

Roj: **STS 167/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:167**Id Cendoj: **28079110012017100041**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/01/2017**Nº de Recurso: **2959/2014**Nº de Resolución: **37/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 2959/2014, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1230/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Arona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Juan Carlos y Dña. María Purificación, representados por el procurador D. Buenaventura Alfonso González, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Anselmo, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Ludovico Moreno Martín Rico en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil Silverpoint Vacations S.L. representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** D. Juan Carlos y Dña. María Purificación, representados por el procurador D. Buenaventura Alfonso González y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Anselmo, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations y contra Resort Propierties Limited y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare:

1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes el 19 de enero de 2003, 11 de enero de 2004, 6 de noviembre de 2004, 21 de septiembre de 2005 y 26 de abril de 2008, así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, en ambos casos con obligación para las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 60.504'00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento:

2003 Beverly Hills Club 506'00

2004 Beverly Hills Club 307'00

2005 Beverly Hills Club 437'00

2005 Beverly Hills Club 1.679'00

2005 Hollywood Mirage 634'00

2007 Club Paradiso 473'00

2007 Beverly Hills Club 942'00



2008 Club Paradiso 520'00  
2008 Beverly Hills Club 1.010'00  
2009 Beverly Hills Club 1.224'00  
2009 Club Paradiso 598'00  
2011 Beverly Hills Club 664'00  
Total 8.994'00

Más 1.370'00 euros por gastos de mantenimiento del año 2010 del Beverly Hills Club.

Cantidades que, salvo error u omisión, ascienden a 90.139'80 euros en total, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

2.- La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas por razón del meritado contrato 11.263'00 libras y la obligación de estas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 22.526'00 libras esterlinas (28.772'46 euros).

3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperasen los petitum anteriores, se declare la nulidad, por abusiva y no haber sido negociada de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos donde se ubicaban los apartamentos objeto del contrato de aprovechamiento por turnos del que solicitamos su nulidad y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, por importe de 60.504'00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento

Año Resort Importe/Libras

2003 Beverly Hills Club 506'00  
2004 Beverly Hills Club 307'00  
2005 Beverly Hills Club 437'00  
2005 Beverly Hills Club 1.679'00  
2005 Hollywood Mirage 634'00  
2007 Club Paradiso 473'00  
2007 Beverly Hills Club 942'00  
2008 Club Paradiso 520'00  
2008 Beverly Hills Club 1.010'00  
2009 Beverly Hills Club 1.224'00  
2009 Club Paradiso 598'00  
2011 Beverly Hills Club 664'00  
Total 8.994'00

Más 1.370'00 euros por gastos de mantenimiento del año 2010 del Beverly Hills Club.

Cantidades que, salvo error u omisión, ascienden a 90.139'80 euros en total, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

Es justicia que insto».

2.- La mercantil Silverpoint Vacations S.L., representada por el procurador D. Pedro Ledo Crespo y asistida del letrado D. José Minero Macías, en calidad de demandada contestó y se opuso a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se desestime la demanda, con la imposición expresa a la parte actora de las costas causadas en la instancia».

3.- Por decreto de fecha 2 de septiembre de 2013 se tiene por desistido a los demandantes de la prosecución del procedimiento frente a la codemandada Resort Properties Limited.



4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Arona se dictó sentencia, con fecha 13 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

Estimo parcialmente la demanda presentada por el procurador de los tribunales D. Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de D. Juan Carlos y D. María Purificación , frente a Silverpoint Vacation S.L., representada por el procurador de los tribunales D. Pedro Ledo Crespo, y en su virtud:

»Declaro la nulidad de los contratos de fecha de 19 de enero de 2003, 11 de enero de 2004, 5 de noviembre de 2004, 21 de septiembre de 2005 y 26 de noviembre de 2008, sin que esta declaración se extienda a los anexos de los referidos contratos y en su virtud condeno al abono de la cantidad de setenta y siete mil doscientos ochenta y un euro con setenta y seis céntimos (77.281,76 euros), más el interés legal, sin imposición de costas».

**SEGUNDO.-1.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la demandada Silverpoint Vacations S.L., se solicitó en el mismo a la Sala:

«...dicte en su día sentencia mediante la que, con íntegra estimación de este recurso, revoque la resolución recurrida en los extremos impugnados, todo ello con expresa condena a la parte demandada al pago de las costas causadas en la instancia, con cuanto más resulta procedente».

2.- Los demandantes Sres. María Purificación Juan Carlos , se opusieron a la apelación y a su vez impugnaron la sentencia de instancia respecto de la improcedencia del pago del duplo de los anticipos y consecuente condena en costas de la demandada-apelante (impugnación respecto al FDD octavo), solicitando en su impugnación:

«Solicito al juzgado: Que admita este escrito con sus copias y sostenga por opuestos al recurso de apelación presentado de contrario contra la sentencia recaída en autos y, por impugnada la misma respecto a la no concesión del duplo de los anticipos abonados por los Sres. María Purificación Juan Carlos y, tras los trámites legales oportunos lo transmita a la Audiencia, y en su día esta emita sentencia desestimando el recurso de apelación presentado de contrario, se acceda a lo solicitado en mérito de nuestra impugnación, manteniendo los demás pronunciamientos, con expresa condena de costas a la contraparte».

3.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 11 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Se estima parcialmente el recurso formulado por la entidad Silverpoint Vacations S.L.

»Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la representación de Mr. Juan Carlos y Mrs. María Purificación .

»Se revoca parcialmente la sentencia recurrida, acordándose en su lugar la desestimación de la demanda y la absolución de la entidad demandada de los pedimentos contenidos en la demanda en su contra, sin efectuar expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.

»No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada.

»Devuélvase la totalidad del depósito a la parte apelante, ...».

**TERCERO.- 1.-** Por Dña. María Purificación y D. Juan Carlos se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Existe un criterio contradictorio entre las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Tenerife, así como de otras Audiencias Provinciales que a continuación relacionamos al respecto de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (vigente hasta el 18 de marzo de 2012).

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 .



Motivo tercero.- Consecuencias. De casarse la sentencia recurrida queremos establecer, de acuerdo a nuestro criterio, cuales serían las consecuencias jurídicas de realizar un contrato al margen de la Ley 42/1998 de Derechos sobre Aprovechamientos por Turnos y Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 25 de abril de 2016, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de Silverpoint Vacations S.L., presentó escrito de oposición al mismo con documental de la que se dio término a la parte recurrente que realizó las alegaciones que estimó pertinentes.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 7 de diciembre de 2016, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO .- Antecedentes .

Los demandantes, en virtud de los contratos suscritos el 19 de enero de 2003, el 11 de enero de 2004, el 6 de noviembre de 2004, el 21 de septiembre de 2005 y el 26 de abril de 2008 adquirirían unos certificados *Trust Certificate* que concedían el derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por periodos vacacionales en los complejos descritos, previo pago del precio.

Junto con los contratos se firmó una declaración de conformidad complementaria a los mismos. Y se firmaron también unos contratos de reventa independientes del contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

Los demandantes Dña. María Purificación y D. Juan Carlos formularon demanda el 10 de septiembre de 2012 y solicitaban que se declarase la nulidad o subsidiaria resolución de los contratos suscritos el 19 de enero de 2003, el 11 de enero de 2004, el 6 de noviembre de 2004, el 21 de septiembre de 2005 y el 26 de abril de 2008, con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 60.504 libras esterlinas más los gastos de servicios y mantenimiento que haría un total de 90.139,80 euros. Que se declarase la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas, con la obligación de devolver el duplicado de dichas cantidades, es decir, la suma de 28.772,46 euros. Y subsidiariamente se solicitaba si no prosperaban las peticiones anteriores que se declarase la nulidad por abusiva y por no haber sido negociadas de forma individualizada las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos, donde se ubicaban los apartamentos objeto del contrato, con la obligación de la demandada de abonar la cantidad referida de 90.139,80 euros.

La demandada Silverpoint Vacations S.L. se opuso a la demanda.

La sentencia de primera instancia concluyó que hubo un incumplimiento con arreglo a la Ley 42/1998 art. 1.7, lo que determinaba que se declarase la nulidad de los contratos de 19 de enero de 2003, el 11 de enero de 2004, el 6 de noviembre de 2004, el 21 de septiembre de 2005, el 26 de abril de 2008, en cuanto a los efectos de la nulidad las partes deberán restituirse las prestaciones que cada una hubiera entregado a la otra, así la demandada deberá restituir 77.281,76 euros que es el precio que los actores abonaron, desestimando la devolución de los anticipos entregados por duplicado y en cuanto a los cuotas abonadas para el mantenimiento en el acto del juicio los actores desistieron de esta petición.

La demandada no aporta prueba alguna de las cantidades percibidas por los actores por la venta de las semanas adquiridas.

Se interpone recurso de apelación por la mercantil demandada, Silverpoint Vacations, S.L., y la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 11 de septiembre de 2014, estima parcialmente el recurso, revoca la sentencia de primera instancia y en consecuencia desestima la demanda formulada por Dña. María Purificación y D. Juan Carlos y absuelve a la demandada.

La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluye que:

1.ª- Los referidos contratos no se encuentran regulados por la Ley 42/1998, porque ni los contempla ni los menciona, debiendo concluirse que se regularán por el Código Civil, y por la legislación protectora de consumidores y usuarios.

2.ª- Los actores no eran verdaderos consumidores porque resulta que el objetivo de la adquisición era más bien para alquilar o revender. Los actores no son destinatarios finales del producto, consta acreditada la finalidad



de obtención de una rentabilidad mediante la comercialización o explotación de los derechos que eran objeto del contrato.

3.<sup>a</sup>- Concurren todos los elementos esenciales del contrato, consentimiento, objeto y causa y se expresa en cada uno de los contratos el producto adquirido.

4.<sup>a</sup>- No se aprecia el dolo ni el error alegado para declarar la nulidad contractual que pretenden los actores, pues ejercitada la nulidad del contrato cuatro años después de la celebración del último contrato y nueve años después del primero, pues han tenido tiempo suficiente para reflexionar sobre los mismos y lo que se desprende de lo actuado en las actuaciones es la ausencia de las ganancias por las reventas y esto es lo que se evidencia como causa para pedir la nulidad contractual.

Se interpone recurso de casación por los demandantes Dña. María Purificación y D. Juan Carlos . El recurso tiene tres motivos.

El primero se fundamenta en la infracción de la disposición adicional segunda de la Ley 42/1998 , infracción del art. 1 Ley 1/1998 y la infracción del art. 6.4.º CC .

Los recurrentes mantienen que es de aplicación a estos contratos la Ley 42/1998, frente a la posición que mantiene la sentencia recurrida, que ha entendido que no son consumidores porque contrataron para invertir y por tanto como no son usuarios finales no les es de aplicación la Ley 42/1998.

Cita por un lado la doctrina recogida por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en sentencias de 25 de julio de 2014 , 11 de septiembre de 2014 , así como la sentencia de la Sección 4.<sup>a</sup>, de 4 de julio de 2014 , en las que se declara que no es de aplicación la Ley 42/1998.

Frente a esta posición recoge la doctrina que sigue la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en sentencias de 19 de noviembre de 2001 , 26 de noviembre de 2001 , 10 de diciembre de 2002 y 19 de marzo de 2007 , en las cuales se mantiene que en los contratos en los que se adquiere la calidad de socio a una afiliación a un club se trata de prestaciones que se encuadran dentro del ámbito de la Ley 42/1998, de manera que al no aplicarse la norma concurre el fraude de ley que proscribe el art. 6.4 CC y específicamente el apartado 7 del art. 1 de la Ley 42/1998 .

El segundo se fundamenta en la infracción del art. 1 Ley 16/1984 , LGDCU y el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley LGDCU. Se solicita en este motivo que la sala se pronuncie sobre la consideración del adquirente de estos contratos como consumidores.

Los recurrentes mantienen que estos contratos se firmaron para uso y disfrute e inversión de sus ahorros siempre dentro de la esfera privada y doméstica.

Se cita la posición que mantiene la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en sentencias de 25 de julio de 2014 y la sentencia de 11 de septiembre de 2014 sentencia recurrida, en la que se niega la condición de consumidor pues la intención de los contratantes era más bien la de alquilar o reventa posterior. Frente a esta posición otras audiencias declaran la condición de consumidor a pesar de que en muchos casos se produzcan reventas y la intención de los adquirentes se combinara con la inversión, en concreto la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de la Rioja en sentencias de 20 febrero de 2013 y 11 de enero de 2013 entre otras.

Los recurrentes alegan también que la doctrina seguida por la sentencia recurrida iría en contra de la doctrina fijada por esta sala, cuando atribuye la cualidad de consumidor a los pequeños inversores que en el ámbito de una actividad privada tratan de obtener un rendimiento económico con ocasión de la adquisición de un producto. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 , 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010 .

El tercero se fundamenta en la infracción del art. 10 Ley 42/1998 , infracción del art. 1.7 Ley 42/1998 , infracción del art. 10 Ley 26/1984 LGDCU, infracción de los arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 , 79, del Texto Refundido del R .D Legislativo 1/2007, así como los arts. 1261 , 1265 y 6.3 CC . Se plantea en el presente motivo las consecuencias jurídicas de realizar el contrato al margen de la Ley 42/1998.

Los recurrentes mantienen que los incumplimientos de la demandada, en relación a los contratos de aprovechamiento por turnos, en cuanto a la falta de información básica, contenido de los contratos, prohibición de anticipos y la falta de fijación del límite temporal de los contratos, determina la nulidad de pleno derecho por la vía del art. 1.7 de la Ley 42/1998 , precepto que prevé la sanción directa de la nulidad al margen del art. 6.4 CC .

Los recurrentes denuncian que en el presente caso no es que se haya incumplido algún precepto de la ley sino que no se ha cumplido prácticamente ninguno.



En todo caso, alegan que se vulnera también el art. 10 de la LGDCU de 26/1984, en relación con el art. 1261 CC, por cuanto no contaban con la información suficiente para que pudiera considerarse que otorgaban un consentimiento válido. Citan en esta sentencia la doctrina de la sala que recogen las sentencias de 11 de julio de 2007, 26 de marzo de 2009, 5 de marzo de 2010 y 28 de septiembre de 2011, pues el dolo abarca no solo la maquinación directa sino también por omisión siempre que exista un deber de informar sobre los hechos o circunstancias influyentes, doctrina que debe aplicarse cuando ese deber de información viene impuesto de forma expresa por la ley.

Los recurrentes mantienen que la acción que se ejercitaba en la demanda era la nulidad de la operación, acción a la que no resulta de aplicación el repetido plazo de tres meses, pues el art. 10.2 LATBI se remite a la regulación de la nulidad de los contratos contenida en el Código Civil.

Frente al criterio seguido por la sentencia recurrida los recurrentes citan la posición mantenida por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en sentencia de 19 de marzo de 2007, mantiene por el contrario que declara que serán nulos de pleno derecho los contratos que se constituyan al margen de la presente ley, Ley 42/1998; así como las sentencias de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, de 4 de abril de 2007 y 28 de septiembre de 2012.

#### **SEGUNDO** .- Causas de inadmisibilidad.

Deben rechazarse las causas de inadmisibilidad planteadas, dado que en el recurso se concretan las infracciones normativas que se invocan, se relatan con exquisito detalle las sentencias que provocan la contradicción, tanto en un sentido como en otro, ya sean de las Audiencias Provinciales o de este Tribunal Supremo.

#### **TERCERO** .- *Contratos* .

1. En el contrato de 19 de enero de 2003 se declara:

«Este acuerdo de compra ha llegado a la conclusión en una desacostumbrada fecha especificada entre *Resort Properties* el agente autorizado (abajo llamado vendedor) al dueño de esta abajo descrita propiedad y el encima identificado comprador de la misma propiedad. El vendedor consiente la venta y el comprador consiente la compra del derecho a *Trust certificate* y las relacionadas *holiday certificate licence(s)* en relación con el apartamento(s) y período de vacaciones y *Resort(s)* descritos a continuación, todos los cuales están sujetos a los términos y condiciones establecidos en este documento y en el reverso del mismo».

Se refiere a seis semanas concretadas en cinco apartamentos diferentes, en los complejos Beverly Hills Heights y Hollywood Mirage.

Se estableció un depósito de 3.803 libras esterlinas.

2. En el de 11 de enero de 2004 se recoge el mismo acuerdo de compra pero sobre tres semanas en tres apartamentos diferentes en Beverly Hills Club, con un depósito de 3.290 libras esterlinas.

3. El 6 de noviembre de 2004 se firma un contrato, con el mismo acuerdo de compra sobre dos semanas de un mismo apartamento en Beverly Hills Heights y con un depósito de 500 libras.

4. También el 6 de noviembre de 2004 se firma un contrato con el mismo acuerdo de compra sobre una membresía en el Club Paradiso, con un depósito de 2.670 euros.

5. El 21 de septiembre de 2005 se firma un contrato sobre una membresía en el Club Paradiso, con un depósito de 500 libras esterlinas.

6. El 26 de noviembre de 2008 se firma un contrato con el mismo acuerdo de compra sobre dos semanas en dos apartamentos diferentes en el Beverly Hills Club, con un depósito de 1.000 libras esterlinas.

En estos contratos se recogía la mención de *Timeshare* (tiempo compartido), la sujeción a la ley española y la posibilidad de desistir el contrato en el plazo de diez días, en unos casos y catorce en otros.

#### **CUARTO**.- *Motivos primero y tercero*.

Motivo primero.- Existe un criterio contradictorio entre las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Tenerife, así como de otras Audiencias Provinciales que a continuación relacionamos al respecto de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (vigente hasta el 18 de marzo de 2012).

Motivo tercero.- Consecuencias. De casarse la sentencia recurrida queremos establecer, de acuerdo a nuestro criterio, cuales serían las consecuencias jurídicas de realizar un contrato al margen de la Ley 42/1998 de Derechos sobre Aprovechamientos por Turnos y Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios.



Los recurrentes mantienen que es de aplicación a estos contratos la Ley 42/1998 frente a la posición que mantiene la sentencia recurrida, que ha entendido que no son consumidores porque contrataron para invertir y por tanto, como no son usuarios finales, no les es de aplicación la Ley 42/1998, unido a que entiende la sentencia recurrida que es la transmisión de un producto vacacional ajeno al ámbito de la Ley 42/1998.

Cita por un lado la doctrina recogida por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en sentencias de 25 de julio de 2014 y 11 de septiembre de 2014, así como la sentencia de la Sección 4.<sup>a</sup>, de 4 de julio de 2014, en las que se declara que no es de aplicación la Ley 42/1998.

Frente a esta posición recoge la doctrina que sigue la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en sentencias de 19 de noviembre de 2001, 26 de noviembre de 2001, 10 de diciembre de 2002 y 19 de marzo de 2007, en las cuales se mantiene que en los contratos en los que se adquiere la calidad de socio a una afiliación a un Club se trata de prestaciones que se encuadran dentro del ámbito de la Ley 42/1998, de manera que al no aplicarse la norma concurre el fraude de ley que proscribiera el art. 6.4 CC y específicamente el apartado 7 del art. 1 de la Ley 42/1998.

**QUINTO** .- *Decisión de la Sala. Régimen jurídico* .

Se estiman los motivos.

La parte demandada y recurrida de forma vaga refiere la naturaleza jurídica de los contratos, si bien parece deducirse que entiende que uno de los contratos de 6 de noviembre de 2004 y el de 21 de septiembre de 2005 relativos al Club Paradiso, se refieren a la adquisición de unos productos vacacionales no sujetos a la Ley 42/1998, por lo que deberíamos entender que el resto sí entiende que están sujetos a la Ley 42/1998.

En concreto refiere en el folio 31 de su recurso de apelación:

«Pues bien, si bien entendemos que dicha Ley 42/1998 resulta aplicable a los certificados vacacionales del Beverly Hills Heights, Hollywood Mirage Club y Beverly Hills Club, adquiridos en cuatro (4) contratos, de 19 de enero de 2003, 11 de enero de 2004, 6 de noviembre de 2004 y 26 de noviembre de 2008, sin embargo, *afirmamos con rotundidad que dicha norma no resulta aplicable a las membresías del Club Paradiso, adquiridas asimismo en los contratos de 6 de noviembre de 2004 y de 21 de septiembre de 2005* ».

En el régimen jurídico que regula el aprovechamiento por turno, y haciendo una breve reseña histórica de su regulación debemos citar:

1. La Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

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 aquella.

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.

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-.

2. Ley 4/2012, de 6 de julio.

La nueva Directiva 2008/122/CE, deroga la anterior, y tiene como fundamento la aparición de nuevos productos vacacionales; asimismo, completa lagunas, amplía la armonización de los ordenamientos internos de los Estados, refuerza la información al consumidor, regula con mayor precisión los plazos de ejercicio del derecho de desistimiento, insiste y amplía la prohibición de pago de anticipos durante el plazo de ejercicio de tal derecho, y determina la ineficacia de determinados préstamos de financiación para el caso de desistimiento.

Su incorporación al ordenamiento jurídico español se ha producido con la actual regulación de la 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.

En esta nueva norma se ha optado por elaborar un texto unificado, que comprenda tanto la transposición de la Directiva 2008/122/CE, en el título I, como la incorporación de la Ley 42/1998, en los títulos II y III, con las adaptaciones que requiere dicha Directiva.

La Ley 4/2012 contempla la regulación de cuatro figuras contractuales: el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, el contrato de adquisición de productos vacacionales de larga duración, el contrato de reventa y el contrato de intercambio.

El derecho de desistimiento del consumidor se establece sin necesidad de motivación y se puede ejercer tanto si el empresario hubiera facilitado toda la información precontractual como si no lo hubiera hecho o la hubiera facilitado de forma insuficiente. Se trata de un único derecho que se diferencia sólo en el cómputo. Las cláusulas contractuales correspondientes al derecho de desistimiento y a la prohibición del pago de anticipos serán firmadas aparte por el consumidor.

El contrato incluirá, asimismo, un formulario normalizado de desistimiento en documento aparte.

El plazo de los 14 días que en todos los tipos contractuales tiene el consumidor para desistir del contrato se computarán de la forma que establece el art. 12 Ley 4/2012. Dicho plazo arrancará desde la fecha de celebración del contrato, si bien, como garantía para el adquirente, el plazo no empezará a contar si el empresario no le hubiera entregado el «formulario de desistimiento» o la «información precontractual» (de ahí la enorme importancia de la presencia de la firma y de la fecha en el propio interés del empresario), en cuyo caso comenzará a contar a partir del momento de la fecha de su efectiva entrega. Ahora bien, desde el momento de la celebración del contrato la Ley establece para hacer efectivo el desistimiento el plazo máximo de un año -por ausencia de formulario- o de tres meses -por ausencia de información precontractual-.

Dado que los contratos analizados se formalizan desde los años 2003 a 2008, es indudable que será la Ley 42/1998 la aplicable al caso.

**SEXTO** .- *Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998* .

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.

**SÉPTIMO** .- *Contratos de 11 de enero y 6 de noviembre de 2004 (Beverly Hills Heights) y 26 de noviembre de 2008.*

Como dijimos en el FDD quinto, la propia parte demandada al recurrir en apelación reconocía que estaban sujetos a la Ley 42/1998.

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, ni 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.

**OCTAVO** .- *Contratos denominados como membresía de 6 de noviembre de 2004 y 21 de septiembre de 2005, sobre el Club Paradiso.*

En estos contratos se refiere:

1. Carta de asociación al club de vacaciones.
2. Período de desistimiento de 14 días de acuerdo con la ley española.
3. Un programa de intercambio.
4. Cuota de gestión anual.
5. Pago anticipado de 500 euros.

En la sentencia recurrida se declara que estos dos contratos no se refieren a un contrato de aprovechamiento por turno sino a un producto vacacional, con reservas en diferentes lugares, completamente distinto, que la Ley 42/1998 no recoge ni menciona y que sí regula la Ley 4/2012 que por su ámbito temporal no es aplicable a estos contratos.

Esta sala debe declarar que si bien es cierto que la Ley 42/1998 no regulaba expresamente los contratos de producto vacacional, ello no significa que quedasen al margen de la regulación del fenómeno, pues como dijimos regulaba los aprovechamientos por turno o «similares».

Es decir, la Ley 42/1998 conectora de las posibilidades de fraude (art.1.7) se preocupó de ampliar su cobertura a:



«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».

Precisamente por ese intento de fraude que intentaba eludir la aplicación de la mencionada directiva de 1994 y de la Ley 42/1998, se regulan en los arts. 12 y siguientes de la Ley 4/2012 los contratos de producto vacacional de larga duración, sometiéndolos a estrictos requisitos y a diversos formularios.

La nueva Directiva 2008/122/CE recoge en sus considerandos iniciales:

«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».

Pero el acuerdo armonizador que efectúa la Directiva 2008/122, ampliando la regulación a los productos vacacionales, para evitar el fraude, ya se había anticipado en nuestra Ley 42/1998, pues dado que las directivas comunitarias son normas de mínimos nuestro legislador creó una regulación sistemática y amplia del aprovechamiento por turno.

En este sentido declara la exposición de motivos de la Ley 42/1998 que:

«Al final, la propia Unión Europea llegó al convencimiento de que el problema no estaba tanto en una teórica insuficiencia legislativa como en el hecho de tratarse de un sector donde el consumidor está especialmente desprotegido, de modo que lo procedente era la elaboración de una Directiva que estableciera una normativa de carácter excepcional y que limitara, en este ámbito, la autonomía de la voluntad hasta donde fuera aconsejable...

»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, dejando fuera de la ley a las demás. Se 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.

»La Ley, por otra parte, no se limita a la transposición estricta de la Directiva, sino que procura dotar a la institución de una regulación completa. Así determina la posibilidad de constituir un derecho de naturaleza real, por el que se adquiere la facultad de disfrutar de un inmueble durante un período determinado del año; regula cómo se constituye sobre un inmueble el régimen jurídico del aprovechamiento por turno y dispone cómo han de ejercitarse en España los derechos de desistimiento y resolución que establece la Directiva europea.

»No es la primera vez que un texto comunitario es origen de una regulación interna más amplia de la exigida por aquél y, más aún, tratándose de Directivas que establecen unas garantías mínimas de protección».

A la vista de lo declarado debemos mantener al igual que en los primeros contratos analizados, que estamos ante contratos que pretenden el uso periódico de unas semanas de vacaciones, en los turnos previamente adquiridos, en alojamientos susceptibles de uso independiente, con mobiliario y prestación de servicios accesorios, con pago de una notable cantidad por la compra del derecho y con gastos de mantenimiento anuales, con posibilidad de desistimiento, reventa, intercambio, en suma, estos contratos quedan integrados en el ámbito objetivo de regulación del art. 1 de la Ley 42/1998 .

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 , ni 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.

**NOVENO** .- Segundo motivo de casación. 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. 477.2.3° 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 entre 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. María Purificación Juan Carlos 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.

Por todas estas razones, procede estimar el motivo.

**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 del 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 aún 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.

En conclusión se condena al demandado al pago de 39.967,62 libras esterlinas, más 22.526 libras esterlinas (anticipos duplicados) e intereses legales desde la interposición de la demanda.

**DECIMOTERCERO** .- Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia, al estimarse sustancialmente la demanda.

Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

No procede expresa imposición de las costas de la impugnación.

No procede expresa imposición de las costas de la casación ( arts. 394 y 398 LEC ).

Se acuerda la devolución el depósito para recurrir.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Juan Carlos y Dña. María Purificación contra sentencia de 11 de septiembre de 2014 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife .

**2.º**- Casar la sentencia recurrida, dictando otra en su lugar por la que se mantiene la declaración de nulidad contractual efectuada en la sentencia de 13 de diciembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona , condenando a la demandada al pago de 62.493,62 (sesenta y dos mil cuatrocientas noventa y tres con sesenta y dos) libras esterlinas e intereses legales desde la interposición de la demanda. **3.º**- Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia, al estimarse sustancialmente la demanda. Se imponen a la demandada las costas de la apelación. No procede expresa imposición de las costas de la impugnación. No procede expresa imposición de las costas de la casación. Se acuerda la devolución del depósito para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.