

Comentarios al Proyecto de modificación a la NOM 029 SCFI 201

Lourdes Hinojosa [lourdes.hinojosa@theclub.com.mx]

Enviado el: martes, 15 de noviembre de 2011 09:21 a.m.

Para: Cofemer Cofemer

Importancia: Alta

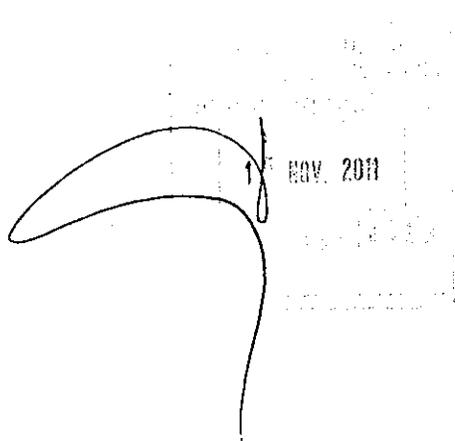
Datos adjuntos: Escrito sobre proyecto de ~1.doc (60 KB)

EAA
3001109060

A quien corresponda: Anexo al presente encontrarán comentarios al proyecto de modificación a la norma de referencia.

Saludos,

Lic. Lourdes Hinojosa Hierro
Gerente Legal
(55) 50 95 78 17



**Comité Consultivo Nacional de Normalización de Seguridad al Usuario,
Información Comercial y Prácticas de Comercio**

Puente de Tecamachalco No. 6,
Col. Lomas de Tecamachalco, Sección Fuentes,
Naucalpan de Juárez, C.P. 53950, Estado de México

Ref.: Proyecto de Modificación de los numerales 5.1.1, 10.1, 10.2, 10.3, 10.4 y 10.4.2 de la Norma Oficial Mexicana NOM-029-SCFI-2010, Prácticas comerciales – Requisitos informativos para la prestación del servicio de tiempo compartido, publicada el 17 de mayo del 2010, publicado para consulta pública en el DOF el lunes 31 de octubre del 2011.

Luz de Lourdes Hinojosa Hierro, en mi carácter de apoderada de la sociedad denominada **Presidente Club de Viajes, S.A. de C.V.**, personalidad que acredito con las copias simples, del primer testimonio de la escritura pública número 28,819 de fecha 29 de abril de 2004, otorgada ante la fe del Licenciado Ana Patricia Bandala Tolentino, Notario Público número 195 del Distrito Federal y de la escritura pública número 41,420 de fecha 9 de diciembre del 2009, otorgada ante la fe del Lic. Patricio Garza Bandala, Notario 18 del Distrito Federal, mismas que se acompañan al presente escrito, señalando como domicilio para oír y recibir toda clase de documentos y notificaciones el ubicado en Av. Prolongación Paseo de la Reforma No. 1236 P.B., Col. Santa Fé, C.P. 01210, Delegación Alvaro Obregón, México, Distrito Federal, con número de teléfono 50 95 78 25 y 50 95 78 17 y autorizando para los mismos efectos a cualesquiera de los señores, Jesús Cuevas de la Vega, y Pedro Martínez Garnelo, atentamente comparezco y expongo:

1. La sociedad Presidente Club de Viajes, S.A. de C.V. (en lo sucesivo identificada como "Club Presidente"), es una sociedad debidamente constituida de conformidad con las leyes de los Estados Unidos Mexicanos según consta en la escritura pública número 28,819 de fecha 29 de abril de 2004, otorgada ante la fe del Lic. Ana Patricia Bandala Tolentino, Notario Público número 195 de la Ciudad de México, Distrito Federal, cuyo primer testimonio se encuentra inscrito en el Registro Público de Comercio del Distrito Federal bajo el folio mercantil no 322,202. Una copia certificada del primer testimonio de la escritura pública antedicha, se agrega al presente escrito como anexo "A", junto con copia simple de la cédula fiscal de Club Presidente.

2. Que se dedica como actividad comercial preponderante, a ser prestador intermediario de servicios de tiempo compartido.

En virtud de lo anterior, el presente documento tiene por objeto hacer del conocimiento de éste H. Comité Consultivo, los siguientes comentarios respecto a la propuesta de modificación del **numeral 5.1.1**, del proyecto de referencia:

I. Jerarquía de la Norma Oficial Mexicana NOM-029-SCFI-2010 (en lo sucesivo la “NOM”)

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo la “Constitución”), establece el principio general de la jerarquía de normas en nuestro sistema legal de tal manera que la Constitución, las leyes que emanen del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que sean ratificados por el Senado de la República constituirán la ley suprema de México.

El servicio de tiempo compartido resulta ser una actividad turística que fue regulada inicialmente por la Ley Federal de Turismo (en lo sucesivo la “LFT”) y el Reglamento de la Prestación del Servicio Turístico del Sistema de Tiempo Compartido de fecha 21 de agosto de 1989 (en lo sucesivo el “Reglamento de Tiempo Compartido”), los cuales estuvieron en vigor hasta que se llevó a cabo una reforma total de la Ley Federal del Consumidor en 1998, que reguló el servicio de tiempo compartido como un contrato de adhesión, el cual requería ser autorizado previamente por la Procuraduría Federal del Consumidor para su utilización con el público en general.

Con base en lo anterior, la Fracción IV del artículo 4 de la LFT fue derogada y el Reglamento de Tiempo Compartido abrogado y, en su lugar, se promulgó la NOM-029-SCFI-1998 –actualmente la NOM-029-SCFI-2010- para regular el contrato de prestación de servicios de tiempo compartido cuya base estaba -no se encuentra actualmente- prevista en la Ley Federal de Protección al Consumidor, se encuentra en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización (en lo sucesivo la “LFMN”) que establece el objeto, alcance y contenido que deben tener las normas oficiales mexicanas.

Al respecto, la fracción IV del artículo 40 de la LFMN establece que “las normas oficiales mexicanas tendrán como finalidad establecer: ... IV. Las características y/o especificaciones que deban reunir los servicios cuando éstos puedan constituir un riesgo para la seguridad de las personas o dañar la salud humana, animal, vegetal o el medio ambiente general y laboral o cuando se trate de la prestación de servicios de forma generalizada para el consumidor...”

De la lectura de la fracción descrita en el párrafo anterior, se desprende que las normas oficiales mexicanas solo pueden referirse a las “características” y “especificaciones” de servicios. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, tales términos tienen los siguientes significados:

“Característica”: Perteneciente o relativo al carácter. Dicho de una cualidad: que da carácter o sirve para distinguir a alguien o algo de sus semejantes.

“Especificación”: Explicar, declarar con individualidad algo. Fijar o determinar de modo preciso.

De lo anterior, resulta claro que dado que uno de los objetos de la LFMN es establecer las bases para que, a través de normas oficiales mexicanas o normas mexicanas, se regulen las características y especificaciones que deben reunir los bienes y servicios objeto de dicha regulación, resulta claro que su alcance no es legislar en sentido formal, atribución que solo le corresponde al Congreso de la Unión en asuntos que correspondan a la materia federal, sino solo la de legislar en cuanto a los lineamientos,

procesos, parámetros que debe reunir el servicio tal como está establecido en la fracción XI del artículo 3 de la LFMN que a la letra establece:

“Art. 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

.....
XI. Norma Oficial Mexicana: la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las dependencias competentes, conforme a las finalidades establecidas en el artículo 40, que establece reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje, marcado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación;...”

Por otro lado, resulta claro que servicio de tiempo compartido es un contrato, considerado como tal, actualmente, por la Ley Federal de Protección al Consumidor y dicho contrato es regulado en dicha Ley Federal de Protección al Consumidor, de tal manera que la NOM no puede regular el contrato para la prestación de tiempo compartido ni excederse de lo regulado en la Ley Federal de Protección al Consumidor.

A mayor abundamiento, de acuerdo con la jerarquía constitucional de las leyes en México, ya explicado anteriormente, una ley federal siempre prevalecerá sobre una norma oficial, de ahí que con respecto a las garantías el artículo 65 de la Ley Federal de Protección al Consumidor establece:

“Art. 65: La venta o preventa de un servicio de tiempo compartido sólo podrá iniciarse cuando el contrato respectivo esté registrado en la Procuraduría y especifique: I..... VI. **Descripción de las fianzas y garantías que se otorgarán a favor del Consumidor.**”

El numeral 5.1.1. de la NOM vigente dice a la letra:

“5.1.1 Cumplimiento del Servicio

El proveedor o el prestador intermediario, según sea el caso, antes de iniciar operaciones, deberán acreditar ante Profeco que se han constituido los instrumentos a que hace referencia el artículo 65 fracción VI de la Ley, y cuya vigencia o sus respectivas renovaciones deberán ser igual al tiempo que estén obligados a prestar el servicio de tiempo compartido, para respaldar el cumplimiento de sus obligaciones.

El prestador intermediario deberá exhibir ante Profeco la autorización del propietario legítimo del inmueble destinado al servicio de tiempo compartido, así como el documento con el que se acredite la aceptación de dicho propietario de obligarse solidariamente con el prestador intermediario para en caso de incumplimiento de éste, otorgar los servicios a los consumidores en los mismos términos y condiciones pactados en el contrato firmado entre el consumidor y el prestador intermediario, durante la vigencia del mismo.”

La propuesta de modificación a la norma dice lo siguiente:

“5.1.1 Cumplimiento del Servicio

El proveedor o el prestador intermediario, según sea el caso, antes de iniciar operaciones, deberán acreditar ante Profeco que se han constituido los instrumentos a que hace referencia el artículo 65 Fracción VI de la Ley, y cuya vigencia o sus respectivas renovaciones deberán ser igual al tiempo que estén

obligados a prestar el servicio de tiempo compartido, para respaldar el cumplimiento de sus obligaciones.

El prestador intermediario deberá exhibir ante Profeco el documento, debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad correspondiente al lugar en que se encuentre el establecimiento, en el que se haga constar la afectación del mismo a la prestación de servicio de tiempo compartido efectuada mediante alguno de los mecanismo establecidos en el punto 5.2.1.1 por parte de su propietario legítimo, así como la aceptación de dicho propietario de obligarse solidariamente con el prestador intermediario para en caso de incumplimiento de éste, el propietario legítimo otorgue los servicios a los consumidores en los mismos términos y condiciones pactados en el contrato firmado entre el consumidor y el prestador intermediario.”

Como se puede apreciar, la NOM siempre contempló que el prestador que tuviese propiedad o posesión legítima sobre el inmueble sobre el que se prestase el servicio de tiempo compartido, llevase a cabo la afectación al régimen de tiempo compartido para imponer una carga a cualquier persona que adquiriese dicho inmueble en el futuro con la intención de proteger a las personas que hubiesen celebrado contratos de tiempo compartido con el prestador original, situación que, por cierto, no es protegida porque cualquier adquirente de un inmueble con afectación de tiempo compartido, no tiene la obligación de prestar el servicio a menos que se constituya como cesionario de los contratos de tiempo compartido celebrados por el prestador, cuestión que se explica posteriormente. No obstante lo anterior, para efectos de los prestadores intermediarios, puesto que no se podía imponer tal carga a nivel de la NOM, no solo por técnica legislativa sino porque solo prestan servicios de hospedaje a las personas que sean clientes de los prestadores intermediarios, se buscó incluir en la NOM, con base en lo establecido en la fracción VI del artículo de la Ley Federal de Protección al Consumidor que los propietarios u operadores hoteleros se constituyesen en obligados solidarios como una especie de garantía sin incluir la afectación que, de por sí, es cuestionable que esté regulada en la NOM por razones de legalidad, dejando también la facultad discrecional a la Procuraduría Federal del Consumidor para requerir las fianzas o garantías que permitan proteger al consumidor.

En virtud de lo anterior, al eliminar en una norma oficial la fianza como garantía, no obstante estar prevista en la ley federal correspondiente, el proyecto de modificación de la norma va mas allá de lo que la legislación superior establece y, en consecuencia, genera que el órgano que la emite invada atribuciones que no le corresponden y que son competencia exclusiva del Congreso de la Unión y que la propia NOM tenga visos de potencial inconstitucionalidad.

II. Suficiencia de la garantía ante sobreventa, el consumidor no esta protegido

i. Aún cuando la Procuraduría Federal del Consumidor tiene la atribución, con base en la NOM, para auditar que no se realice la sobreventa de intervalos, misma atribución que es de muy difícil realización debido a que no se cuenta con los recursos humanos suficientes ni con los parámetros precisos para llevarla a cabo, el hecho de que se encuentre un inmueble afectado no es garantía suficiente ni de que efectivamente se vaya a prestar el servicio ni de la devolución del dinero de los tiempo compartidarios, ya que con presentar a la Procuraduría Federal del Consumidor, la afectación de un inmueble o ciertas unidades del mismo, se cumple con el requisito y en ningún momento se evalúa si la garantía es suficiente en relación a las ventas que se hayan

realizado, es decir de que efectivamente exista el espacio en la fecha que se está vendiendo.

ii. La Procuraduría Federal del Consumidor si tiene parámetros para evaluar la suficiencia de la afectación como garantía al momento de revisar la documentación que se le presenta para registrar un contrato de adhesión puesto que sabe que tal afectación solo implica que el inmueble afectado se utilice para la prestación del servicio de tiempo compartido, lo cual puede ser fácilmente cumplido por el adquirente de un inmueble afectado mediante la instrumentación de un programa propio o, simplemente, por prestar servicios de hospedaje hotelero; sin embargo, resulta claro que no puede representar obligación alguna para el adquirente de prestar servicios de tiempo compartido a las personas que hubieren celebrado contrato con el prestador original porque no existe vinculación jurídica alguna entre tales personas consumidoras y el nuevo adquirente del inmueble.

III. La Afectación no garantiza la continuidad del servicio

El hecho de que una parte de un inmueble este afectado, en caso de venta de la sociedad propietaria, no garantiza que se continúe con la prestación del servicio, únicamente que el inmueble esté de alguna forma “gravado” de esta manera. Es decir, la empresa que tenga la intención de no cumplir con la prestación lo va a dejar de hacer con o sin afectación.

A manera de ejemplo, en el caso de que una empresa prestadora de servicios de tiempo compartido fuese declarada en quiebra, la afectación del inmueble significaría que el nuevo dueño o persona que se adjudicase el bien inmueble, solo podría destinarlo a la actividad de tiempo compartido pero puesto que no existiría subrogación por parte del nuevo adjudicatario al no ser causahabiente de los contratos de prestación de servicios firmados con tales clientes, no existiría obligación para el nuevo adjudicatario para prestar servicio alguno y podría prestar servicios de hospedaje a terceros o bien, comercializar servicios de tiempo compartido con terceros distintos a los clientes quienes solo tendrían derecho para entrar a las instalaciones pero no para exigir la prestación de servicios puesto que el sujeto deudor, la empresa fallida, no tendría bien inmueble en que prestar el servicio y, por lo tanto, los clientes tendrían que demandar la resolución del contrato con la reclamación de pago por daños y perjuicios sobre la base que tal crédito estaría calificado como quirografario sin garantía alguna.

A diferencia de lo que sucedería en este caso, si una prestadora de servicios intermediaria, sin que hubiere causado la afectación de los propietarios de los inmuebles en los que se presta servicios de hospedaje, fuese declarada en quiebra, existiría obligación solidaria asumida por las sociedades que hubieren celebrado convenio de obligación solidaria con el prestador intermediario, para hacer frente a la responsabilidad de prestar el servicio de hospedaje y cumplir con los términos de los contratos de tiempo compartido y, en su caso, existiría también el apoyo financiero respaldado tanto por dicho convenio de obligación solidaria y/o una fianza de cumplimiento que se constituya al efecto, para responder en forma económica en relación con la resolución de contratos de tiempo compartido, en su caso, sobre la base que la fianza tiene como beneficiarios precisamente a los clientes que tengan celebrado contrato de tiempo compartido.

Otro ejemplo puede ser el caso en que una empresa de tiempo compartido con inmueble afecto a la prestación del servicio de tiempo compartido que es garantía hipotecaria de un crédito, es ejecutada y el bien inmueble, es embargado, rematado y

adjudicado a favor de la empresa acreditante que es una entidad financiera. Como ha sucedido en muchas ocasiones en el pasado, cuando se da el embargo y ejecución de bienes afectos a la prestación de servicios de tiempo compartido, la parte de la ecuación más perjudicada por tal situación es el cliente de tiempo compartido que se ve afectado por no haber forma alguna de recibir el servicio, aun cuando el inmueble esté afectado, porque no tiene otra acción más que la de exigir el reembolso de lo pagado a su contraparte prestador de servicio –no resultaría aplicable al adjudicatario del inmueble-, según corresponda, lo cual se vuelve prácticamente imposible debido a que el prestador tuvo que hacer frente con sus activos al cumplimiento del pago del financiamiento.

A diferencia de lo que sucedería a una empresa que afectó su inmueble al servicio de tiempo compartido, si un prestador intermediario o alguno de sus obligados solidarios fuese embargado y rematado, los clientes del prestador intermediario estarían en posibilidad de hacer efectiva una fianza de cumplimiento, que la propia Procuraduría Federal del Consumidor está legitimada a solicitar con base en la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Ahora bien, fuera de los casos descritos anteriormente que pueden resultar extremos pero que hacen ver la suficiencia de la garantía ofrecida por prestadores intermediarios a sus clientes en comparación con la garantía que ofrecen otros prestadores de servicios de tiempo compartido que solo cuentan con la afectación del bien inmueble al servicio de tiempo compartido, se puede dar un caso más común consistente en que el cliente de un prestador de servicios de tiempo compartido no pueda prestar servicios de hospedaje en el bien inmueble afectado al régimen de tiempo compartido e incluso no pueda ofrecer garantía alternativa de uso en otro inmueble de calidad equivalente o similar del bien inmueble en el que se deba prestar el servicio. En este caso, se estaría frente a un incumplimiento de contrato que podría traer como consecuencia la rescisión del contrato de prestación de servicios de tiempo compartido. En este caso, el cliente tendría que demandar el incumplimiento del contrato ante los tribunales, solicitar la declaración de rescisión correspondiente y ejecutar la sentencia correspondiente para obtener el reembolso de la contraprestación pactada en la parte proporcional que corresponda del contrato respectivo con el riesgo de que, en caso de incumplimiento, tendrá que embargar y rematar bienes para cobrarse el crédito respectivo.

Si se diera la situación anterior en el caso de un prestador intermediario, el cliente solo tendrá que hacer efectiva la fianza acreditando que no recibió el servicio de hospedaje y que por lo tanto se incumplió el contrato de tiempo compartido para hacer efectiva la fianza de cumplimiento. El tiempo y proceso para hacer efectiva una fianza de cumplimiento sería más corto que el tiempo y proceso para obtener el reembolso del crédito en el caso descrito en el párrafo precedente, sin perjuicio de que el cobro de la fianza es cierto y no depende de la solvencia del prestador intermediario mientras que en el caso del párrafo precedente, habría que atender la solvencia del prestador de servicio incumplido en cada momento.

IV. Limitaciones:

i. Aún cuando la Procuraduría Federal del Consumidor está facultada para auditar que no se realice la sobreventa de intervalos, el hecho de que se encuentre un inmueble afectado no es garantía suficiente ni de que efectivamente se vaya a prestar el servicio ni de la devolución del dinero de los tiempo compartidores, ya que con presentar la afectación de un inmueble o ciertas unidades del mismo, se cumple con el requisito y en ningún momento se evalúa si la garantía es suficiente en relación a las ventas que

se hayan realizado, es decir de que efectivamente exista el espacio en la fecha que se está vendiendo.

ii. En caso de que se tuviera que optar por vender el inmueble para cubrir las cantidades que los tiempo compartarios no hubieren utilizado, la afectación tampoco garantiza que el valor del inmueble vaya a ser suficiente para cubrir el pasivo que se tiene con todos los consumidores. Además de tener un proceso sumamente complicado para poder propalar la venta de un inmueble afectado que ya en sí por estar afectado constituye una limitante al valor comercial del mismo además de los complicados procesos de ejecución de la garantía. No obstante lo anterior, como se explicó anteriormente, la transmisión de propiedad de un inmueble afectado no implica la transmisión o asunción de la obligación de prestar el servicio por parte del adquirente del inmueble afectado puesto que no es el prestador del servicio o sujeto obligado de la relación contractual que resulta ser el prestador de servicio que fue el propietario original.

iii. Con base en lo dispuesto por la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal del Consumidor se encuentra facultada para evaluar la suficiencia de las garantías que deban constituirse para la prestación del servicio de tiempo compartido. La fianza de cumplimiento emitida por una institución de fianzas junto con la asunción de obligación solidaria por parte de las personas que sean propietarias o poseedoras legítimas de los inmuebles en los que se preste el servicio de hospedaje que es comercializado por el prestador intermediario, ha resultado ser una garantía suficiente para los clientes de prestadores intermediarios, sin perjuicio de que es jurídicamente cuestionable imponer la obligación a una persona propietaria o poseedora de un establecimiento de hospedaje que ha comercializado espacio con un prestador intermediario, como lo hace con cualquier tour operador o agencia de viajes, para que lo afecte a la prestación del servicio de tiempo compartido, supuesto que, en caso de que se pretendiese actualizar, tendría que estar regulado en una ley federal.

iv. La afectación no es una garantía ligada directamente con cada consumidor, sino que solamente representa una carga impuesta a un inmueble para que se utilice para la prestación del servicio pero no para el beneficio de los consumidores puesto que su vinculación con el prestador es solo por contrato y el servicio de tiempo compartido no constituye derecho real alguno.

v. Por estar basada en criterios limitados y conceptos antiguos de las legislaciones locales, la afectación puede ser tan laxa o restrictiva que se afecte una unidad, por lo que no es realmente operante.

vi. El hecho de que una parte de un inmueble esté afectado, en caso de venta de la sociedad propietaria, no garantiza que se continúe con la prestación del servicio, únicamente que el inmueble este "gravado" en cierta forma. Es decir, la empresa que tenga la intención de no cumplir con la prestación lo va a dejar de hacer con o sin afectación.

V. Otras Opciones:

Para el Prestador Intermediario: Una fianza de cumplimiento de contrato junto con la garantía solidaria con la siguiente estructura:

La fianza de cumplimiento sirve para garantizar que se devolverán todas las cantidades que no hubieran sido devengadas por el consumidor en caso de incumplimiento del servicio. La presentación de la garantía solidaria y/o de los estados

financieros auditados que muestren que se cuenta con los inmuebles suficientes en relación al pasivo de cuartos noche que el Prestador haya comercializado.

Lo anterior para todos los efectos a que haya lugar.

México, D.F. a 11 de noviembre del 2011

Presidente Club de Viajes, S.A. de C.V.

Lic. Luz de Lourdes Hinojosa Hierro
Representante Legal