



Roj: **SAP TF 847/2017 - ECLI: ES:APTF:2017:847**

Id Cendoj: **38038370032017100270**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **3**

Fecha: **23/06/2017**

Nº de Recurso: **420/2016**

Nº de Resolución: **299/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CONCEPCION MACARENA GONZALEZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 86 56

Fax.: 922 208655

Email: s03audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000420/2016

NIG: 3800642120140000916

Resolución: Sentencia 000299/2017

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000120/2014-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Arona

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelado SILVERPOINT VACATIONS, S.L. Manuel Linares Trujillo Pedro Antonio Ledo Crespo

Apelante Anibal Miguel Angel Melian Santana Buenaventura Alfonso Gonzalez

Apelante Candelaria Miguel Angel Melian Santana Buenaventura Alfonso Gonzalez

**SENTENCIA**

Ilmas. Sras.

Presidenta:

D<sup>a</sup>. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO

Magistradas:

D<sup>a</sup>. MARÍA LUISA SANTOS SÁNCHEZ

D<sup>a</sup>. MÓNICA GARCÍA DE YZAGUIRRE

En Santa Cruz de Tenerife, a veintitres de junio de dos mil diecisiete.

Visto por las Ilmas. Sras. Magistradas arriba expresadas el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 120/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Arona, promovidos por D. Anibal y D<sup>a</sup>. Candelaria , representados por



el Procurador D. Buenaventura Alfonso González, y asistidos por el Letrado D. Miguel Ángel Melián Santana, contra la entidad mercantil SILVERPOINT VACATIONS, S.L., representada por el Procurador D. Pedro Ledo Crespo, y asistido por el Letrado D. Manuel Linares Trujillo; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY, la presente sentencia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Juez D<sup>a</sup>. Eva Rodríguez Marcuño, dictó sentencia el 2 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO: "Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por DON Anibal y DOÑA Candelaria, representados por el Procurador de los Tribunales D. Buenaventura Alfonso González, contra la entidad SILVERPOINT VACATIONS SL, representada por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Ledo Crespo, y en consecuencia debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra, con expresa condena en costas a la parte demandante."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, formulándose por la demandada oposición al recurso e impugnación de la sentencia, oponiéndose el apelante a la impugnación de la otra parte; remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección Tercera se acordó formar el correspondiente Rollo, personándose oportunamente la parte apelante por medio del Procurador D. Buenaventura Alfonso González, bajo la dirección del Letrado D. Miguel Melián Santana, la parte apelada se personó por medio del Procurador D. Pedro Ledo Crespo, bajo la dirección del Letrado D. Manuel Linares Trujillo; señalándose para deliberación, votación y fallo el día siete de junio del año en curso.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO, Magistrada-Presidente de esta Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el señor Anibal y la señora Candelaria se formuló demanda en juicio ordinario solicitando la nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos celebrados con la demandada, -la entidad Silverpoint Vacations SL como adquirente de los activos Resort Properties-, de fecha 16 de enero de 2007 por el que adquiriría licencia de ocupación durante una semana en el complejo Palm Beach Club. Del contrato celebrado el 23 de septiembre de 2009 por el que adquiriría la licencia de ocupación de una semana en el mismo complejo. Del contrato celebrado el 7 de febrero de 2010 por el que adquiriría la licencia de ocupación de dos semanas en el Complejo Beverly Hill Club.

En el suplico de la demanda se solicita que se declare la nulidad de pleno derecho del contrato citado, así como de cualesquiera otros anexos, con la obligación de la demandada de devolverles las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados del contrato por importe de 8.832 libras, más los gastos de tasas de mantenimiento y servicios de los años 2008, 351 libras; 2009, 428 libras; 2012, 428 libras; 2011, 772 libras; 2012 libras y 2013, 834 libras, más los intereses. En segundo lugar, que se declare la nulidad por la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por tal concepto, de 8.832 libras esterlinas y la obligación de devolverlas por duplicado, que ascienden a 8.832 Libras. En tercer lugar, con carácter subsidiario, que se declare, por abusivas y no negociada de forma individual, las cláusulas recogidas en los envíos de información por parte del complejo donde se ubicaban los apartamentos, declarando la nulidad y la restitución de las cantidades entregadas antes referidas.

La sentencia recurrida desestima la demanda, con imposición a la actora de las costas de la primera instancia, contra la que se interpone recurso de apelación por dicha parte alegando error en la valoración de la prueba en relación con la aplicación de la Ley 42/1998 a los contratos celebrados entre las partes y toda la legislación protectora de los derechos de los consumidores y usuarios. Alega el error en la aplicación del Código Civil respecto de los elementos esenciales del contrato. Error en la aplicación de la ley respecto de los efectos de la declaración de nulidad y condena en costas.

A dicho recurso se opone la parte demandada al tiempo que impugna la sentencia recurrida en lo referente a la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva de la entidad demandada, alegando que se ha producido un error en la valoración de la prueba y una indebida aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

A dicha impugnación se opone la parte actora pidiendo la desestimación de la misma.



SEGUNDO.- El primer motivo de impugnación de la sentencia que debe resolverse es el referido a la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva de la entidad demandada Silverpoint, impugnación que debe ser desestimada por los propios fundamentos de la resolución recurrida, sin que se haga necesario añadir más argumentaciones. En efecto, tal y como consta de la documental aportada a las actuaciones, la actora celebró el contrato el 27 de noviembre de 2006, en el que aparece como vendedora Resort Properties.

Como se ha venido diciendo en las sentencias dictadas para la resolución de este mismo tipo de pleitos, consta acreditado que la entidad demandada, antes con el nombre de TENSEL SL, era propietaria de la marca denominada "Resort Properties" que es quien aparece reseñada en los contratos celebrados, aunque como firmantes de los mismos aparezca la entidad Resort Properties Limited, como autorizada por el propietario, de manera que es a dicha parte a quien corresponde determinar la relación que mantenía con la entidad firmante de los contratos, habida cuenta que en este caso, resulta acreditada la existencia de comunicaciones entre las partes relativas a quien pasaba a tener la responsabilidad en la prestación de los servicios derivados de esos contratos. Por ello, el principio de buena fe contractual exige que sea la propia vendedora la que determine cuales son los elementos personales del contrato, sin que pueda estimarse que se ha atendido al referido principio contractual una entidad que actúa contractualmente como convenga a sus intereses usando una u otra denominación. Por ello, y porque entendemos que es a dicha entidad a la que correspondía aclarar la insólita situación de que permita, sin aclarar el negocio existente, que otra entidad utilice la que ha reconocido que es su marca registrada, no puede estimarse otra cosa, que no sea que la demandada es la que debe soportar ser parte en este pleito, pues solo ella es la única que puede aclarar el entramado de sociedades y nombres comerciales que han participado en los contratos que son objeto de estas actuaciones, debiendo tener en cuenta, además, que interviene como representante debidamente autorizado por el propietario, a lo que debe añadirse que resulta de aplicación el criterio jurisprudencial consolidado según el cual no se puede negar la legitimación en un proceso cuando fuera de él, como ocurre en este caso, ha sido reconocida.

TERCERO.- Para resolver las cuestiones planteadas en esta alzada deberán ser tenidas en cuenta las recientes sentencias del Tribunal Supremo en relación a otros contratos celebrados en relación con la misma entidad demandada y complejos de vacaciones, recogida en la sentencia de esta Sección de 31 de mayo de 2017 dictada en el Rollo 612/16 en la que se dispuso

TERCERO.- La aplicación de la Ley 42/1998 a los contratos litigiosos: frente al criterio recogido por la resolución de acuerdo a lo mantenido por este Tribunal, debe fundarse la presente resolución en la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo en los recursos de casación que han sido sometidos al mismo, y que se establece en la Sentencia de Pleno nº 16 de 16 de enero de 2017, y que se reitera, entre otras, en las Sentencias -nº 37, de 20 de enero de 2017 ; nº 56, de 30 de enero de 2017; nº 87 y nº 88 de 15 de febrero de 2017 ; nº 115-2017, de 22 de febrero de 2017 .

La Sentencia del tribunal Supremo nº 37 de 20 de enero de 2017 (Roj: STS 167/2017 - ECLI:ES:TS:2017:167), referida entre otros a contratos similares a los enjuiciados en esta litis, que se describen en el fundamento tercero de la resolución recurrida, lo que se da por reproducido, hace un resumen del contenido de la citada ley: "La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguló en España, por primera vez, el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, también conocido con la expresión más breve -aunque inexacta y prohibida- de multipropiedad. Antes de la promulgación de la Ley 42/1998 se había aprobado por las instituciones de la entonces Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, la Directiva 94/47/CE, que, con la finalidad de acabar con los fraudes y abusos que se daban en ese sector, obligaba a los legisladores nacionales a dictar determinadas normas protectoras de los adquirentes de este tipo de derechos sobre inmuebles. La Ley 42/1998 no se limitó a la transposición estricta de la Directiva, sino que procuró dotar a la institución de una regulación completa, más amplia de la exigida por aquélla. El objeto de Ley, según indica su art. 1, es la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. Entre las cuestiones que suscita el derecho de aprovechamiento por turno se encuentran las referidas a la configuración jurídica del derecho y a la protección del adquirente en la celebración del contrato. En lo que respecta a la configuración jurídica del derecho, la cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola. Según indica su preámbulo, la Ley 42/1998 «ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo, sin embargo, la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica». El derecho de aprovechamiento por



turno es, por naturaleza, temporal. Así se desprende del art. 3 de la Ley, al establecer que «1. La duración del régimen será de tres a cincuenta años, a contar desde la fecha de inscripción del régimen jurídico o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción.3 2 . Extinguido el régimen por transcurso del plazo de duración, los titulares no tendrán derecho a compensación alguna». La indicación de la fecha en que el régimen de aprovechamiento por turno se extinguirá es uno de los extremos que configuran el contenido mínimo del contrato de transmisión de derechos de aprovechamiento por turno (art. 9.1. 2.º y 10.º de la Ley). En lo que respecta a la protección del adquirente en la celebración del contrato, la ley regula de forma detallada las cuestiones referidas al documento informativo -art. 8-, el contenido del contrato -art.9-, el desistimiento y la resolución ad nutum y la resolución-sanción -art.10-, la prohibición del pago de anticipos -art.11- y la resolución de préstamos vinculados -art.12-."

Fija el ámbito de aplicación de la misma : "El ámbito objetivo de esta ley es la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio, así como el derecho a la prestación de los servicios complementarios. Este derecho podrá constituirse como derecho real limitado o como un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas (art. 1). Se contempla también dentro del ámbito objetivo de estos contratos, con carácter general, que el contrato en virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos (art. 1.7). La propia exposición de motivos de la ley en su apartado II establece: «El ámbito de aplicación restrictivo ha aconsejado establecer una norma para determinar el régimen de los derechos de aprovechamiento por turno o similares a éstos que se constituyan sin ajustarse a la Ley, pues aunque es evidente que se trataría de supuestos de fraude de ley y deberán, en consecuencia, someterse a la solución del artículo 6.4 del Código Civil, ésta no parece por sí sola norma suficiente para evitar que, de hecho, el fraude de ley se produzca en la práctica». Por tanto, del tenor de la ley debe entenderse que la misma regula no solo los derechos de aprovechamiento por turno stricto sensu sino también los «similares», es decir, cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año (art. 1.7 de la ley). La propia ley establece la nulidad de pleno derecho para aquellas fórmulas que en los casos referidos en el párrafo anterior se construyan al margen de la ley y ello para evitar el fraude legal."

Para terminar afirmando que analizados los contratos: "Examinados los contratos, se puede apreciar que en nada respetan los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la ley establece en su art. 9 . Se exigen anticipos que el contrato denomina «depósito». Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley, estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma. Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 , se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley». Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en el contrato no se transcriben los arts. 10 , 11 y 12 de la Ley 42/1998 , ni4 menciona, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (art. 9.1.6.º), por lo que el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato."

En relación a los adquirentes en los controvertidos contratos, acreditado su interés inversor o su ánimo de lucro, a la vista de la pluralidad de semanas adquiridas, y los pactos de reventa, mantiene la sentencia citada: "Condición de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Motivo segundo.- Consideración de consumidores y usuarios. Esta parte entiende que si el requisito para que no puedan considerarse consumidores y, por ende, usuarios finales, es el hecho de que en muchas ocasiones se establezca que además del disfrute, o como causa principal de la adquisición, prime el hecho de que lo hayan adquirido como inversión se estaría asimismo infringiendo el art. 1 de la ley 26/1984 General en Defensa de Consumidores y Usuarios y el art. 3 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias . El segundo motivo, formulado también al amparo del art. 477.2.3º LEC , pone de manifiesto la existencia de criterios contradictorios en las distintas Audiencias Provinciales, respecto de la consideración de la adquirente como consumidora, en los términos de la Ley General de Consumidores y Usuarios, denunciando la infracción de lo dispuesto en sus arts. 2 y 3 . La Audiencia Provincial niega la condición de consumidora de la recurrente, por considerar que realmente era una inversora que pretendía obtener una rápida rentabilidad de su inversión mediante la reventa por parte de la propia entidad demandada





de los derechos adquiridos. Esta sala ha declarado en sentencia núm. 16/2017, de 16 de enero : «2 .- El artículo 1.5 de la derogada Ley 42/1998 (precepto equivalente al nuevo art. 23.5 de la vigente Ley) se limitaba a delimitar el concepto de transmitente pero no definía al adquirente. Por el contrario, el art. 2 de la Directiva 94/47/CE , sí contenía una definición de adquirente, que acercaba tal concepto al de consumidor (lo que ha quedado claro en la Directiva 2008/122/CE, que en su propia rúbrica hace mención a los consumidores), al decir que, a los efectos de la Directiva, se entenderá por: »"Adquirente: toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato". »A su vez, el art. 2.1 f de la Directiva 2008/122/CE , sobre contratos de aprovechamiento por turno, contiene la siguiente definición: »"Consumidor: toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión". »3.- Según el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TRLGCU), en la redacción vigente cuando se firmó uno de los contratos litigiosos, «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». »Este concepto procede de las definiciones contenidas en las directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre5 ellas.»En cuanto a las directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TRLGCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas a la «persona física» (ninguna directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito) que actúe con un fin o propósito «ajeno a su actividad comercial o profesional» (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a) o «a su actividad económica, negocio o profesión» (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e) o a «su actividad económica, negocio, oficio o profesión» (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a). Mención esta última que, como ya hemos visto, es la misma que utiliza en su art. 2.f la Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, que sustituyó a la Directiva 94/47/CE. »En otras normas internacionales o comunitarias, que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su art. 15.1 para «contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional». Concepto que reitera el art. 17.1 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A su vez, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su art. 6 los «contratos de consumo», entendidos como los celebrados "por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (el consumidor) con otra persona (el profesional) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional"».DÉCIMO.- El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física. Esta sala ha declarado en sentencia núm. 16/2017, de 16 de enero : «1 .- En relación con la controversia litigiosa, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton ) que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte ), sobre un contrato de inversión. »Además, la redacción del art. 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 ). »2.- A su vez, la reforma del mencionado art. 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo , aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora aunque tenga ánimo de lucro.



»No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor, persona física, debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente, en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1.º CCom ». 3.- Desde este punto de vista, no consta que los Sres. Berta Vicente realizaran profesionalmente este tipo de operaciones por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidores, dado que no eran unos profesionales del aprovechamiento por turno, pues actuaban al margen de una actividad empresarial, aunque tuviesen ánimo de lucro".

TERCERO.- Es en base a ello que debe mantenerse la necesaria aplicación a los contratos litigiosos de la citada Ley 42/1998, en tanto la misma regula todos los contratos mediante los que se transmita o de cualquier forma se ceda temporalmente un derecho de uso o disfrute (aprovechamientos por turnos) sobre alojamientos con destino turístico o vacacional, y ya sea mediante la cesión de determinada/s semana/s para la ocupación de un determinado/s apartamento/s, ya sea mediante la cesión de determinada o determinada semana o semanas para la ocupación de los apartamentos incluidos dentro de un sistema de intercambios nacional o internacional; y tienen la condición de consumidores o usuarios, protegidos por la citada norma, quienes, en su condición personal, aún con interés inversor o ánimo de lucro, siempre que no concurra la circunstancia de la habitualidad, contraten con empresarios dedicados a tal sistema de explotación turística.

Examinados los contratos litigiosos, lo cierto es que los mismos, al igual que se desprende de los analizados en la Sentencia transcrita, no cumplen con los requisitos mínimos establecidos en la Ley, art.9:

1.º . los datos de la escritura reguladora del régimen, con indicación del día del otorgamiento, del notario autorizante y del número de su protocolo, y los datos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

2.º Referencia expresa a la naturaleza real o personal del derecho transmitido, haciendo constar la fecha en que el régimen se extinguirá de conformidad con las disposiciones de la presente Ley.

3.º Descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales y al turno que es objeto del contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina.

4.º Expresión de que la obra está concluida.

5.º El precio que deberá pagar el adquirente y la cantidad que conforme a la escritura reguladora deba satisfacer anualmente, una vez adquirido el derecho, a la empresa de servicios o al propietario que se hubiera hecho cargo de éstos en la escritura reguladora, con expresión de que se actualizará con arreglo al índice de precios al consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística, salvo que las partes hayan establecido otra forma de actualización, que no podrá quedar al arbitrio de una de ellas, indicando, a título orientativo, cuál ha sido la media de dicho índice en los últimos cinco años. También se hará expresión del importe de los impuestos que, conforme a lo establecido en la presente Ley, lleva aparejada la adquisición, así como una indicación somera de los honorarios notariales y registrales para el caso de que el contrato se eleve a escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad.

6.º Inserción literal del texto de los artículos 10, 11 y 12, haciendo constar su carácter de normas legales aplicables al contrato.

7.º Servicios e instalaciones comunes que el adquirente tiene derecho a disfrutar y, en su caso, las condiciones para ese disfrute.

8.º Si existe o no la posibilidad de participar en servicios de intercambio de períodos de aprovechamiento. Cuando exista esta posibilidad, se expresarán los eventuales costes y se hará referencia al documento acreditativo sobre el intercambio previsto en el artículo 8.2.k) de esta Ley.

9.º Expresión del nombre o razón social, con los datos de la inscripción en el Registro Mercantil en el caso de que se trate de sociedades, y el domicilio: a) Del propietario o promotor. b) Del transmitente, con indicación precisa de su relación jurídica con el propietario o promotor en el momento de la celebración del contrato. c) Del adquirente. d) De la empresa de servicios. e) Del tercero que se hubiera hecho cargo del intercambio, en su caso. Este tercero, si es una persona jurídica, deberá tener sucursal abierta e inscrita en España.

10.º Duración del régimen, con referencia a la escritura reguladora y a la fecha de la inscripción de ésta. Si el inmueble está en construcción, con referencia a la fecha límite en que habrá de inscribirse el acta de terminación de la obra.



11.º Expresión del derecho que asiste al adquirente a: a) Comprobar la titularidad y cargas del inmueble, solicitando la información del registrador competente, cuyo domicilio y número de fax constará expresamente. b) Exigir el otorgamiento de escritura pública. c) Inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad.

13.º Si existe la posibilidad de participar en un sistema organizado de cesión a terceros del derecho objeto del contrato. Cuando exista esa posibilidad, se expresarán los eventuales costes, al menos aproximados, que dicho sistema supondrá para el adquirente.

2. El inventario y, en su caso, las condiciones generales no incluidas en el contrato, así como las cláusulas estatutarias inscritas, figurarán como anexo inseparable suscrito por las partes.

Ante ello, no cabe sino apreciar la nulidad radical del contrato de por aplicación del artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que: " El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho", sin que sea apreciable la existencia de la ocultación de los documentos que acompañaban a los presentados, para presumir el contenido legal de estos, habida cuenta que el artículo 9 del texto legal prevé: "Los propietarios, promotores o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno deberán conservar, a disposición de las organizaciones de consumidores previstas en la disposición adicional primera de esta Ley y, en su caso, de las autoridades turísticas, las traducciones de los documentos que deben entregar a cualquier adquirente y de las cláusulas que tengan la consideración de condiciones generales. Sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar, en caso de existir alguna divergencia entre las distintas versiones, se aplicará la más favorable al adquirente."

CUARTO.- En estas actuaciones resulta que los actores celebran tres contratos en las siguientes fechas: 16 de enero de 2007, 23 de septiembre de 2009 y 7 de febrero de 2010, adquiriendo membresías en los dos primeros contratos; que en el año 2010, al celebrar el tercer contrato, dejan sin efecto las dos anteriores y adquieren la ocupación de dos semanas en el Complejo Beverly Hills Club, a los que resulta de aplicación lo expuesto, por cuanto la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo mantiene la vinculación de tal forma de explotación temporal de inmuebles vacacionales a la Ley 42/1998 al decir : " El primero de los motivos, al amparo del artículo 477.2.3º LECLegislación citada , pone de manifiesto la existencia de criterios contradictorios de distintas Audiencias Provinciales respecto de la aplicación o no a estos contratos, que versan sobre «paquetes vacacionales» o «derechos de afiliación», de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre , y en concreto, de su art. 1.7, que sanciona con la nulidad de pleno derecho el incumplimiento de sus disposiciones, sosteniendo la recurrente que la redacción abstracta del contrato tiene precisamente como finalidad eludir la aplicación de dicha normaLegislación citada . 2.- La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, establece en su art. 1.1 el ámbito objetivo de dicha norma , al decir: «Es objeto de esta Ley la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios...». El contrato litigioso no tendría encaje directo en dicha definición, pero en la medida que la Sra. Montserrat no adquiriría simplemente la prestación de unos servicios (lo que se conoce como paquete vacacional), sino la integración en una comunidad (membresía), mediante el abono de una cuota de entrada y de cuotas periódicas de mantenimiento, parece evidente que sí estaba contratando un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, si bien mediante una fórmula que pretendía eludir la aplicación de la normativa específica en la materia (la mencionada Ley 42/1998 y la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido). A tal efecto, no es baladí recordar que la propia Directiva que sustituyó a la citada, la 2008/122/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, advierte expresamente en sus considerandos iniciales de la necesidad de evitar fraudes y la elusión de la normativa tuitiva de los consumidores, al decir:«(1) ...[Además, la experiencia adquirida en la aplicación de la Directiva 94/47/CE ha demostrado que algunos aspectos que ya estaban cubiertos necesitan una actualización o una precisión para impedir que se creen productos con la finalidad de eludir las disposiciones de la presente Directiva. »2) Las lagunas existentes en la normativa crean importantes distorsiones de la competencia y plantean graves problemas a los consumidores...». Y la misma finalidad tiene la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, que



traspuso a nuestro ordenamiento interno dicha Directiva. 3.- Del propio enunciado contractual antes reseñado, se desprende que, en realidad, estamos ante un contrato por el que se constituye un derecho, sin expresión de su carácter real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, que, bajo la apariencia de apartarse de la figura del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, no cumple su regulación normativa en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Materializándose así el presupuesto contemplado en el art. 1.7 de la propia Ley 42/1998 Legislación citada que se aplica, conforme al cual, son también objeto de la misma los contratos por virtud de los cuales se constituya o transmita cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año. Al que, como veremos, se anuda la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho del contrato en cuestión. 4.- A pesar de que la Directiva 94/47/CEE no imponía una determinada modalidad contractual ni una concreta configuración jurídica para el derecho de aprovechamiento por turno transmitido, la Ley 42/1998 no acogió la pluralidad estructural en su configuración jurídica, por lo que el derecho de aprovechamiento por turno sólo podía constituirse como derecho real limitado (salvo si se optaba por la modalidad de arrendamiento de temporada de bienes inmuebles vacacionales a que se refiere el art. 1.6), y había de sujetarse imperativamente (incluso en esta otra modalidad) a lo dispuesto en la Ley. Así, prima facie, conforme a los arts. 1.1 y 1.2 de la Ley 42/, según el contenido objetivo del contrato antes transcrito, el mismo no supondría la constitución de un derecho real sobre un bien inmueble concreto y diferenciado. el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que: "El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho".

QUINTO.- Por lo que se refiere a los efectos de la nulidad decretada, la sentencia de esta Sala antes mencionada dispuso:

QUINTO.- En cuanto a los efectos de la nulidad decretada, el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que: " El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos". Por su parte el artículo 11 del citado texto dice:" 1. Queda prohibido el pago de cualquier anticipo por el adquirente al transmitente antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento o mientras disponga de la facultad de resolución a las que se refiere el artículo anterior. No obstante, podrán las partes establecer los pactos y condiciones que tengan por convenientes para garantizar el pago del precio aplazado, siempre que no sean contrarios a dicha prohibición y no impliquen que el transmitente10 reciba, directa o indirectamente, cualquier tipo de contraprestación en caso de ejercicio de la mencionada facultad de desistir.2. Si el adquirente hubiera anticipado alguna cantidad al transmitente, tendrá derecho a exigir en cualquier momento la devolución de dicha cantidad duplicada, pudiendo optar entre resolver el contrato en los tres meses siguientes a su celebración o exigir su total cumplimiento." En la aplicación de los citados preceptos la mencionada Sentencia nº 37 del Tribunal Supremo recoge: "UNDÉCIMO. - Devolución de los anticipos. En el suplico del recurso de casación se solicitó la revocación de la sentencia y la estimación de la demanda, reclamándose en ésta la devolución duplicada de los anticipos. El juzgado de primera instancia negó la devolución duplicada de los anticipos. La parte actora impugnó la sentencia del juzgado interesando la referida devolución duplicada (folio 80), desestimándose la mencionada impugnación por la Audiencia Provincial. Casada la sentencia, este Tribunal debe entrar a conocer de la petición referente a los anticipos. Como ya dijimos constan entregadas cantidades anticipadas por importe (que se reclama) de 11.263 libras esterlinas. Sin perjuicio de la nulidad radical del contrato, el art. 11 de la Ley 42/1998 exige la devolución duplicada de los anticipos al considerarlos proscritos y como sanción legal al incumplimiento contractual, la cual es procedente aun cuando la parte opte por el cumplimiento del contrato, cuanto más cuando el contrato se declare nulo por incumplimiento sistemático de las obligaciones contractuales por la promotora que incurren en fraude de ley ( sentencia núm. 633/2016, de 25 de octubre ). Por tal razón la demandada ha de ser condenada por el concepto de anticipos a devolver la cantidad de 22.526 libras esterlinas. DUODÉCIMO .- En cuanto al resto de las cantidades consta que se entregó un total de 60.504 libras esterlinas, de las que hay que deducir 11.263 libras esterlinas de anticipos que tienen un régimen de devolución diferente. Por tanto la demandada debería devolver, en principio, 48.741 libras esterlinas. La demandada ha puesto de manifiesto cómo los demandantes han podido disfrutar de las prestaciones propias del contrato durante 9 años (2004-2012). Es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante la interpretación de dicha norma y su aplicación al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del artículo 3 CC en el sentido de que dicha interpretación se ha de hacer atendiendo fundamentalmente a su «espíritu y finalidad».





En el caso del citado artículo 1.7 se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato - normalmente de adhesión- que no cumple con las prescripciones legales, pero no ha sucedido así en el presente supuesto en el cual, como se ha dicho, los demandantes han podido disfrutar durante nueve años de los alojamientos que el contrato les ofrecía, por lo que el reintegro de cantidades satisfechas no ha de ser total sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años. En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los cuarenta y un años no disfrutados (concretamente 39.967,62 libras esterlinas), partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la ley, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda".

SEXTO.- Aplicando tales criterios al supuesto de autos:

a) Anticipos, se entregó en tal concepto la cantidad de 10.556,98 euros, debiendo la demandada devolver dicha cantidad por encontrarse la otra incluida dentro del precio.

b) Reclamados 10.556,98 euros como pagos derivados de los referidos contratos, y siendo que la actora ha podido disfrutar de los apartamentos durante 7 años, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada la que corresponda a los 43 años no disfrutados partiendo de la una duración contractual máxima de cincuenta años, es decir, 9.079 euros. Debiendo devolver además las cantidades abonadas como gastos que asciende a 3.585 euros. Mas los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

SEPTIMO.- La estimación de la pretensión principal hace innecesario entrar en las pretensiones subsidiarias.

OCTAVO.- Estimado el recurso de apelación, desestimada la impugnación, con revocación de la sentencia y estimación sustancial de la demanda de acuerdo a la Jurisprudencia establecida en las recientes sentencias citadas del Tribunal Supremo, que casan las dictadas por este Tribunal en la resolución de supuestos afines, no cabe sino apreciar la existencia efectiva de dudas de derecho que se han planteado en el litigio, lo que justifica la no imposición de costas en ninguna de las instancias ( art. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

1º.- Estimar el recurso de apelación formulado por el Procurador D Buenaventura Afonso González en nombre y representación de Doña Candelaria y Don Anibal .

2º.- Desestimar la impugnación a la sentencia formulada por el Procurador D. Pedro Ledo Crespo en nombre y representación de Silverpoint Vacations S.L.

3º.- Revocar la sentencia dictada el 3 de marzo de 2016 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Arona en Autos de Juicio Ordinario nº 220/2013.

4º.- Estimar la demanda formulada por el Procurador Sr. Afonso González en la representación que ostenta.

5º.- Declarar la nulidad de los contratos suscritos por los actores el 16 de enero de 2007, el 23 de septiembre de 2009 y el 7 de febrero de 2010, sobre aprovechamientos turísticos.

6º.- Condenar a la demandada Silverpoint Vacations S.L. a que abone a los actores, la cantidad de veintitres mil doscientos quince euros (23.215 euros) más el interés de dicha cantidad al tipo legal desde la fecha de interposición de la demanda, que se incrementaran en dos puntos desde la fecha de esta resolución.

7º.- No formular expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

Devuélvase la totalidad del depósito a la parte apelante, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., si se hubiera constituido.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional ( art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél ( Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Una vez sea firme la anterior resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.



Así por esta, nuestra sentencia, definitivamente juzgado en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Publicada ha sido la anterior sentencia por las Ilmas. Sras. que la firman y, leída ante mí por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ