



Roj: **STS 2259/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2259**

Id Cendoj: **28079110012017100351**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/06/2017**

Nº de Recurso: **3225/2014**

Nº de Resolución: **373/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2934/2014,**
STS 2259/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 9 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, el día 22 de septiembre de 2014, dictada en el recurso de apelación n.º 58/2014, dimanantes de los autos de juicio ordinario de nulidad contractual n.º 1258/2012, procedentes del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona. -Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador de los tribunales don Buenaventura Alfonso González en representación de doña Berta y don Virgilio . -Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida el procurador de los tribunales don Luciano Rosch Nadal, en representación de la entidad Silverpoint Vacations S.L.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- EL procurador don Buenaventura Alfonso González en nombre y representación de don Virgilio y de doña Berta , presentó demanda de juicio ordinario de nulidad contractual contra la entidad Silverpoint Vacations S.L. y contra Resort Properties Limited solicitando se dictase sentencia con los siguientes pedimentos:

«1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes el 7 de julio de 2007 y el 28 de junio 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 49.000 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento y servicio en los años 2008 (Club Beverly Hills) por 1.278,00 libras, 2.008 (Palm Beach Holiday Club Plus) por 401,00 libras, 2008 (Hollywood Mirage) por 2.152,00 libras, 2009 (Club Beverly Hills) por 1.544,00 libras, 2.009 (Palm Beach Holiday Club Plus) por 488,00 libras, 2009 (Hollywood Mirage) por 992,00 libras, 2010 (Club Beverly Hills) por 546,56 libras, 2.009 (Club Paradiso) por 490,00 libras, 2010 (Club Paradiso) por 490,00 libras y 2012 (Club Paradiso) por 490,00 libras, (Cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 71.791,99 euros en total) 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 de los meritados contratos 2.000,00 Libras y la obligación de estas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 4.000,00 libras esterlinas (4.962,16 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 restituyan las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, (49.000,00 Libras Esterlinas) más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicio en los años 2008 (Club Beverly Hills) por 1.278,00 libras, 2.008 (Palm Beach Holiday Club Plus) por 401,00 libras, 2008 (Hollywood Mirage) por 2.152,00 libras, 2009 (Club Beverly Hills) por 1.544,00 libras, 2.009 (Palm Beach Holiday Club Plus) por 488,00 libras, 2009 (Hollywood Mirage) por 992,00 libras, 2010 (Club Beverly Hills) por 546,56 libras, 2.009 (Club Paradiso) por 490,00 libras, 2010 (Club Paradiso) por 490,00 libras y 2012 (Club Paradiso) por 490,00 libras, ascendiendo en total -salvo error u omisión- a la suma de 71791.99 Euros, con expresa imposición de costas a las partes demandadas.

2.- Por decreto de 9 de noviembre de 2012 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a las demandadas para contestar.

3.- El procurador don Pedro Ledo Crespo, en nombre y representación de la mercantil Silverpoint Vacations S.L., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

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

4.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona, dictó sentencia el 14 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Estimo parcialmente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales, don Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de don Virgilio y doña Berta frente a Silverpoint Vacation S.L. representada por el Procurador de los Tribunales don Pedro Ledo Crespo, y en su virtud declaro la nulidad de los contratos de fecha de 7 de julio de 2007 y 28 de junio de 2008, sin que esta declaración se extienda a los anexos de los referidos contratos y en su virtud le condeno al abono de la cantidad de cincuenta mil quinientas libras (50.500 libras) o su equivalente en euros, más el interés legal, sin imposición de costas a ninguna de las partes».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de la entidad Silverpoint Vacations S.L. correspondiendo su resolución a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 22 de septiembre de 2014 con el siguiente fallo:

«1. Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad Silverpoint Vacations S.L., revocándose parcialmente la sentencia dictada en primera instancia, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas de dicho recurso.

»2. Se desestima la demanda formulada por Virgilio y Berta contra la entidad Silverpoint Vacations S.L., absolviendo a dicha demandada de todos los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre costas.

»3. Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la parte apelada sin que proceda hacer especial pronunciamiento en costa».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación .*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Berta y de don Virgilio , con base en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Infracción del art. 1 Ley 42/1998 , e infracción del art. 6.4 CC .

SEGUNDO.- Infracción art. 1 LGDCU 26/1984 y el art. 3 de LGDCU 1/2007.

TERCERO.- Infracción del art. 1.7 y 2 , 8 , 9 , 10 , 11 y 12 todos de la Ley 42/1998 , art. 10 LGDCU 26/1984, arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 y 79 RD Legislativo 1/2007 así como los arts. 1261 , 1265 y la infracción del 6.3 CC .

2.- La sala dictó auto el 15 de marzo de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

«1.º Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Virgilio , contra la sentencia dictada con fecha 22 de septiembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 58/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1258/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona.



»2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte o partes recurridas formalicen por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría».

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de la entidad Silverpoint Vacations S.L., manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el 7 de junio de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes*

Son hechos relevantes en la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Los demandantes, en virtud de los contratos suscritos el 7 de julio de 2007 y el 28 de junio de 2008 adquirieron unos certificados de fiducia que concedían el derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por períodos 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 firmó también unos contratos de reventa independientes del contrato de adquisición y de afiliación en relación con alguna de las semanas que había adquirido.

2.- Los contratos tienen el siguiente contenido:

(i) Contrato de 7 de julio de 2007:

Complejo/Club Apt-semana Distribución Día de ocupación Derecho de ocupación Primera ocupación Cuota de gestión Cuota RCI

Beberly Hills Club D204-47 1 Hab Viernes 4 2008 A facturarse Autoinscripción

Beberly Hills Club E106-03 Estudio Viernes 4 2008 A facturarse Autoinscripción

Beberly Hills Club G001-13 Estudio Viernes 4 2008 A facturarse Autoinscripción

Beberly Hills Club I001-08 Estudio Viernes 4 2008 A facturarse Autoinscripción

Hollywood Mirage Club 2103-11 1 Hab Viernes 4 2008 A facturarse Autoinscripción

Hollywood Mirage Club 3102-24 1 Hab Viernes 4 2008 A facturarse Autoinscripción

Hollywood Mirage Club 3116-22 Estudio Viernes 4 2008 A facturarse Autoinscripción

Hollywood Mirage Club 3411-17 2 Hab Viernes 6 2008 A facturarse Autoinscripción

Hollywood Mirage Club 5522-21 1 Hab Deluxe Viernes 4 2008 A facturarse Incluida

Hollywood Mirage Club 6109-25 1 Hab Viernes 4 2008 A facturarse Autoinscripción

Palm Beach Holiday Club PBHC-4612

1021-26 2 Hab Viernes 6 2008 A facturarse Autoinscripción

(ii) Contrato de 28 de julio de 2007:

Complejo/Club Apt-semana

Nivel de Membresía Distribución Día de ocupación Derecho de ocupación Primera ocupación Cuota de gestión/ Servicio Cuota RCI

Club Paradiso CITY-1561 CITY 2 2009 A facturarse

Hollywood Mirage Club 6201-48 Vendido 1 Hab de luxe Viernes 4 2009 A facturarse Incluida

Palm Beach Holiday Club PBHC-5302 (335-17) Vendido 1 Hab Viernes 4 2009 A facturarse Autoinscripción

Y ambos con las declaraciones que constan a los folios 27 a 29 y 74 a 76, respectivamente de los autos.

3.- Los demandantes D.^a Berta y D. Virgilio formularon demanda el 14 de septiembre de 2012 y solicitan que se declare la nulidad o subsidiaria resolución de los contratos suscritos el 7 de julio de 2007 y el 28 de junio de 2008 con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, más el importe los gastos de servicios y mantenimiento que haría un



total de 71.791,99 Euros. Que se declare la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas, con la obligación de devolver el duplicado de dichas cantidades, es decir, la suma de 4.962,16 euros. Y subsidiariamente se solicitaba si no prosperan las peticiones anteriores que se declare la nulidad por abusiva y por no haber sido negociada 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 71.791,99 euros.

La demandada «Silverpoint Vacations, S.L.», se opone a la demanda.

4.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, y en su virtud declaró la nulidad de ambos contratos, sin que esta declaración se extienda a los anexos de los referidos contratos, y condeno a Silverpoint Vacation S.L. al abono de la cantidad de cincuenta mil quinientas libras o su equivalente en euros, mas el interés legal.

5.- Al motivar su decisión expone lo siguiente:

(i) Del examen de los contratos se desprende que la actora adquiriría un derecho de carácter personal a que se les prestasen determinados servicios en inmuebles de ciertas categorías, en los diferentes complejos, apartamentos, períodos de vacaciones y membresías y club indicados.

(ii) La norma de aplicación a los contratos en cuestión es la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.

(iii) Desde la perspectiva de esta Ley 42/1998, de 15 de diciembre, es evidente que se produce en la formalización de los contratos notorios incumplimientos.

En concreto se incumple, conforme a las estipulaciones del art. 9 de esta Ley, el deber de contenido mínimo de los contratos, en el que destaca la necesaria inserción literal de los arts. 10, 11 y 12 de la ley.

(iv) Así el referido contrato sólo indica que los actores adquirirían un certificado de fiducia y las correspondientes licencias-certificados de vacaciones-membresías en relación con los complejos, apartamentos, períodos de vacaciones y membresías al club indicados, sujeto a términos y condiciones en el contrato y apéndices adjuntos, y que existe una ocupación máxima y una ocupación de intercambio máxima por apartamento. Sin embargo examinados los contratos objeto de litis no existe ninguna información sobre los complejos, apartamentos, incumpléndose el contenido mínimo de estos contratos, de tal manera que el adquirente puede conocer el complejo, tipo de apartamento, situación registral, etc.

Asimismo, es de notar, en el presente caso, la presión que se le ejerce, de inmediato, sobre el comprador, al incluir en la firma de la documentación, el día de la entrevista, el abono de la cantidad de 1000 libras.

Se produce asimismo el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley que establece que "Con suficiente antelación a la prestación del consentimiento por el **consumidor** a cualquier oferta sobre los contratos a que se refiere este título, el empresario deberá facilitarle información precisa y suficiente, de forma clara y comprensible por alguno de los mediante los formularios de información recogidos en la Ley.

Lo mismo decir en relación al derecho de desistimiento, y la prohibición de pagos anticipados tal y como establece el artículo 10. Según dispone este artículo, "el empresario pondrá explícitamente en conocimiento del **consumidor** la existencia del derecho de desistimiento y la duración del plazo para ejercerlo, así como la prohibición del pago de anticipos durante dicho plazo, contemplada en el artículo 13.

(v) Por todo lo anterior se produjo un incumplimiento de las prescripciones de la ley aplicable al contrato. Este incumplimiento con arreglo a la Ley 44/1998 artículo 1.7 y a la inoperatividad de la misma conlleva a la nulidad de pleno Derecho del contrato en cuestión.

A mayor abundamiento lo anterior debe ponerse en relación, sobre la base de la existencia de nulidad al amparo de la Ley General para la defensa de los **consumidores** y usuarios, y del código civil. El incumplimiento de las prescripciones de la ley especial, incide en la correcta información que debe recibir el **consumidor**, así la oscuridad de sus cláusulas, las técnicas de venta utilizadas por la vendedora, sobre todo en lo relacionado con la inmediatez en el pago.

Por todos los motivos anteriormente expuestos procede declarar la nulidad del contrato de fecha de 7 de julio de 2007 y 28 de junio de 2008, sin que esta nulidad pueda extenderse a los anexos de los referidos contratos, por cuanto no han sido traídos a los autos, y en consecuencia no ha quedado acreditado su existencia.

(vi) En cuanto a la restitución de las prestaciones la declaración de la nulidad produce el efecto de destruir el contrato como si este no hubiera existido, en base a ello el demandado deberá entregar el precio que los actores abonaron. Es decir la cantidad de 24.8666 libras, cantidad entregada en el contrato de 7 de julio de 2007, y la



cantidad de 22134 libras, que es la cantidad abonada por el contrato de 28 de junio de 2008. Asimismo, y de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la Ley, acreditado entregar como anticipos la cantidad de 1000? por cada contrato, el demandado deberá devolver esta cantidad por duplicado.

Sin embargo aclara, que en cuanto a la restitución de las cuotas abonadas para mantenimiento de los diferentes alojamientos, como los compradores no pueden actuar en reciprocidad, restituyendo los servicios y suministros por el uso que han hecho del apartamento, no procede estimar la pretensión ejercitada.

(vii) No hubo condena en costas por ser parcial la estimación de la demanda

6.- La mercantil demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, cuyo conocimiento correspondió a la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 22 de septiembre de 2014 por la que estimó el recurso y, en consecuencia desestimó la demanda.

Desestimó también la impugnación opuesta por la parte recurrida sin entrar a enjuiciarla, por carecer de efecto útil a causa de estimarse el recurso de apelación.

7.- La Audiencia, que recoge que la entidad apelante reconoce que el contrato de 7 de julio de 2007 se encuentra dentro del ámbito que regula la ley 42/1998, pero no el de 28 de junio de 2008 por tratarse de un producto vacacional que dicha ley no regula, sigue el siguiente razonamiento, al motivar su decisión:

(i) Los actores difícilmente tenían la condición de **consumidores** al contratar, pues no se constituían en destinatarios finales de los bienes o derechos adquiridos, sino que los adquirían para su reintroducción en el mercado (a través de la reventa o el alquiler) y obtener los beneficios consiguientes que fue lo que los movió a adquirir tantas semanas. Es decir, no actuaron en un ámbito ajeno a una actividad empresarial que es la nota que confiere el carácter de **consumidor** según el artículo 3 de la Ley General de **Consumidores**.

(ii) Siendo ello así los adquirentes, no **consumidores**, quedan fuera del ámbito subjetivo de la Ley 42/1998 y, por ende, no le es de aplicación ésta a los contratos celebrados por ellos, y eso a pesar de que esa sujeción no se haya cuestionado en cuanto al primero de los contratos por la parte demandada.

(iii) Aunque en el hipotético caso de ser de aplicación la mencionada ley, tampoco podría prosperar la demanda, pues los incumplimientos que recoge la sentencia de primera instancia lo que otorga al adquirente es la facultad de resolver el contrato en el plazo de tres meses, facultad que no ejercitaron los actores en el plazo indicado.

(iv) Niega, en aplicación de la normativa del Código Civil, la nulidad de los contratos por vicio invalidante del consentimiento.

No se ha llegado a una prueba rigurosa de los vicios denunciados, no se advierte ausencia de ninguno de los elementos esenciales del contrato.

8.- La representación procesal de los demandantes interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, conforme al art. 477.2.3º LEC .

El recurso se formula con 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. 6.4º CC .

Los recurrentes mantienen que es de aplicación a estos contratos la ley 42/1998, con independencia de la diferenciación entre el contrato de 28 de junio de 2008 al llamado Club Paradiso, y el contrato de 7 julio de 2007 sobre las membresías de Hollywood Mirage Club y Palm Beach Holiday Club, pues respecto a estos contratos los dos son celebrados en España, que incluso lo son sobre inmuebles sitios en España, y es para la utilización durante un período determinado o determinable del año.

Es cuestión pacífica que los Sres. Berta Virgilio han hecho uso de la adquisición de sus derechos. Plantean los recurrentes que la Audiencia no ha considerado que los Sres. Berta Virgilio han disfrutado de sus derechos y solo ha tenido en cuenta que tenían como objeto obtener un beneficio y por ello no tienen el carácter primordial de usuario final. Por tanto no es de aplicación la Ley 42/1998.

Citan por un lado la doctrina recogida por la propia sentencia recurrida, de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, y las dictadas en el mismo sentido por la sección 3ª 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 de 4ª, 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 1ª, 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 , 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 .

Los recurrentes mantienen que la sentencia recurrida infringe el art. 1 de la Ley 42/1998 , y la Disposición Adicional Segunda, preceptos que no condicionan la aplicabilidad de ésta Ley a que los adquirentes sean usuarios finales y/o **consumidores** y usuarios.

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. Es la demandada quien tiene el carácter de profesional, en esta relación jurídica, y quien desarrolla y redacta unilateralmente los contratos siendo los demandantes **consumidores** al no ser profesionales del sector, pues los actores firmaron los contratos para uso, disfrute e inversión de sus ahorros, siempre dentro de la esfera privada.

Se cita la posición que mantiene, la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de septiembre de 2014, que es la sentencia recurrida, y las sentencias de la sección 3ª, 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 , en las que se niega la condición de **consumidor** pues la intención de los contratantes era mas 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 1ª, de la Audiencia Provincial de la Rioja, 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, 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 hay 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 1ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en sentencia de 19 de marzo de 2007 , 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 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de septiembre de 2002, y de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 3 de septiembre de 2004, así como las sentencias de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, de 4 de abril de 2007 y 28 de septiembre de 2012 entre otras.

9.- La sala dictó auto el 15 de marzo de 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación y abrir el plazo de veinte días para que la parte recurrida formalizase por escrito su oposición al recurso.

Esta parte presentó escrito de oposición al recurso, pero previamente alegó su inadmisión por no existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales que justifiquen la existencia de interés casacional.

SEGUNDO.- *Decisión sobre la admisibilidad*

Procede su admisibilidad en este momento procesal, confirmando la que de forma provisoria se acordó en el auto de 17 de marzo de 2017.

La parte recurrente ha expresado con claridad el problema jurídico sobre el que existe contradicción respecto de aquellos que constituyen ratio decidendi de la sentencia recurrida.

Ha citado sentencias de una sección en que se decide colegiadamente en un sentido y otras, diferentes de la primera, en las que se decide colegiadamente en sentido contrario, figurando en uno de esos grupos la sentencia recurrida.

Pero en el hipotético caso de que se entendiese que ese formalismo no ha sido satisfecho, se ha de traer a colación el Acuerdo sobre criterios de admisión de esta sala, de 27 de enero de 2017, en el que se afirma que «no obstante, no será imprescindible la cita de sentencias con los requisitos indicados cuando, a criterio de la Sala Primera, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema planteado».

Tal constancia es patente por cuanto, decidiendo sobre problemas jurídicos idénticos, y por alegarse la existencia de doctrina contradictoria de audiencias provinciales, ya ha decidido esta sala en la sentencia de Pleno 16/2017, de 16 de enero y en posteriores (SSTS 38/2017, de 20 de enero y 87/2017, de 15 de febrero).

TERCERO.- *Decisión de la Sala sobre el recurso.*

En atención a lo que acabamos de afirmar, resulta forzoso decidir el presente recurso siguiendo el hilo conductor y la motivación de las sentencias citadas.

En los motivos primero y tercero del recurso se pone de manifiesto la existencia de criterios contradictorios entre distintas audiencias provinciales respecto de la aplicación o no a los contratos litigiosos de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, y en concreto de su artículo 1.7, que sanciona con nulidad de pleno derecho el incumplimiento de sus disposiciones, sosteniendo la parte recurrente que la redacción de los contratos incumple tales disposiciones y tiene como finalidad eludir la aplicación de la norma.

La parte recurrida solo niega que se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la Ley mencionada el contrato de 28 de junio de 2008 por tratarse de un producto vacacional que dicha ley no regula.

Según ella el contrato de 7 de julio de 2007 sí lo regula esta Ley 42/1998, si bien le niega su aplicación por negarle a los adquirentes su condición de **consumidores**.

Con tales consideraciones, y teniendo en cuenta la fecha de formalización de los contratos, de serlo, sería aplicable Ley 42/1998; por lo que ante todo se ha de examinar su ámbito de aplicación.

CUARTO.- *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 (artº 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 (artº 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.

QUINTO. - La tesis de que el contrato de 28 de junio de 2008 queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, por tratarse de un producto vacacional que dicha ley no regula no la comparte la sala.

«La sentencia del Pleno 16/2017, de 16 de enero, afirma que «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)...»

Del contenido contractual 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, 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 período determinado o determinable al año. Al que, como veremos, se anuda la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho del contrato en cuestión.»

Añade la sentencia de Pleno que:

«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 42/1998, 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. Pero si atendemos a lo dispuesto en los apartados 5 y 7 del mismo art. 1, debemos concluir que la citada Ley resulta aplicable al contrato litigioso, por cuanto el art. 1.5 establece que «lo dispuesto en la presente Ley se aplicará al propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno»; y el contrato de que se trata es claro que se refiere a la comercialización de un peculiar aprovechamiento por turno. Y fundamentalmente, porque el art. 1.7 incluye en su ámbito de aplicación al «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.

»A su vez, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el mencionado art. 1.7 sanciona con la nulidad de pleno derecho los contratos a los que se refiere, y el que nos ocupa no solo no se adapta a la Ley 42/1998,



sino que, como bien se dice en la sentencia de primera instancia, la infringe en diversos aspectos, referidos a sus arts. 10, 11 y 12. »»

SEXTO. - Aunque no se pone en entredicho, según se ha acreditado, que el contrato de 7 de julio de 2007 se encuentre sometido a la Ley 42/1998, sin embargo la Audiencia rechaza su aplicación al negarle a los adquirentes el concepto de **consumidores** por las razones que se han plasmado en el resumen de antecedentes.

Consecuencia de lo anterior es que no puede exigirse, según la sentencia, que el contrato se ajuste a lo previsto en la Ley 42/1998; por lo que se trataría de contratos sometidos a las normas del Código Civil.

Con tal planteamiento, y por ser la *ratio decidendi* esencial de la sentencia de la Audiencia, es relevante para la decisión del recurso la respuesta que merezca el motivo segundo del mismo.

SÉPTIMO.- Motivo Segundo

Como hemos adelantado deviene necesario precisar la «condición de **consumidor** a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles».

A tal fin se ha de estar a la doctrina recientemente fijada por la *sentencia de Pleno número 16/2017, de 16 de enero*:

«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 su redacción vigente cuando se firmó el contrato litigioso, «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) n° 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, que ha sustituido al anterior. 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».

OCTAVO.- Se añade en la citada sentencia de Pleno que «el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de **consumidor** de una persona física», y lo hace en los siguientes términos:

«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. 1.1º CCom .»

Con la doctrina sentada por la sala, aquí recogida, no se entiende necesario plantear cuestión prejudicial al TJUE.

NOVENO.- A partir de esta doctrina de la Sala, no consta que los adquirentes recurrentes realizaran habitualmente 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**.

Tratándose de **consumidores**, y por ende aplicable la Ley 42/1998, se aprecia, como recoge la sentencia de primera instancia, que no se ha cumplido prácticamente ningún precepto de la Ley, como se puede comprobar al contrastar los contratos de adquisición con el artículo 9 de la Ley 42/1998 que impone un extenso contenido mínimo.

La consecuencia nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados, dado que de acuerdo con el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley».

Tan clara es la intención de la demandada de eludir la Ley en cuestión, que en los contratos no se transcriben los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998 ni menciona, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (artículo 9.1.6º), por lo que los adquirentes no podían conocer cuál era el régimen legal de sus contratos.

DÉCIMO.- Como recoge la doctrina de la Sala. (sentencia 38/2017, de 20 de enero) «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 leales.»

Pero no es el supuesto que aquí se contempla, pues los demandantes han tenido a su disposición los aprovechamientos objeto del contrato de 7 de julio de 2007 durante los años 2008, 2009, 2010, 2011 y hasta el 14 de septiembre de 2012, fecha de presentación de la demanda. Los aprovechamientos objeto del contrato de 28 de junio de 2008 los han tenido a su disposición los años 2009, 2010, 2011 y hasta el 14 de septiembre de 2012.

En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados, partiendo de la atribución de una relación contractual de 50 años, que es la máxima prevista por la ley. A tal cantidad se le ha de sumar, como recoge la sentencia de primera instancia, la correspondiente a la penalización por el anticipo indebido.

UNDÉCIMO.- En aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC , no proceded imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

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 la representación procesal de don Virgilio contra la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2014 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación n.º 58/2014 , dimanantes de los autos de juicio ordinario de nulidad contractual n.º 1258/2012, procedentes del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona. **2.º**- Casar la sentencia recurrida y, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de primera instancia, confirmar esta, pero con las deducciones mencionadas en el fundamento de derecho décimo, que se llevarán a cabo en ejecución de sentencia. **3.º**- Se condena a la demandada a las costas del recurso de apelación. **4.º**- No se impone a la recurrente las costas del recurso de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.