



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 9 0 / 1 9 9 7

La Laguna, a 2 de octubre de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre el *Proyecto de Decreto sobre regulación de los alojamientos en régimen de uso a tiempo compartido (EXP. 85/1997 PD)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

Mediante escrito de 1/9/97, se interesa preceptivamente por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno (art. 11.1 y 10.6 de la Ley 4/84, del Consejo Consultivo, LCC, éste en relación con el art. 22.3 de la Ley 3/80, de 22 de abril, del Consejo de Estado) y por el procedimiento ordinario (art. 15.1 LCC) preceptivo Dictamen en relación con el Proyecto de Decreto sobre 'Regulación de los alojamientos en régimen de uso a tiempo compartido' (PD), tomado en consideración por el Gobierno de Canarias en sesión celebrada el 7/8/97, según resulta del preceptivo certificado del pertinente acuerdo gubernativo (art. 48 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo) que acompaña a la solicitud de Dictamen. Estamos, pues, ante un proyecto de norma reglamentaria que pretende ser la pormenorización normativa secundaria de ciertas previsiones legales contenidas en la Ley 7/85, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOTC); particularmente, su art. 46, dedicado, precisamente, a los "alojamientos en régimen de uso a tiempo compartido".

---

\* **PONENTES:** Sres. Fernández del Torco Alonso y Reyes Reyes.

\* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Petrovelly Curbelo.

## II

De la lectura de la norma habilitante se desprende que tiene un contenido más bien escueto, pues en su nº 1 se limita a someter tal específica clase de alojamientos a las disposiciones legales que resulten de aplicación, sean autonómicas, estatales - civil, mercantil, fiscal- , europeas y cualquier otra que resulte de aplicación; en tanto que en su nº 2 se regula el contenido de las "promociones" de tal clase singular de oferta turística. El exceso reglamentario respecto de la habilitación legal de cobertura deberá ser, pues, analizado desde la perspectiva no sólo de los títulos competenciales en la materia, sino también de la óptica de la suficiencia de la norma reglamentaria para incidir de forma independiente en ciertos aspectos de la mencionada actividad que escapan de lo meramente 'turístico', para incardinarse en materia, y por ello en títulos, de diferente naturaleza y alcance. Y es precisamente la existencia de estos otros títulos lo que delimita sustancialmente el alcance de la competencia autonómica para regular, más allá de lo meramente turístico, aspectos instrumentales pero imprescindibles de tal actividad cuya ordenación, conforme al sistema de distribución constitucional de competencias, corresponde al Estado. En efecto, en ésta como en tantas materias existe una imbricación competencial y de títulos que obliga a una cuidada depuración del interés prevalente que en cada caso se pretende alcanzar a los efectos de reconducir la norma proyectada a la materia y título que resulten constitucionalmente idóneos. Tal y como este Consejo ya tuvo ocasión de precisar en asunto asimismo concerniente a 'materia turística' [cfr. DCC 58/1997, de 25 de junio, emitido en relación con el Proyecto de Decreto por el que se regulan las Agencias de Viaje, EXP 47/1997 PD] en esta materia se imbrican los títulos 'turismo', 'defensa de consumidores y usuarios' y 'legislación civil y mercantil', en los términos que extractadamente siguen:

La competencia en esta materia de turismo, como ha quedado expresado, ha sido asumida por la Comunidad Autónoma con carácter exclusivo (...). Al amparo del título referido y con el detalle funcional señalado, la Comunidad Autónoma procedió a aprobar la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOT) (...). Regulación legal que, sin perjuicio de la posible competencia estatal (art. 149.1.13.CE) para "establecer las bases y la coordinación de ese subsector (...) siempre que el fin perseguido responda efectivamente a un objetivo de planificación económica" (STC 75/1989), es de exclusiva responsabilidad de la Comunidad Autónoma. En efecto, "la posibilidad del Estado de incidir sobre la materia de turismo

se ciñe a aquellos extremos que puedan entenderse comprendidos en las bases y coordinación de la planificación económica" (STC cit.). Sin perjuicio, claro está, que el Estado pueda aducir otros títulos con base en los cuales puede regular el régimen jurídico de ciertos aspectos de la actividad turística -también de las agencias de viajes- que no son reconducibles a la materia 'turismo', sino a otras en las que la Constitución ha dispuesto la competencia exclusiva del Estado. A ello volveremos más adelante.

El Proyecto de norma reglamentaria [sin embargo (...)] presenta perfiles propios, también competenciales, no reconducibles a la materia 'turismo', pues sin perjuicio de que es la actividad turística de intermediación la que sirve de soporte material o contexto para tal clase de relaciones, las mismas se ubican, dado su alcance, en la materia "protección de los consumidores y usuarios", siendo por ello intrascendente que el consumo en este caso lo sea de productos turísticos; ámbito de actividad en el que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva (art. 31.3) "de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria y crediticia estatal y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131, 149.1.11 y 13 de la Constitución". Debiéndose significar al respecto que el art. 15 y siguientes LOT regula los derechos del 'usuario turístico', de la que la norma reglamentaria propuesta en este aspecto puede considerarse concreción.

La defensa del consumidor es un principio de la política social y económica, cuya garantía la Constitución impone a los poderes públicos, por lo que su defensa, constitucionalmente garantizada (art. 53.1 CE), "informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (...)" (SSTC 15/1989; 133/1992), que puede ser entendido como "el conjunto de reglas jurídicas que tienen por objeto proteger al consumidor" (SSTC 71/1982; 88/1986). Nos encontramos sin embargo ante un concepto dotado de gran 'amplitud y de contornos imprecisos' (SSTC 71/1982; 95/1984; 88/1986; 15/1989; 62/1991). El carácter 'heterogéneo' (STC 69/1988) de las normas que tienen por objeto la protección del consumidor "y también la plural inclusión de esas normas en sectores distintos (...)" determinan la necesidad de elegir la regla de competencia aplicable" (STC id.). De ahí, el 'carácter interdisciplinario o pluridisciplinario' del conjunto normativo que se conoce como 'defensa del consumidor', en el que pueden incidir, con carácter prevalente, otros títulos como los de legislación civil, procesal o sanidad, en los que el Estado cuenta

con prioridad de acción. Y así, cuando una Comunidad impone a los empresarios el deber de proporcionar a los consumidores una 'información veraz' si se le da con carácter de generalidad aplicándolo a 'toda la contratación' estaría excediendo el ámbito competencial propio, pues una obligación de tal extensión tendrá que hacerse mediante normas civiles" (STC 71/1982). En cambio, si tuviera alcance sectorial "podría considerarse legítimo desde la perspectiva de la adecuada protección de intereses colectivos" (SSTC id.; 62/1991). La Comunidad Autónoma puede "establecer y regular los datos informativos que deban contener las ofertas de venta, siempre, claro está, que refieran a derechos que vengán reconocidos en normas aprobadas por el legislador que ostente la competencia para ello" (STC 284/1993); por lo que si tales derechos expresan materia reconducible a título competencial estatal (contratación; legislación civil), la Comunidad Autónoma no sólo no podría regularlos, sino ni siquiera regular sus datos informativos.

Idéntico es el carácter de aquellas medidas que pretenden proteger al consumidor "frente a los daños que se le ocasionen y que tengan su origen en la adquisición, utilización o disfrute de bienes, medios o servicios, para su uso, personal, familiar o colectivo" (STC id.); lo que supone la consagración del principio *pro dannato*, o de resarcimiento de daño, de forma que cualquiera que sea su formulación, coincida no exactamente con el sistema "plasmado en el Código Civil (arts. 1.808, 1.093 y 1.902, etc.)", la norma ordenadora de un sistema de garantía indemnizatoria sería incuestionablemente de carácter civil. Al respecto, la mencionada STC recuerda que "el régimen de responsabilidad debe ser uno y el mismo para todo el territorio del Estado". Siendo un aspecto importante de la ordenación del mercado, la 'defensa de los consumidores' debe aislarse de la 'defensa de la competencia', que tiene por objeto la regulación de la "situación recíproca de las empresas productoras o distribuidoras en el mercado, en el plano horizontal en cuanto que los sujetos a considerar, es decir, las empresas, compiten en una situación que se quiere de igualdad en el mercado", mientras que en la defensa de los consumidores éstos aparecen como destinatarios "de unos productos ofrecidos por las empresas, productos cuyas condiciones de oferta se pretende regular protegiendo, como indica el art. 51.1. CE, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores" (STC 88/1986).

De igual forma, la 'ordenación del mercado' se distingue de su 'ordenación mercantil' porque ésta tiene por objeto "el ámbito propio de la actividad libre del

empresario mercantil" (STC 88/1986) y, por ello, la regulación de "la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el contenido necesario de aquéllos y éstas" (STC id.). Por ello, las Comunidades Autónomas no pueden producir un *novum* en el contenido contractual, o en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas" (SSTC 71/1982, 88/1986; 62/1991). Los requisitos que debe cumplir "un determinado tipo de contrato incide de lleno dentro del derecho contractual (...) lo que requiere regulaciones uniformes en todo el territorio, por lo que [el título atinente a la legislación civil] ha de prevalecer sobre el título competencial mas genérico de defensa de consumidor y del usuario" (STC 62/1991).

Mas allá del limitado alcance de la norma habilitante o de cobertura, el PD remitido a Dictamen de este Consejo debe ser analizado desde ese triple soporte competencial, operación que, no obstante, debe ser precedida de las siguientes consideraciones.

- La primera de ellas es que la ordenación de los 'contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido' ha sido objeto de preocupación y de regulación por parte de las instituciones europeas, debiendo destacarse a tal efecto la Directiva 94/97/CE, de 26/4, del Parlamento europeo y del Consejo, y cuyo art. 12 impone a los Estados la obligación de poner en vigor las pertinentes disposiciones de transposición "a mas tardar treinta meses después de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas" (29 de diciembre de 1994), por lo que el plazo de transposición finaliza, finalizó, el 29 de abril de 1997, sin que el Estado haya aprobado las normas correspondientes, con los efectos que la doctrina ha estimado se producen en tal eventualidad en relación con la competencia autonómica de intervenir en la materia objeto de la Directiva. Al respecto, en el ya citado DCC 58/1997, este Consejo precisó que:

De conformidad con el art. 189 del Tratado de la CEE, "la Directiva obligará a todo Estado destinatario en cuanto al resultado a alcanzar, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y los medios"; sin perjuicio de que en ocasiones las Directivas puedan tener efecto directo en determinadas condiciones. Se trata, así pues, de un instrumento que llama a la colaboración de los Estados que

serán los encargados de transformar su contenido en normas de Derecho interno, conforme las reglas de distribución de competencias normativas. En efecto, "son las reglas internas de delimitación competencial las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia planteados entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las cuales, por esta misma razón, tampoco podrán considerar ampliado su propio ámbito competencial en virtud de una conexión internacional" (STC 252/1988). El principio de autonomía institucional de los Estados, que remite al Derecho interno la determinación de los órganos y procedimientos de aplicación del Derecho comunitario (DCE 183/1992) exige no sólo la participación de las instituciones centrales del Estado sino también "cuál ha de ser la intervención del Estado y de los Entes territoriales autónomos dotados de facultades normativas en la de aquellos países donde existan" (DCE cit.). Es decir, el hecho de que una materia concreta se encuentre regulada por una Directiva no altera *per se* la competencia atribuida sobre la misma por la Constitución y los Estatutos de Autonomía al Estado o a las Comunidades Autónomas; es decir, el orden de distribución interno de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (SSTC 252/1988, cit.; 64/1991; 236/1991; 79/1992; 80/1993).

Una vez dicho esto, se hace preciso poner de manifiesto la eventualidad de que la ejecución normativa separada en cada Comunidad Autónoma pueda arrojar resultados tan heterogéneos que, en verdad, se contradigan los principios de aplicación uniforme y simultánea del Derecho comunitario, eventualidad que se eludiría con el dictado de textos legales únicos y no la aprobación de disposiciones diversas. Es frecuente por ello apelar a la necesidad de que, en tales casos, el Estado dicte leyes de armonización o a la búsqueda de mecanismos que permitan que, siempre y en todo caso, entre la norma europea y la disposición autonómica se intercale una norma general aprobada por el Estado. Por lo que hace a nuestro sistema constitucional no hay justificación alguna para intercalar una ley estatal entre la norma europea y la autonómica cuando las Comunidades Autónomas disponen de competencias plenas sobre la materia. Ciertamente, siempre será posible aprobar una ley de armonización de las previstas en el artículo 150.3 de la CE, pero este procedimiento extraordinario de actuación no puede transformarse en la clave ordinaria de ordenación de las operaciones de ejecución normativa del derecho europeo. En todo caso conviene tener en cuenta, de una parte, que en una gran mayoría de ocasiones, el Estado, usando poderes ordinarios, podrá dictar

disposiciones de desarrollo o ejecución de normas europeas, de manera que no es ésta una función que protagonicen de ordinario en exclusiva las Comunidades Autónomas; y de otra parte, las únicas normas europeas que, en teoría dejan campo abierto para que las instancias internas puedan seguir operaciones diversas en su ejecución son las directivas -como es el caso que nos ocupa- y sólo con ocasión de su transposición podrá producirse la dispersión temida. Lo cierto es que en la práctica las directivas se aprueban con contenidos tan detallados que al legislador interno no le queda mucho más que hacer que traducir su contenido en una norma interna sin que pueda aportar nada que pueda ser significativo. Siendo ello así, es lo cierto que los riesgos de una excesiva heterogeneidad son menores de lo pensado. Por otra parte, no podemos dejar de mencionar que, en todo caso, el garante del cumplimiento del Derecho comunitario es el Estado con independencia de su organización interna y, en consecuencia, por lo que se refiere a España un incumplimiento o retraso de una Comunidad Autónoma es un incumplimiento del Estado español sin concesiones. En este sentido es suficientemente ilustrativa la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 2 de febrero de 1982 al señalar que *"en general hay que decir que la ejecución de directivas por medio de actos normativos de carácter regional es admisible desde el punto de vista comunitario, al ser libre cada Estado miembro de repartir como considere oportuno las competencias normativas a nivel interno, pero la cuestión radica en que el Estado miembro, cualquiera que sea su estructura, es responsable hacia la Comunidad (...)"*.

- Ciertamente, ha habido intentos de abordar la regulación de una oferta turística especializada que no han acabado dadas, seguramente, las dificultades de optar de entre las posibles por una acabada calificación jurídica del hecho de utilizar un inmueble compartidamente. En efecto, que se sepa hubo un borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos inmobiliarios del Ministerio de Justicia, de diciembre de 1991 y un Anteproyecto de Ley de Tiempo compartido, de la Secretaría General de Turismo, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. La última referencia de la que se dispone es la remisión a las Cortes el 24 de julio de 1997 (aún sin publicar) del Proyecto de Ley sobre Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles -del que se acompaña copia- y del que resulta que el comprador de

este producto turístico no adquiere la plena propiedad del inmueble, sino "un derecho real limitado".

La configuración real o personal del derecho de aprovechamiento, con los pertinentes efectos registrales, procesales, fiscales y penales, es el elemento clave determinante de su naturaleza jurídica. Es más, la referida Directiva (Considerando 3) evidencia la considerable diversidad que en el Derecho de los Estados miembros presenta "la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos", sin que la Directiva pretenda ni "suponga una armonización a escala comunitaria de la naturaleza jurídica" de tales derechos. Sea de carácter real o de carácter obligacional es lo cierto que la configuración de este nuevo contrato se inserta con naturalidad en el campo del Derecho Civil, cuya legislación, recordemos (art. 149.1.8), es competencia exclusiva del Estado con el alcance y matizaciones antes expresados. Es cuestión, pues, que queda excluida de la competencia autonómica, sin perjuicio que la ordenación turística de tal específica oferta sean competencia de la Comunidad Autónoma, por lo demás de carácter exclusiva.

### III

Hechas estas consideraciones generales, puede anticiparse que, con carácter general, el PD se mueve dentro de los títulos competenciales autonómicos estatutariamente previstos [no sólo los antes citados referidos a 'turismo' y 'defensa del consumidor', sino también, aunque sólo muy incidentalmente, el de 'régimen local'; ello, sin perjuicio de las observaciones que a su texto se formulan seguidamente con carácter puntual.

- Art. 4 en relación con el art. 20.

La "tipología de las unidades alojativas (...) habrá de ser común para la totalidad del inmueble o conjunto de inmuebles", lo que parece contradecirse con lo que dispone en el art. 20 PD, conforme al cual la peculiar modalidad alojativa que consideramos "podrá compatibilizarse con la hotelera o de apartamentos turísticos", con los requisitos que en el mencionado precepto se reseñan.

- Art. 7.3.

Se califica como 'intrusismo administrativo' el ejercicio clandestino de esta actividad de alojamiento que, consecuentemente, dará lugar a responsabilidad de aquella naturaleza. Tal concepto '-intrusismo-' responde sin embargo a uno de los delitos de 'falsedades' previsto en el Código Penal (art. 403), para aquel que ejerciere profesión titulada sin título académico o actividad profesional sin título oficial. Si lo que se pretende es reprimir la actividad clandestina, bastaría con remitirse a lo dispuesto en el art. 76.14 LOTC, que contempla ese supuesto como una de las faltas graves.

- Art. 10.3 en relación con el art. 14.4.

Para aquel precepto la actuación en grupo sólo se podrá calificar como 'actuación agresiva' si genera "una situación de acoso" del potencial cliente; para éste, simplemente no se podrá actuar en grupo, dando a entender que el grupo '-dos o mas personas'- por sí sólo ya es acoso.

- Art. 15.

Este precepto, simplemente admonitivo, no empaña ni puede empañar la responsabilidad en la que incurrirían las empresas a la que pertenece el personal que actúa con métodos agresivos; responsabilidad que debería constar expresamente en el texto propuesto.

- Art. 17.

La exigencia de que la empresa explotadora disponga de un título jurídico que le permita la explotación "durante al menos tres años" (apartado 1) y que la "explotación haya sido pactada con la voluntad mayoritaria de los que disponen de la facultad de utilización de los alojamientos (apartado 2) parecen incidir en aspectos relevantes del contrato de alojamiento a tiempo compartido, mas que a aspectos de ordenación turística (aunque no se desconoce el contenido del art. 39.2 LOTC), siendo su regulación competencia del Estado.

- Art. 18.

Nada que objetar a la genérica declaración de responsabilidad de la empresa explotadora (apartados 1 y 2). El apartado 3 sin embargo es matizable pues singulariza, para la eventualidad que contempla, una específica responsabilidad para reparar el daño que no es sino el incumplimiento por la expresa explotadora de las obligaciones que le corresponden respecto de cada usuario de cada turno. Para el PD, la consecuencia es el alojamiento en otro establecimiento de igual o superior categoría y devolución de cuota anual de mantenimiento, lo que sólo podrá ser acordado por el Estado, al insertarse entre las consecuencias derivadas del incumplimiento de los contratos. Es mas, el propio precepto remite a los "términos previstos en la Ley de Ordenación del Turismo en Canarias", para la cual el "incumplimiento de las normas sobre contratación y prestación de servicios turísticos" es falta grave (art. 76.17 LOTC) y "no prestar un servicio según lo convenido entre las partes" (art. 75.4 LOTC) es infracción muy grave, con las sanciones que se señalan en el art. 79 LOTC. En cualquier caso, el PD incorpora para un tipo ya previsto una sanción diferente no prevista en la Ley y, por ello, el Reglamento es de rango más que dudoso para que pueda proceder en tal sentido.

- Art. 19.

De dudosa legalidad la pretensión reglamentaria. Por un lado, porque se incorpora por reglamento una obligación para determinadas empresas turísticas no prevista en la LOTC que desarrolla. En segundo lugar, se incorpora una obligación a cierta clase de empresa turística pero no a las demás, introduciendo una discriminación no fundamentada. Es cierto que las Agencias de viajes poseen obligación similar que recientemente ha sido ordenada reglamentariamente (cfr. DCC 58/97 de este Consejo), pero es que la LOTC (art. 48.4) contemplaba esa obligación. En tercer lugar, el sistema de garantías que se articula deberá responder "del cumplimiento de las obligaciones económicas que se deriven de la prestación de servicios", lo que parece insertarse dentro del contenido obligacional del contrato lo que, una vez más, parece tener naturaleza civil.

- Arts. 22 y 23.

Incorporan derechos y obligaciones no exclusivos de la promoción de esta específica actividad turística, pues su objetivo ya se encuentra regulado por la LOTC (cfr. arts. 14, 30 y 75.7).

- Disposición transitoria segunda.

Incorpora una propuesta normativa de dudoso alcance. Se refiere al principio de 'unidad de explotación' legislativamente considerado y definido por el art. 38 y siguientes LOTC; es decir, "el sometimiento a una única titularidad empresarial de la actividad de explotación turística en cada establecimiento alojativo (...) que corresponda a alguna de las modalidades alojativas previstas en esta Ley". Es decir, desde el 19 de julio de 1995 rige en Canarias el principio de 'unidad de explotación', convenientemente matizado en período transitorio en los términos que resultan de la disposición transitoria tercera LOTC, plazo que ya ha acabado. Qué duda cabe que las empresas que consideramos y que ya se contemplaban en la LOTC (art. 46) estaban sometidas -no se las exceptuaba- al 'principio de unidad de explotación', por lo que pudiera ser discriminatorio que ahora, por Decreto, se les exceptuase, con particularidades, en los términos que resultan de la disposición transitoria que comentamos. Partiendo de esta premisa, cuando la actividad de explotación venga siendo desempeñada por dos o más empresas en un mismo inmueble o conjunto de inmuebles "únicamente quedará habilitada para dicha actividad la que tuviera a su cargo el mayor número de unidades alojativas, ello sin perjuicio de que puedan continuar funcionando las restantes hasta la extinción de sus respectivos títulos habilitantes con un límite máximo, en cualquier caso, de tres años". En principio, la atribución ex reglamento de la explotación a una empresa en detrimento de las demás pudiera lesionar derechos patrimoniales de terceros derivados de un previo contrato en el que, además, se inserta una sociedad administradora que tiene que renunciar a la explotación que será traspasada a otra empresa. Se trata de un supuesto ex novo de fin de actividad que se asemeja a la "clausura o a la retirada de la autorización previa al ejercicio de las actividades turísticas reglamentadas", lo que no es sino una de las sanciones a imponer por comisión de falta turística muy grave (arts. 78.4 y 79.4 LOTC). En suma, por un lado se amplía en tres años la excepción al 'principio de unidad de explotación' legalmente impuesto por la LOTC para toda

explotación turística, con lo que se violenta el precepto legal e incorpora una discriminación, en norma reglamentaria, respecto de los demás establecimientos turísticos. Por otro lado, se otorga la explotación a la empresa que tenga más 'unidades alojativas', lo que por la incidencia que tiene en los derechos vigentes y en las expectativas previsibles debería realizarse mediante norma legal, seguramente estatal.

## C O N C L U S I O N

El Proyecto de Decreto sometido a la consideración de este Consejo se ajusta, con carácter general al parámetro constitucional-estatutario y legal que resulte de aplicación de conformidad con lo razonado en el Fundamento II.

No obstante se formulan a su contenido algunas observaciones puntuales que han tenido acogida en el Fundamento III de este Dictamen.

**VOTO PARTICULAR QUE EL FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. ENRIQUE PETROVELLY CURBELO AL DICTAMEN 90/1997, ACERCA DEL PROYECTO DE DECRETO SOBRE REGULACIÓN DE LOS ALOJAMIENTOS EN RÉGIMEN DE USO A TIEMPO COMPARTIDO. CORRESPONDIENTE AL EXPEDIENTE 85/1997 PD.**

Discrepo del Dictamen en diversas cuestiones. En primer lugar, considero poco adecuada la metodología que se sigue en él para fundamentar la situación jurídica, particularmente competencial, en este supuesto porque no responde a la naturaleza, función y fines de este Organismo.

En segundo lugar, reiterando por demás mi opinión en este tema, no es acertada la inteligencia que expone el Dictamen sobre los títulos competenciales en esta materia, con especial incidencia en la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma (CAC).

En tercer lugar, resulta innecesario el excurso del Dictamen sobre la transposición del Derecho eurocomunitario en general y cierta Directiva en particular, pues la Norma reglamentaria a analizar sólo pretende desarrollar una Ley autonómica en vigor. En idéntico sentido, no ha lugar a la exposición del Dictamen sobre pretensiones armonizadoras u homogeneizadoras estatales. Y, en todo caso, en tales,

excurso y exposición se producen algunas imprecisiones técnicas o comentarios desacertados.

En cuarto lugar, estimo conformes a Derecho los preceptos del Reglamento a aprobar mediante el Acto normativo del Gobierno, con adecuada forma de Decreto, cuyo Proyecto se dictamina, en especial los objetados en el Dictamen, siendo erróneos los argumentos que se utilizan para tratar de fundar esas objeciones, de modo que a mi juicio no pueden ser jurídicamente cuestionados, ni merecen tacha alguna de legalidad.

1. Desde luego, no se acomoda al carácter del Consejo Consultivo y de su función, estatutaria y legalmente ordenado, ni se complace bien con lo que se espera de tal Organismo para procurar alcanzar los fines que jurídicamente se le asignan, el que la argumentación de un Dictamen, especialmente la fundamental o esencial, consista en la reproducción de sentencias de los Tribunales o del Consejo de Estado, como aquí se hace con las del Tribunal Constitucional (TC).

En este sentido, no es aceptable que la opinión de este Organismo sobre el ámbito de ejercicio de una competencia autonómica, particularmente en relación con competencias estatales concurrentes, se limite a una exposición literal de una serie de sentencias del TC, reduciéndose el discurso argumental en la práctica a un mero recorrido por esa jurisprudencia sin apenas más aportación propia que la recolección y ordenación de aquéllas o, a lo más, un ligero comentario *ad hoc* de su contenido.

La opinión que se le pide a este Organismo no puede ser tal cosa. Ello correspondería a un órgano asesor y de grado medio o a un funcionario, a los que se les pregunta cuál es la jurisprudencia del TC en un cierto tema o materia; solicitud además seguramente innecesaria en este momento porque ha de suponerse que su respuesta la conoce ya mediante sus funcionarios, asesores y servicios jurídicos el órgano que recaba el Dictamen y que, por lo tanto, ha manejado dicha jurisprudencia y obrado en consecuencia.

Por su naturaleza y razón de ser el Consejo Consultivo no es una de estas cosas, ni puede convertirse en un mero glosador de la jurisprudencia del TC. Antes bien, lo que se recaba es su opinión original respecto a un Proyecto normativo a la vista de la

normativa constitucional, estatutaria y, en su caso, legal aplicable, aunque también de la jurisprudencia al respecto del TC.

Pero, una cosa es que, alcanzada una conclusión en el tema con esos parámetros e información, se advierta lo que el TC sostiene en este punto, para reforzarla o para advertir que éste mantiene actualmente otra postura al respecto, con todo lo que esto puede conllevar para el Acto normativo proyectado, y otra bien distinta es que la respuesta del Consejo Consultivo sea decir que, en dicho tema o extremo, el TC dice tal cosa y punto, añadiendo un ligero comentario confirmatorio.

Además, el TC no siempre acierta plena o pacíficamente en sus determinaciones o razonamientos, siendo discutibles algunas de sus decisiones o fundamentos. Lo que se comprueba a la luz de la crítica o comentarios doctrinales de sus actos, pero también en cuanto que existen múltiples casos de Votos Particulares, es decir, de discrepancia interna a esas decisiones del Alto Tribunal y, sobre todo, porque no pocas veces éste matiza, modula o altera sus opiniones con otras posteriores.

2. En íntima conexión con lo antedicho, no considero adecuada las aseveraciones del Dictamen relativas a los títulos competenciales en juego en este supuesto, ni las limitaciones que de ello deduce en relación con el ejercicio de la competencia autonómica al respecto. Sin olvidar que, tratándose aquí del análisis de un proyectado Reglamento de desarrollo de una Ley autonómica, tal discurso no parece que corresponda hacerlo aquí y ahora, pues el ejercicio institucionalmente original y normativamente superior de dicha competencia de la CAC fue efectuado al dictarse esa Ley por el Parlamento autonómico.

Así, he de reiterar la opinión por mí expuesta razonadamente en diversas ocasiones de realización de la función consultiva, en concreto al dictaminarse el Proyecto reglamentario sobre Agencias de Viaje, de cuyo Dictamen disentí por este motivo considerándolo ajustado a Derecho y no adecuadas las objeciones efectuadas a sus preceptos. Esto es, la concurrencia de títulos en materia de turismo no puede ser resuelta como se hace en el Dictamen, ni las limitaciones al ejercicio de la competencia autonómica al afecto pueden ser las sustentadas por aquel. Aparte de que esos eventuales límites han de plantearse frente al legislador autonómico, pero no al Poder normativo reglamentario que va a desarrollar la previa Ley del Parlamento en la indicada materia.

Concretamente, la incidencia de títulos estatales, como la legislación civil o la defensa de los consumidores, en materia de turismo no puede impedir a la CAC el ejercicio de su competencia en ésta, aunque al hacerlo deba respetar aquellos y no ordenar asuntos que materialmente no le corresponden. Es más, la normativa estatal dictada en virtud de esos títulos no puede ordenar decisiva o determinadamente materia propiamente turística. Por contra, al regularla la CAC puede incidir normativamente en figuras, situaciones o relaciones reguladas esencial y primariamente por regulación estatal, siempre que no suplante o desconozca ésta, particularmente en relación con las empresas turísticas, como son las dedicadas al alojamiento a tiempo compartido (cfr. artículos 148 y 149, de la Constitución, CE, y 30.21 y 31.3 del Estatuto de Autonomía, EAC).

Esta es la causa por la que estimo ajustada a la CE la Ley autonómica 7/1985, de ordenación de turismo de Canarias (LOT), desde esta perspectiva competencial y, en consecuencia, también este Proyecto reglamentario. A lo que no se opone, por cierto, la jurisprudencia del TC recogida en el Dictamen, ni siquiera aquella que entiendo puede cuestionarse referente a la competencia estatal del artículo 149.1.13, CE, pues no afecta al asunto del que se trata. Como tampoco lo hace la relacionada con la defensa de la competencia, pues, aún cuando sin duda esta materia no puede confundirse con la defensa de los consumidores y usuarios, tal confusión no aparece en la normativa reglamentaria analizada, ni ésta pretende ser establecida en virtud de un título competencial autonómico con esa denominación o con incidencia en asuntos de competencia.

En este orden de cosas, el Dictamen saca una consecuencia incorrecta o cuestionable, por limitativa de la competencia autonómica en materia de turismo y, en conexión con ella, de protección al "consumidor turístico", de la doctrina de la STC 284/1993 que cita. Así, de ésta se infiere que la CAC, ejerciendo sus facultades normativas habilitadas por los títulos antedichos, puede ordenar la exigencia de información veraz o de actividad propagandística adecuada a las empresas turísticas. Y que, en relación con asuntos o derechos cuya regulación compete al legislador, tanto autonómico como aun estatal, como son aquellos propios de la legislación civil y mercantil, puede normar sobre las ofertas de ventas o las actuaciones de orden turístico y administrativo de tales empresas y empresarios.

Incidentalmente, ha de observarse que no puede compartirse la tesis del TC de que la competencia estatal sobre planificación general de la actividad económica ha de entenderse extensivamente hasta incluir la planificación económica sectorial. Es cierto que, la normativa estatal emanada en uso de tal título competencial ha de ser propiamente básica y tener carácter económico y fin planificador para ser ajustada a la Constitución y, por ende, poder limitar la actuación autonómica en ejercicio de sus competencias en este contexto, pero además la extensión competencial y limitadora reseñada no se compadece con la dicción del artículo 149.1.13, CE, ni tampoco viene exigido por el precepto que, con carácter no propiamente competencial, se contiene en el artículo 131.1, CE. Y otra cosa es que la planificación general económica establecida por el Estado condicione la planificación autonómica en los sectores materiales donde la Comunidad Autónoma tenga competencia.

Finalmente, la regla de especialidad frente a generalidad en los títulos competenciales opera en orden a determinar cual es el título habilitante para establecer una determinada norma y, por tanto, para saber que sujeto jurídico-político puede establecerla. Pero ello, aparte de no obstar la habilitación autonómica para ordenar la materia a la que tal norma puede referirse cuando sea estatal la competencia para dictarla, no puede suponer: por un lado, que, cuando la CAC disponga del título específico, no respete las normas estatales que incidan en la materia que define su competencia en virtud de títulos plenos o básicos más genéricos; por el otro, que sea preciso un título específico para que la CAC pueda ordenar cierto tema y no pueda deducirse la habilitación al efecto de otro título material más general que lo incluya, asumido estatutariamente o transferido legalmente.

3. No parece tener sentido, la parte del Dictamen dedicada a la transposición del Derecho eurocomunitario, particularmente de la Directiva 94/1997, cuyo artículo 12 impone a los Estados desde su publicación el 29 de diciembre de 1994 en el Boletín Oficial de las Comunidades Europeas la obligación de poner en vigor en una fecha tope las disposiciones de su transposición. Y ello, en cuanto que los Estados están obligados a alcanzar los resultados determinados en las Directivas, pero, aún siendo libres para hacerlo en cuanto a forma y medios, en el plazo fijado en ellas.

Pero la Norma reglamentaria que se dictamina no es, y menos aún existiendo la LOT en plena vigencia, una transposición de la Directiva 94/1997, sino una regulación

reglamentaria de desarrollo de la citada Ley autonómica. En todo caso, es contradictorio que se diga que una Directiva puede tener efecto directo en ciertas condiciones, lo cual es cierto y cada vez más frecuente, para luego sostener que, en esos supuestos, al legislador estatal sólo le queda efectuar una mera traducción de su contenido en una norma interna.

En realidad, lo que deben hacer los Estados es alcanzar los objetivos definidos o señalados en las normas de las Directivas mediante otras propias de transposición, haciéndolo en el tiempo fijado por aquellas como otra regla más a respetar Y, siendo indiscutible que la existencia de una Directiva sobre una materia no altera la competencia estatal o autonómica sobre la misma en función de las reglas al efecto previstas en la Constitución y, con base en ella, en el Estatuto de Autonomía, también lo es que, en consecuencia, la competencia de transposición de la Directiva corresponderá al "Estado" central o a la CAC según la distribución constitucional de títulos materiales.

Razón por la que, en principio y contra lo que parece insinuarse en el Dictamen, no es necesario que el "Estado" central inicie la transposición en materia de competencia plena autonómica, pero tampoco siquiera cuando aquélla sea de desarrollo o concurrente. Ante el silencio estatal, la CAC puede actuar sus facultades al respecto, respetando la vigente normativa estatal plena o básica y, por supuesto, teniendo en cuenta la ordenación de la Directiva. Puede que el legislador autonómico tenga que hacer ajustes ulteriores cuando el estatal produzca otras normas en la materia afectada en uso de sus títulos pero éstas tampoco pueden separarse de las de la Directiva. Máxime cuando es el entero Estado constitucional, incluyendo las Comunidades Autónomas y el "Estado" central, el responsable ante la Unión Europea de sus obligaciones.

En esta línea, tampoco tiene demasiado sentido hablar de los problemas de homogeneización normativa que pudieran surgir por la actuación autonómica de transposición de Directivas en cierta materia, siendo además el discurso sobre el tema algo extravagante, al ir de un extremo para otro sin saberse con certeza cuál es su conclusión. En cualquier caso, no siempre es posible al efecto dictar una Ley de armonización, no ya porque ésta tiene carácter extraordinario, supuesto irreal cuando el "Estado" central tiene título competencial de orden pleno, básico o

concurrente en la materia en cuestión, sino porque no puede ser previa, debiendo existir primero la ordenación a armonizar. Y, en estas condiciones, difícilmente puede ocasionarse dispersión normativa o incumplimiento de la obligación estatal de resultado por la actuación autonómica.

4. Sobre la base de lo razonado anteriormente ha de mantenerse que son conformes a Derecho los preceptos del Proyecto reglamentario que se cuestionan en el Dictamen, inadecuadamente porque son incorrectos los argumentos usados para hacerlo. En este sentido, se expresan las observaciones que siguen:

- No existe ilegalidad en el precepto del artículo 10.3 ni contradicción del mismo con el del 14.c). Así, aunque pueden ser técnicamente mejorables, no conculcan norma alguna ni vulneran los principios de seguridad jurídica o eficacia normativa, refiriéndose uno a la publicidad en la actividad turística que nos ocupa y el otro a la más concreta de captación de clientes.

- No hay objeción jurídica al uso por el Poder reglamentario de la expresión "intrusismo" que aparece en el artículo 7.3. Y, por supuesto, tal expresión no es exclusiva del Derecho o Código Penal, ni muchísimo menos existe una figura con ese nombre en tal Código que impida a una Norma administrativa usarla en su ámbito, bien diferenciada del penal y perfectamente determinado su objeto y ordenación, cual sucede aquí. El Dictamen yerra también cuando cita al respecto el artículo 76.14, LOT, pues el supuesto de infracción que contempla es distinto al que el precepto proyectado previene, remitiéndose encima adecuadamente a la Ley a los efectos oportunos.

- Tampoco cabe objetar el precepto del artículo 15 por causa o motivo jurídico que pueda encontrarse. Es diáfano que esta norma proyectada no pretende, ni permite que lo pueda hacer alguien en su aplicación, lo que gratuita y forzosamente el Dictamen considera que hace o puede hacer. Y no es jurídicamente preciso que se incluya en el precepto lo que el Dictamen dice impertinentemente. No sólo porque ésta no es su función, sino porque de la ordenación se deduce que las empresas son responsables de los incumplimientos de aquella que constituyan infracción hechos por su personal o por quien actúe en su nombre, incluyendo el desconocimiento de la supuesta "admonición" que este precepto recoge.

- Como este Consejero ya manifestó en su momento al debatirse el Proyecto de Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Turismo, la actual LOT, aunque inapropiadamente no se tramitó su Voto Particular al respecto, es posible entender constitucionalmente procedente la norma del artículo 39.2 de aquella, cabiendo desde luego que su establecimiento sea hecho por la CAC mediante Ley parlamentaria. Por eso, no puede objetarse la regulación del artículo 17 del Proyecto reglamentario, que es perfectamente correcta por ajustarse sin duda al precepto legal antes citado, en vigor y no recurrido en inconstitucionalidad.

- Ha de entenderse que la expresión "matizable" contenida en el Dictamen se usa para cuestionar el artículo 18.3 del Proyecto. Pero este precepto no es cuestionable, pudiendo su mandato ser establecido por la CAC sin tenerlo que ser, encima en exclusiva, por el legislador estatal. Así, en principio la previsión proyectada no puede calificarse sin más de consecuencia autónoma y original del incumplimiento de un contrato. Y no es inconstitucional por incompetencia que la CAC disponga que el titular del derecho del que se trata ha de estar protegido frente a la empresa explotadora del alojamiento en relación con el cual se pretende ejercer, ni tampoco que, en aplicación de la normativa general contractual y en ejercicio de su facultad de normación turística, prevea que, de encontrarse sin su alojamiento, el afectado reciba otro adecuado y se le devuelva el gasto de mantenimiento que ha debido producir para disfrutar de un derecho que se le niega indebidamente.

Por otra parte, es asimismo discutible que esta previsión se califique automáticamente de sanción. En realidad, el propio precepto, en su primer párrafo, se remite debidamente en este punto a la LOT, de manera que la actuación de la que se trata, en cuanto suponga incumplimiento de normas sobre contratación y/o prestación de servicios turísticos, o bien, no prestación de un servicio que genera al afectado fuerte perjuicio, es una infracción grave o muy grave de orden administrativo y ha de ser sancionada en consecuencia. Pero a esto no obsta que se añada el efecto que se contempla en el segundo párrafo del precepto proyectado, sin suponer una sanción administrativa o penal propiamente dicha. Aunque, de serlo, la cuestión deba ser regulada por la Ley y no por un Reglamento.

- Nada puede cuestionarse sobre la adecuación jurídica de los artículos 22 y 23 del Proyecto y, en definitiva, tampoco lo hace el Dictamen, que recoge una

observación de dudosa pertinencia y corrección a su ordenación. La cual en ningún caso puede recibir tacha alguna de legalidad.

-Por fin, la disposición transitoria segunda es conforme a Derecho, siendo improcedente la crítica de inadecuación que le hace el Dictamen. En este tema lo relevante es que el artículo 46.f), LOT establece que el régimen de unidad de explotación en los alojamientos de tiempo compartido tendrá una reglamentación específica, que, justamente, es la que trata de aprobarse mediante el Proyecto de Decreto dictaminado. Por eso, aparte de que la objeción temporal mencionada en el Dictamen debiera ajustarse a la realidad normativa al respecto, la ordenación de la proyectada disposición transitoria que se analiza no es objetable por supuesta discriminación de orden temporal.

En esta misma línea y en conexión con lo ordenado en el artículo 39, LOT, es claro que no puede cuestionarse la legalidad del precepto proyectado. Con él no se vulneran, o se permite que ello pueda ocurrir, derechos de terceros derivados de un contrato o, aún menos, de empresas explotadoras, pues los primeros son obviamente respetados y las segundas disponen de tiempo prudencial y razonable para proceder sin menoscabo de sus intereses. Y tampoco se prevé aquí un supuesto de sanción parecido a la retirada de la autorización para el ejercicio de la actividad, sino un efecto inevitable y necesario de la aplicación del principio de unidad de explotación, sin que aquél deba ordenarse mediante norma legal, que ya contempla el caso y habilita para su regulación reglamentaria, y todavía menos estatal.