; piénsese sobre todo en las consecuencias de la fe pública registral, el rango, la legitimación registral...

Mi defensa de la inscripción como constitutiva en el derecho de aprovechamiento por turnos para los adquirentes, es precisamente protegerle durante el tiempo que no posee el alojamiento; mi idea no es que el derecho de aprovechamiento sólo nazca por el Registro, mi idea es proteger al adquirente, que normalmente sólo posee un periodo corto de tiempo al año y proteger la efectividad de su derecho respecto de un tercero registral de buena fe y un transmitente de mala fe.

No trato de dar más prestigio al derecho de aprovechamiento por turnos al pretender que la inscripción sea constitutiva, sólo trato de redondear la protección del adquirente, que como sabemos, es el objetivo del legislador en la presente ley.

Siguiendo con el tema de la forma, el contrato se debe realizar por escrito (art. 9), relegándose a la voluntad de las partes (art. 14.1) la elevación a escritura pública y posterior inscripción de la adquisición y transmisión de los derechos de aprovechamiento por turno, ahora bien, ¿está en contradicción con el art. 1280.1 CC?:

Deberán constar en documento público:

1º.-Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

La respuesta es negativa, todos sabemos que este precepto es totalmente censurable, mezcla supuestos de forma *ad solemnitatem* con supuestos *ad utilitatem*, no coordina con el Principio de libertad de forma que existe en nuestro Ordenamiento Jurídico y no afecta a las obligaciones *inter partes*, aunque sí puede afectar a los efectos frente a terceros, pero un análisis de esto se saldría de nuestro tema.

No se debe caer en el error de las imprecisiones jurídicas y exponer como hace el preámbulo de la Ley que la inscripción para el propietario del inmueble es obligatoria, sino constitutiva, porque en aquella, el acto no inscrito es válido a pesar de su no inscripción y sólo si se inscribe gozará de los beneficios que la ley le otorga, es decir la inscripción obligatoria lleva embebida una inscripción declarativa. Inscripción obligatoria no es sinónimo de inscripción constitutiva.

La redacción del art. 14 del Proyecto establecía: «La adquisición y transmisión de derechos reales de aprovechamiento por turno podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad [...]», pero fue enmendada, muy acertadamente, por el Grupo de Coalición Canaria y se eliminó el término “reales”, puesto que de la otra forma sólo tendrían acceso al Registro el derecho de aprovechamiento constituido bajo la forma de derecho real y no en la variante de arrendamiento de temporada, con las inseguridades que esto podría acarrear.

Ahora bien, si fuese constitutiva la inscripción para los adquirentes, nos encontraríamos, no ya con un derecho de arrendamiento que accede al Registro, supuesto permitido en la propia LAU, sino con un derecho de arrendamiento que sólo nacería si se inscribiera en el Registro.

5. Disposición del derecho

Destaco como cuarto punto en esta pequeña exégesis, que al permitir el art. 15 la transmisión del titular de un derecho de aprovechamiento por turnos de su derecho, esto supondrá, obviamente un cambio en la titularidad registral. Si es *mortis-causa* y el derecho tiene naturaleza real se produce la transmisión siempre con las limitaciones temporales y obligacionales que tenía el causante, pero si la naturaleza es de arrendamiento de temporada lo que existe realmente es una subrogación *mortis-causa* y no sucesión, pues el arrendamiento se extingue a la muerte del arrendatario con lo que no forma parte de las relaciones jurídicas transmisibles. Además cabe pensar (la Ley no dice nada al respecto) que la transmisión no sólo puede ser derivativa traslativa, sino también constitutiva, esto es, el titular puede disponer y transmitir un derecho filial o de contenido menor que el suyo propio de aprovechamiento por turno.

El propietario del inmueble, puede disponer libremente de su derecho de propiedad, ahora bien, si decide vender, ¿existirá derecho de tanteo y de retracto a favor de los titulares de aprovechamiento por turnos?. Respecto a los titulares de derecho real la Ley nada dice, pero respecto a los titulares de arrendamiento de temporada, al regularse supletoriamente por la LAU, ésta sí lo recoge.

El legislador, en sus disposiciones generales, al regular el objeto sobre el que recae el derecho, describe un bien inmueble, concretamente un alojamiento «susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio [...]»; esto nos recuerda literalmente al art. 396 del CC que acoge las líneas esenciales de la

propiedad horizontal; ahora bien y este sería otro punto cuestionable, ¿es necesario la división horizontal del edificio para poder constituir los derechos de aprovechamiento por turnos, o es suficiente con la “horizontalidad de hecho”?

Dejando a un lado el problema de si es necesario o no el otorgamiento del título constitutivo para que se aplique el régimen jurídico de propiedad horizontal, si la división horizontal es sólo fáctica, no se concreta de modo exacto el coeficiente que tiene cada alojamiento, con lo que surgirán dudas a la hora de saber cual es la cantidad de contribución a los gastos o servicios; pero ¿qué es lo que establece la Ley de Aprovechamiento por turnos?

El art. 5.3 alude a la posible ausencia en la escritura que regula el régimen de aprovechamiento de la división horizontal del inmueble (imprescindible para que el titular conozca su cuota de contribución a gastos) a diferencia del art. 15.4 que literalmente dice: «deberá prever» la constitución de comunidad de titulares en el documento notarial, con mención a los Estatutos que podrán o no ser elaborados por los titulares de aprovechamiento, cuyos acuerdos se rigen por mayorías distintas de las recogidas en la Ley de Propiedad Horizontal,,que se aplicarán supletoriamente (no quiero pensar en los problemas que pueden presentarse en cuanto a las ausencias a juntas o en el posible nombramiento de un representante para todas las juntas que se celebren y que actúe en todos los asuntos mientras no se le revoque el poder).

Finalmente, el art. 13 de la Ley, de clara redacción, concede al propietario a instancia de la sociedad de servicios, la facultad de resolución del contrato de aprovechamiento por turnos por impago de las cuotas relativas a los servicios, durante un año al menos.

Este plazo de morosidad se redujo, pues inicialmente se pensó que el impago fuese durante dos años consecutivos o tres alternos.

Esta facultad debe ir precedida por un requerimiento, que no será exclusivamente de pago, sino que también deberá incluir en la notificación el derecho que tiene el propietario de usar la facultad de resolución del contrato.

El precepto, regula en su segundo párrafo el deber de consignación a favor del titular del derecho, de la parte que queda del precio correspondiente al tiempo que reste hasta su extinción; no obstante y será lo normal que el empresario inserte en el contrato de aprovechamiento una cláusula penal, que podrá ser atenuada por los Tribunales en la que se pacte la pérdida de todas o parte de estas cantidades que corresponderían al titular del derecho de aprovechamiento.

Hay que tener en cuenta que a pesar de que la Ley es en su mayor parte imperativa, este precepto es dispositivo y puede ser eludido por voluntad de las partes, hecho que no creo que suceda, pues el contenido de este artículo beneficia al propietario y empresa de servicios y no olvidemos que es el propietario el que impondrá sus condiciones bajo la forma de un contrato de adhesión.

Pero al Legislador no le es suficiente con esta garantía que tiene la empresa de prestación de servicios y la refuerza con el art. 14.2, de oscura redacción y sin antecedentes en enmienda alguna.

Se trata de la afección real del derecho de aprovechamiento por turnos, para responder de las dos últimas cuotas «a contar desde el momento de la reclamación por vía judicial o notarial, por todo el tiempo de vida del régimen».

De la redacción de este precepto, no se sabe si son sólo las dos últimas cuotas las sujetas a la afección real o también las posteriores al requerimiento. Hace remisión a la Ley de Propiedad Horizontal para la elección de los procedimientos ejecutivos, incluido el procedimiento monitorio de reclamación de gastos comunes y al extrajudicial hipotecario.

Parece que el espíritu es el mismo que en la Ley de Propiedad Horizontal, el asegurar la contribución a los gastos con una afectación real, en este caso no del alojamiento, sino del derecho de aprovechamiento, al pago del crédito.

Lo pretendido por el Legislador es que en el supuesto de que se produzca la transmisión del derecho, el adquirente responda de las cuotas frente a la sociedad de servicios, reforzando por tanto la garantía del art. 13, garantía que según la resolución de la DGRN de 5 de Enero de 1997, tiene carácter *erga omnes*.

¿A qué cuotas se refiere?, a las que provienen de los gastos por servicios prestados. ¿Ante qué estaríamos si se transmite el derecho por un titular moroso?, ante supuestos de responsabilidad sin deuda. El adquirente de un derecho de aprovechamiento por turnos será responsable del pago de una deuda contraída por el anterior-es titulares.

Para intentar atenuar esto, podría aplicarse lo establecido en la Ley de Propiedad Horizontal, esto es, el documento público mediante el cual se transmite el derecho de aprovechamiento, deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los servicios prestados, debiendo aportar el transmitente, certificación sobre el estado de las deudas, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento del documento público, salvo exoneración expresa del adquirente.

Esta afección real es oponible, a mi juicio, incluso al tercero adquirente registral, ya que al ser la propia ley la que la impone, éste no puede alegar su desconocimiento. La afección es una novación cumulativa de la obligación, apareciendo un nuevo responsable que es el posible adquirente del derecho de aprovechamiento por turnos.

Habría mas puntos en los que merecería la pena detenerme, como la falta de unos criterios básicos que regularan la sociedad de servicios a pesar de que su posterior desarrollo competiera a las CCAA, las disposiciones transitorias, las empresas de intercambio...pero esto haría demasiado larga mi intervención.

Como conclusión, debo decir que han sido diez años de tramitación hasta que por fin la tan esperada Ley de aprovechamiento por turnos ha visto la luz. La intención, como ya he repetido en numerosas ocasiones, es proteger al adquirente, por eso es a veces tan minuciosa y detallista, trata de guiar al propietario que redacta el contrato por el camino de la legalidad, pero adolece de algunas imprecisiones y defectos que serán la jurisprudencia y las resoluciones de la DGRN las cuales con su buen hacer y saber paliarán y afinarán todas las imperfecciones.