



Roj: **STS 4108/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4108**

Id Cendoj: **28079110012017100593**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2017**

Nº de Recurso: **751/2016**

Nº de Resolución: **630/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 3026/2015,**
STS 4108/2017,
AATS 2935/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 630/2017

Fecha de sentencia: 21/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 751/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 751/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 630/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 21 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 488/2015, de la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 588/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona; recurso interpuesto ante la citada audiencia por D^{ña}. Almudena y D^{ña}. Covadonga, representadas en las instancias por el procurador D. Leopoldo Pastor Llarena, bajo la dirección letrada de D^{ña}. Judith Díaz Pascual, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Vicente Javier López López en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Silverpoint Vacations S.L., representado 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^{ña}. Almudena y D^{ña}. Covadonga, representado por el procurador D. Leopoldo Pastor Llarena y bajo la dirección de la letrada D^{ña}. Judith Díaz Pascual, interpuso demanda de juicio ordinario de nulidad contractual contra Silverpoint Vacations Club S.L. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que declare:

»1.- Se declare la nulidad radical de los contratos suscritos entre las partes, conforme al artículo 1261 y 6.3 del Código Civil, y al artículo 1.7 de la Ley 42/98, de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Turísticos y Normas Tributarias. Se solicita se condene a la demandada a la restitución de las prestaciones que asciende a la cantidad 2.869,90.-?.

»2.- Subsidiariamente, resolución contractual conforme al artículo 1124 del Código Civil, y se condene a la demandada al pago de la cantidad de 42.869,90.-?.

»8. Se declare la nulidad por abusivas de las siguientes cláusulas:

»a) Cláusula 11 del contrato por vulnerar el artículo 13 de la Ley de Derechos de Aprovechamiento por Turnos, tal y como se establece en el hecho cuarto de esta demanda.

»"La falta de pago del comprador en la fecha límite, acordada mutuamente, significará un incumplimiento de este acuerdo. Por la presente el comprador renuncia a la notificación de dicha infracción contractual(...)".

»b) Se declare la nulidad de las cláusulas 6, 7 y 8 del documento de declaración de cumplimiento por vulnerar los artículos 80 y siguientes de la Ley 1/2007 de Consumidores y Usuarios, conforme se explica en el hecho cuarto de esta demanda.

»6. Entendemos que esta compra no está condicionada por la re-venta de otra propiedad de vacaciones/afiliaciones que -en su caso- poseamos.

»7. Entendemos que la compra de semanas de tiempo compartido/afiliación a un club no es una inversión financiera y que cualquier re-venta posterior de las semanas de timeshare/afiliación a un club con un beneficio es una especulación.

»8. 20. Entendemos que Resort Properties no ofrece una garantía sobre el tiempo de re-venta.

»c) Se declare la nulidad de la cláusula nueve del documento declaración de cumplimiento por vulnerar el artículo 9.1.5 de la Ley 42/1998 y los artículos 80 y siguientes de la Ley de Consumidores y Usuarios, tal y como se explica en el hecho cuarto de esta demanda.

»Sabemos que tenemos la obligación de pagar las cuotas de mantenimiento/cargos anuales de servicio que corresponden al/a los apartamento(s)/nivel(es) arriba indicado(s) hasta que se haya concluido el transfer a un propietario nuevo.

»5) Y todo ello, con expresa imposición en costas a la parte demandada, conforme al artículo 394 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

»Es justicia que pido».



2.- El demandado Silverpoint Vacations S.L. contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Pedro Ledo Crespo y bajo la dirección letrada de D. José Minero Macías, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación 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.- 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 10 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»Desestimar íntegramente la demanda presentada por el procurador de los tribunales D. Buenaventura Alfonso González en nombre y representación de Dña. Almudena y Dña. Covadonga, representadas por el procurador de los tribunales D. Pedro Ledo Crespo, y en su virtud absuelvo a Silverpoint Vacations S.L. de los pedimentos frente a ella deducidas, con imposición de costas a la actora».

Y con fecha 16 de enero de 2015, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva acuerda:

«Aclarar el fallo de la sentencia de fecha de 10 de noviembre de 2014, y en su virtud acuerdo que las costas no sean impuestas a ninguna de las partes».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora e impugnándose por la demandada, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 14 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo:

»1. Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la entidad apelada Silverpoint Vacations S.L., condenándole al pago de las costas de dicha impugnación si las hubiere.

»1. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por Almudena y Covadonga, confirmándose la sentencia dictada en primera instancia con imposición de costas a la parte apelante y con pérdida del depósito que se haya constituido para recurrir».

TERCERO.- 1.- Por Dña. Almudena y Dña. Covadonga se interpuso recurso de casación por interés casacional para unificación de doctrina basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Se fundamenta en la infracción del art. 1.7 Ley 42/1998 en relación con el art. 9.1.3.º de la misma Ley, así como por infracción del art. 6.3 CC en relación con el art. 1261 CC por falta de elemento esencial o falta de una identificación adecuada del objeto sobre el que recae la adquisición.

Motivo segundo.- Se fundamenta en la infracción del art. 3 Ley 42/1998, por desatención por la sentencia recurrida de lo dispuesto en la norma especial que establece un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza, y la mercantil demandada vende los derechos de por vida, lo que choca con la limitación expresa que contempla el art. 3 que declara que no podrán comercializarse derechos de esta naturaleza por un tiempo inferior a tres años, ni superior a cincuenta (en el folio 9 del escrito de demanda, las demandantes alegan que la demandada solo hace alusión a la fecha de celebración del contrato pero no encontramos la más mínima referencia a los datos de la escritura reguladora, ni a la naturaleza real o personal del derecho transmitido, ni se hace constar la fecha en que el régimen se extinguirá de conformidad con las disposiciones de la presente ley, se desconoce si se trata de un derecho personal o real, no saben si están obligadas por cuatro, veinte o cincuenta años).

Motivo tercero.- Se fundamenta en la infracción del art. 1.1 Ley 42/1998, pues la no aplicación de la referida Ley por la mera nominación del producto como «producto vacacional», iría en contra del propio sentido de la norma e incumple de forma clara la doctrina de la sala recogida en SSTS de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985, que declaran que los tribunales tienen plena potestad para calificar los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 5 de julio de 2017, 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 y en otrosi digo instó, al considerar que se cumplen todos los requisitos, el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre la



interpretación del art. 2 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 .

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 8 de noviembre de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

Las demandantes, en virtud de los contratos suscritos el 10 de agosto de 2004 y 16 de agosto de 2007, adquirirían un certificado «certificado de fiducia» «certificados de vacaciones» por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por periodos vacacionales en unos complejos, 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 de los contratos de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

Las demandantes D.^a Almudena y D.^a Covadonga , formularon demanda el 22 de julio de 2013, solicitando que se declarara:

1. La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes, y que se condene a la demandada la pago de la cantidad de 42.869,90 euros.
2. Que se declaren abusivas, las cláusulas 11, 6, 7 8, así como la cláusula 9 del documento de declaración.

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

La sentencia de primera instancia, desestimó íntegramente la demanda y absolvió a la demandada de los pedimentos frente a ella deducidos, sin imposición de las costas a ninguna de las partes.

Se interpuso recurso de apelación por las demandantes, y la demandada impugnó la sentencia de primera instancia en cuanto a la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva.

La sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, desestimó la impugnación de la sentencia formulada por la entidad demandada, condenándole al pago de las costas de dicha impugnación, y desestima el recurso de apelación interpuesto por las demandantes confirmando la sentencia dictada en primera instancia, con imposición de las costas.

Se interpuso recurso de casación por las demandantes D.^a Almudena y D.^a Covadonga . El recurso tiene tres motivos:

El primero se fundamenta en la infracción del art. 1.7 Ley 42/1998 en relación con el art. 9.1.3.º de la misma Ley , así como por infracción del art. 6.3 CC en relación con el art. 1261 CC por falta de elemento esencial o falta de una identificación adecuada del objeto sobre el que recae la adquisición.

Las recurrentes mantienen que la sala ya se ha pronunciado dentro del marco de estas figuras y ha declarado la nulidad de un contrato de aprovechamiento por turnos en el que de forma indebida no se identificaba el objeto, porque no se concretaba sobre que inmueble recaía el derecho, por ello la falta de información se dotó de mayor gravedad cuando faltaba los datos identificativos del inmueble, sentencia 775/2014, de 15 de enero, rec. 3190/2012 , y sentencia 460/2015, de 8 de septiembre, rec. 1432/2013 .

En el presente caso, según las recurrentes no solo se omite de forma deliberada el contenido esencial del art. 9.1.3.º, datos identificativos y registrales del inmueble, sino que todos y cada uno de los requisitos esenciales de información son desatendidos, esto es, en el contrato se omiten todos los requisitos de los apartados del art. 9 así como también del art. 8 ambos preceptos de la referida Ley 42/1998 .

Citan las recurrentes varias sentencias de las secciones de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que siguen el mismo criterio que la sentencia recurrida y que se oponen a la doctrina fijada por la sala en las sentencia referidas.

El segundo se fundamenta en la infracción del art. 3 Ley 42/1998 , por desatención, por la sentencia recurrida, de lo dispuesto en la norma especial que establece un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza, y la mercantil demandada vende los derecho de por vida, lo que choca con la limitación expresa que contempla el art. 3 que declara que no podrán comercializarse derechos de esta naturaleza por un tiempo inferior a tres años, ni superior a cincuenta (en el folio 9 del escrito de demanda, las demandantes alegan que la demandada solo hace alusión a la fecha de celebración del contrato pero no encontramos la más mínima



referencia a los datos de la escritura reguladora, ni a la naturaleza real o personal del derecho transmitido, ni se hace constar la fecha en que el régimen se extinguirá de conformidad con las disposiciones de la presente ley, se desconoce si se trata de un derecho personal o real, no saben si están obligadas por cuatro, veinte o cincuenta años).

Las recurrentes alegan que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala que recoge la sentencia de pleno 774/2014, de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013 , y la sentencia 435/2015, de 16 de julio, rec. 2089/2013 .

Las recurrentes mantienen que la doctrina de la sala en la interpretación del art. 3 Ley 42/1998 declara que la absoluta prohibición de la venta de derechos sin atender al plazo establecido en la referida norma lleva a la consecuencia de la nulidad radical con fundamento en el art. 1.7 de la misma Ley .

El tercero se fundamenta en la infracción del art. 1.1 Ley 42/1998 , pues la no aplicación de la referida Ley por la mera nominación del producto como «producto vacacional», iría en contra del propio sentido de la norma e incumplimiento de forma clara la doctrina de la sala recogida en SSTs de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985 , que declaran que los tribunales tienen plena potestad para calificar los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

Las recurrentes mantienen que del clausulado de los contratos se puede concluir que lo que se adquiere es un derecho de uso de un inmueble indeterminado, durante una semana indeterminada que encaja sin duda con el objeto de la referida Ley.

SEGUNDO .- *Contratos* .

Las partes formalizaron los siguientes contratos:

1. Contrato de 10 de agosto de 2004, referente al apartamento NUM000 , semanas 32 y 33 del complejo DIRECCION000 , se pagaron 10.502 libras, junto con otras dos semanas que ahora no se cuestionan. Se abonó además un anticipo de 1000 libras. Se aporta por las actrices licencia de certificado vacacional en el que se expresa que la duración es hasta 2038, pero referente al apartamento NUM001 , que no es el litigioso. Primera ocupación año 2005.

2. Contrato de 16 de agosto de 2007, Isla NUM002 , Club DIRECCION001 , precio 24.000 libras y además anticipo de 1000 libras. Certificado de afiliación válido hasta enero de 2050. Primera ocupación año 2008.

TERCERO .- *Causas de inadmisibilidad* .

Deben rechazarse dada la patente contradicción entre la sentencia dictada y la reciente doctrina jurisprudencial de esta sala.

CUARTO .- *Motivos uno a tres*.

El primero se fundamenta en la infracción del art. 1.7 Ley 42/1998 en relación con el art. 9.1.3.º de la misma Ley , así como por infracción del art. 6.3 CC en relación con el art. 1261 CC por falta de elemento esencial o falta de una identificación adecuada del objeto sobre el que recae la adquisición.

El segundo se fundamenta en la infracción del art. 3 Ley 42/1998 , por desatención por la sentencia recurrida de lo dispuesto en la norma especial que establece un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza, y la mercantil demandada vende los derechos de por vida, lo que choca con la limitación expresa que contempla el art. 3 que declara que no podrán comercializarse derechos de esta naturaleza por un tiempo inferior a tres años, ni superior a cincuenta (en el folio 9 del escrito de demanda, las demandantes alegan que la demandada solo hace alusión a la fecha de celebración del contrato pero no encontramos la más mínima referencia a los datos de la escritura reguladora, ni a la naturaleza real o personal del derecho transmitido, ni se hace constar la fecha en que el régimen se extinguirá de conformidad con las disposiciones de la presente ley, se desconoce si se trata de un derecho personal o real, no saben si están obligadas por cuatro, veinte o cincuenta años).

El tercero se fundamenta en la infracción del art. 1.1 Ley 42/1998 , pues la no aplicación de la referida Ley por la mera nominación del producto como «producto vacacional», iría en contra del propio sentido de la norma e incumplimiento de forma clara la doctrina de la sala recogida en SSTs de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985 , que declaran que los tribunales tienen plena potestad para calificar los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

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

Se estiman los motivos.

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 aquélla.

El objeto de Ley, según indica su art. 1, es la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios.

Entre las cuestiones que suscita el derecho de aprovechamiento por turno se encuentran las referidas a la configuración jurídica del derecho y a la protección del adquirente en la celebración del contrato.

En lo que respecta a la configuración jurídica del derecho, la cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola. Según indica su preámbulo, la Ley 42/1998 «ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo, sin embargo, la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica».

El derecho de aprovechamiento por turno es, por naturaleza, temporal. Así se desprende del art. 3 de la Ley, al establecer que: «1. La duración del régimen será de tres a cincuenta años, a contar desde la fecha de inscripción del régimen jurídico o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción.

»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 de la 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 después, 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 analizados* .

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 .- *Régimen jurídico de los contratos* .

En estos contratos se refiere:

1. Carta de asociación al club de vacaciones.
2. Un programa de intercambio.
3. Cuota de gestión anual.
5. Pago anticipado.

En la sentencia recurrida se declara que estos contratos no se refieren a un contrato de aprovechamiento por turno sino a un producto vacacional (membresía), 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 concedora 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 que en los contratos analizados, se pretende 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, en un caso, que el contrato denomina «depósito» y no se fija plazo de duración en el primer contrato.

Con respecto al segundo contrato no se define el apartamento o semana sobre el que se contrata, haciendo una referencia no concretable a « DIRECCION001 NUM002 ».

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 .- *Condición de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles* .

Esta sala ha declarado en sentencia 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 firmaron 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). Menciona 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.º 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 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 .»

Desde este punto de vista, no consta que las Sras. Almudena y Covadonga 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. El hecho de que se contrataran tres semanas, solo supone la decisión de invertir en dicho producto, pero no que se dedicasen profesionalmente a su compra y venta.

UNDÉCIMO .- De acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 , ya mencionado, procede declarar la nulidad radical de los contratos por no ajustarse a lo dispuesto en la misma, la que se trató de eludir sistemáticamente.

DUODÉCIMO .- *Cantidades a devolver .*

En la sentencia del juzgado se declara la obligación de devolver por parte de la demandada la cantidades abonadas, incluidos los gastos de mantenimiento.



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, los demandantes han podido disfrutar durante algunos 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, (excluido el anticipo duplicado) habrá de ser reintegrada por la demandada, la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados 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, acogiéndose así los pedimentos del «suplico» de la demanda en cuanto a los contratos de que se trata sin necesidad de entrar en la consideración de las pretensiones formuladas con carácter subsidiario.

Dado que se trata de diferentes contratos, se calcularán los años de uso, partiendo de la fecha de primera ocupación que figura en cada contrato, hasta la fecha de la interposición de la demanda, todo ello en ejecución de sentencia.

Igualmente deberá abonar la demandada 2.000 libras esterlinas en concepto de anticipo duplicado, que tiene un régimen de devolución diferente, en cuanto amparado en norma sancionadora que no permite moderación.

No procede condena a la devolución de los gastos de mantenimiento dado que los demandantes tuvieron a su disposición los referidos inmuebles para usarlos, como de hecho hicieron directa o indirectamente.

De las cantidades resultantes deberán deducirse las cantidades que se justifiquen, obtenidas por los demandantes por la reventa, en ejecución de sentencia.

Por lo expuesto se estima la casación y asumiendo la instancia se estima sustancialmente la demanda.

DECIMOTERCERO .- No ha lugar a plantear cuestión prejudicial, dada la claridad del desarrollo jurisprudencial del concepto de consumidor por el TJUE, en cuanto que en el presente caso los demandantes actúan al margen de una actividad profesional (STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

DECIMOCUARTO .- Estimada sustancialmente la demanda se imponen a la demandada las costas de primera y segunda instancia (arts. 394 y 398 LEC).

No procede imposición de costas en casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Almudena y Dña. Covadonga contra sentencia de 14 de diciembre de 2015, del recurso de apelación n.º 488/2015, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife .

2.º- Casar la sentencia recurrida, dictando una nueva por la que se estima la demanda en el siguiente sentido:

a) La nulidad radical de los contratos de 10 de agosto de 2004 y 16 de agosto de 2007, en relación con el apartamento NUM000 , semanas 32 y 33 y participación en Isla NUM002 .

b) De la cantidad satisfecha, (excluido el anticipo duplicado) habrá de ser reintegrada por la demandada, la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados 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. Se calcularán los años de uso, partiendo de la fecha de primera ocupación que figura en cada contrato, hasta la fecha de la interposición de la demanda, todo ello en ejecución de sentencia.

c) Igualmente deberá abonar la demandada 2.000 libras esterlinas en concepto de anticipo duplicado.

d) De las cantidades resultantes deberán deducirse las cantidades que se justifiquen, obtenidas por los demandantes por la reventa, en ejecución de sentencia.

3.º- Se imponen a la demandada las costas de primera y segunda instancia.



4.º- No procede imposición de costas en casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.
Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.
Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ