



Roj: **STS 711/2018 - ECLI:ES:TS:2018:711**

Id Cendoj: **28079110012018100106**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2018**

Nº de Recurso: **2302/2016**

Nº de Resolución: **119/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1327/2016,**
STS 711/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 119/2018

Fecha de sentencia: 06/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2302/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/02/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 2302/2016

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 119/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

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 6 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de abril de 2016, dictada en recurso de apelación 658/2015, de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario 402/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Arona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Marino y Dña. Elena, representados en las instancias por el procurador D. Leopoldo Pastor Llarena, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Óscar Salvador Santana González, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil Silverpoint Vacations S.L., representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal, bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Marino y Dña. Elena, representados por el procurador D. Leopoldo Pastor Llarena y bajo la dirección de los letrados D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Óscar S. Santana González, interpusieron demanda de juicio ordinario de nulidad contractual contra la mercantil Silverpoint Vacations S.L. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare:

»1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos a que se refiere la presente demanda, 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 del referido contrato, por importe de 95.923,00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento y servicio en los años 2005 (Hollywood Mirage) por 318,00 libras esterlinas, 2006 (Hollywood Mirage) por 318,00 libras esterlinas, 2007 (Hollywood Mirage) por 341,00 libras esterlinas, 2008 (Hollywood Mirage) por 356,00 libras, 2009 (Hollywood Mirage) por 356,00 libras, 2010 (Hollywood Mirage) por 356,00 libras, 2011 (Hollywood Mirage) por 356,00 libras, 2012 (Hollywood Mirage) por 356,00 libras y 2013 (Hollywood Mirage) por 356,00 libras, 2006 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2007 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2008 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2009 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2010 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2011 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2012 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2013 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2008 (Club Paradiso) por 520,00 libras, 2009 (Club Paradiso) por 980,00 libras, 2010 (Club Paradiso) por 980,00 libras, 2011 (Club Paradiso) por 605,00 libras, 2012 (Club Paradiso) por 605,00 libras y 2013 (Club Paradiso) por 618,00 libras (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 137.801,51 euros en total) más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La improcedencia del cobro anticipado a mi mandante, de las cantidades satisfechas en concepto de anticipo por razón de los meritados contratos de 3.500,00 libras esterlinas (4.132,52 euros), con la obligación de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, en virtud del artículo 11 de la Ley 42/1998, es decir, 7.000,00 libras esterlinas (8.265,45 euros), de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 3.500,00 libras esterlinas (4.132,52 euros), salvo error u omisión-, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado en punto primero de este suplico.

»3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperasen los *petitum* anteriores, se declare la nulidad, por abusiva y no haber sido negociada de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos donde se ubicaban los apartamentos objeto del contrato de aprovechamiento por turnos del que solicitamos su nulidad y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, (38.330,00 libras esterlinas) más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicio en los años 2005 (Hollywood Mirage) por 318,00 libras esterlinas, 2006 (Hollywood Mirage) por 318,00 libras esterlinas, 2007 (Hollywood Mirage) por 341,00 libras esterlinas, 2008 (Hollywood Mirage) por 356,00 libras, 2009 (Hollywood Mirage) por 356,00 libras, 2010 (Hollywood Mirage) por 356,00 libras, 2011 (Hollywood Mirage) por 356,00 libras, 2012 (Hollywood Mirage) por 356,00 libras y 2013 (Hollywood Mirage) por 356,00 libras, 2006 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2007 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2008 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2009 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2010 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2011 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2012 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras,



2013 (Hollywood Mirage) por 1.670,00 libras, 2008 (Club Paradiso) por 520,00 libras, 2009 (Club Paradiso) por 980,00 libras, 2010 (Club Paradiso) por 980,00 libras, 2011 (Club Paradiso) por 605,00 libras, 2012 (Club Paradiso) por 605,00 libras y 2013 (Club Paradiso) por 618,00 libras, ascendiendo en total -salvo error u omisión-a una suma de 137.801,51 euros, más los intereses legales y con expresa imposición de costas a la parte demandada».

2.- La entidad mercantil demandada Silverpoint Vacations S.L., denominada anteriormente Tensel S.L., representada por el procurador D. Pedro Ledo Crespo y bajo la dirección letrada de D. José Minero Macías, contestó a la demanda 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 6 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Desestimar íntegramente la demanda presentada por el procurador de los tribunales D. Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de D. Marino y Dña. Elena, representada por el procurador de los tribunales D. Pedro Ledo Crespo, y en su virtud absuelvo a Silverpoint Vacations de los pedimentos frente a ella deducidos, con imposición de las costas».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de los demandantes e impugnada la sentencia por la parte demandada, la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 14 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo:

»1.º- Desestimamos la impugnación formulada por la demandada, entidad mercantil Silverpoint Vacations S.L.

»2.º- Estimamos en parte el recurso interpuesto por la parte actora, integrada por D. Marino y Dña. Elena.

»3.º- Revocamos parcialmente la sentencia apelada, en el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento condenatorio de la parte actora al pago de las costas de la primera instancia, por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia, siendo las comunes por mitad, confirmando el resto de pronunciamientos no afectados por esta revocación parcial.

»4.º- No ha lugar a efectuar expresa imposición de las costas de esta alzada.

»Devuélvase la totalidad del depósito a la parte apelante, según lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, si se hubiera constituido».

TERCERO.- 1.- Por Marino y Dña. Elena se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Inaplicabilidad de la Ley 42/1998 sobre Derechos de Aprovechamiento por turnos, concretamente la disposición adicional segunda y el art. 1 (ámbito objetivo) y el art. 6.4.º del Código Civil. «Existe un criterio contradictorio entre la sentencia de la que pretendemos casación y las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 8 de septiembre, 16 de julio, 28 de abril, 15 de Enero - todas de 2.015 - y 19 de febrero de 2016, así como las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Tenerife y, a mayor abundamiento, con otras Audiencias Provinciales que a continuación relacionamos al respecto de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (vigente hasta el 18 de Marzo de 2012) a los denominados clubes vacacionales.

»Aplicabilidad de la Ley 42/1998. Concretamente la disposición adicional segunda de la Ley: (Imperatividad de la Ley).

»"Segunda. Imperatividad de la Ley.

»Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración.

»Los contratos que, habiendo sido celebrados en España, se refieran a inmuebles situados fuera de ella quedarán sujetos a los artículos 1.3, 2 y 8 a 12 de la presente Ley. En tales casos el adquirente podrá exigir, además, que el contrato se le entregue redactado en alguna de las lenguas oficiales del Estado en que radique cuando éste sea miembro de la Unión Europea. Párrafo final de la disposición adicional 2.ª introducido por el



número 10 del artículo 73 de la Ley 14/2000, 29 diciembre, de Medidas Fiscales , Administrativas y del Orden Social («B.O.E.» 30 diciembre). Vigencia: 1 enero 2001".

»Y Art. 1. Ámbito objetivo de la Ley:

»"Artículo 1.- Ámbito objetivo:

»Es objeto de esta Ley la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo".

» Artículo 6.4º del Código Civil por el que:

»"4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

»La Sentencia que se trae a Casación considera que, al Club Paradiso y al Palm Beach Holiday Club, adquirido por los contratos de 21 de octubre de 2006, 27 de noviembre de 2007 y 3 de noviembre de 2009, no le es de aplicación la Ley 42/98, por entender que lo que se adquiere es la condición de afiliado a un club vacacional y que dichos productos no están regulados por dicha Ley, entendiéndose que no encuentran regulación hasta la Ley 4/2012».

Motivo segundo.- Consideración de consumidores y usuarios. Se considera infringido el art. 1 de la Ley 26/1984 General en defensa de consumidores y Usuarios, los arts. 3 y 4 del RD 1/2007 Ley General para la Defensa de consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y el art. 217 de la LEC . «Consideración de consumidores y usuarios de los actores y aplicabilidad de la Ley 42/1998 a los adquirentes de derechos de aprovechamiento por turnos.

»Respecto al resto de semanas que se adquieren en los contratos, la sentencia que se trae a casación considera que no le es aplicable la ley tuitiva pues, al existir ánimo de reventa y alquiler de las semanas -a pesar de que se ha disfrutado de las mismas de manera reiterada-, pierde la consideración de consumidores y usuarios y, en su mérito, no le es aplicable la Ley 42/1998 en cuanto a su criterio, ésta protege únicamente al adquirente que tenga como única finalidad la consumición propia del producto y, por ende, tampoco le es de aplicación la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios pese a que no se oponga el disfrute y no exista prueba alguna de que sean profesionales del sector o pretendan convertirse en éste o, se haya discutido incluso en sede judicial dichas circunstancias.

»La sentencia que se trae a casación entiende que a los contratos no les sería de aplicación la Ley 42/1998 por el hecho de que los actores adquieran las semanas, no para el disfrute vacacional, sino la reventa (inversión).

»Hacer notar que las semanas adquiridas por los contratos de los que se solicita la nulidad, con duración indefinida, son incluidas en reventa mediante contratos con una duración de 12 meses, no renovados. Por otro lado, tampoco se incluye en reventa al Club Paradiso, estableciéndose expresamente que no hay departamento para ello.

»No obstante, esta parte entiende que si el requisito para que no puedan considerarse consumidores y, por ende, usuarios finales, es el hecho de que en muchas ocasiones se establezca que además del disfrute -han hecho uso de manera reiterada- o, como causa principal de la adquisición prime el hecho de que lo hayan adquirido para obtener un beneficio, se estaría asimismo infringiendo la LGDCU».

Motivo tercero.- Consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de la ley a los contratos objeto de litis, art. 1.7 de la Ley 42/1998 sobre Derecho de Aprovechamiento por Turnos , art. 10 de la Ley 26/1984 General en Defensa de Consumidores y Usuarios , arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 y 79 del texto refundido del RD 1/2007 y arts. 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil . «Consecuencias jurídicas de realizar los contratos al margen de la Ley 42/1998 de Derechos sobre Aprovechamiento por Turnos.

»Se solicita casación dado que la sentencia que da origen a ésta prevé que, no prospera la nulidad pretendida por esta parte ya que, el incumplimiento de la Ley Imperativa 42/1998 sólo daría derecho al desistimiento y resolución por parte de los actores.



»Sin embargo creemos que dicho razonamiento infringe los Art 1.7 de la Ley Imperativa , Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios, así como los artículos 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil .

»De hecho, éste es el criterio adoptado por las recentísimas sentencias del Tribunal Supremo reseñadas, donde tanto por la indeterminación de la duración del contrato como por el incumplimiento del Art. 9 de la Ley se consideraron los contratos análogos al que nos ocupa nulos. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2015 (núm. 460/2015; recurso 1432/2013), Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015 (núm. 431/15; recurso 2089/13), SSTs 774/2014 y 775/2014, fecha de sentencias: 15/01/2015 que entendían de los recursos 640/2011 y 3190/2012 y sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2016 (núm. 96/2016 ; recurso 461/2014)».

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 4 de octubre 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 recurso aportando documental, y realizando alegaciones respecto a la proposición de planteamiento de cuestión prejudicial a plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública mediante providencia se acordó respecto a la documental aportada con la oposición del recurso denegándose la admisión de la misma, sin perjuicio de que si en la deliberación del recurso se considerase necesario su incorporación se acodaría lo pertinente, y se señaló como día de deliberación para la votación y fallo el 20 de febrero de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

Los demandantes, en virtud de los contratos suscritos el 22 de noviembre de 2004, 5 de diciembre de 2005, el 21 de octubre de 2006, 27 de noviembre de 2007, y el 3 de octubre de 2009, adquirían un «certificado de licencia de vacaciones», «certificados de fiducia» 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 también una declaración de conformidad o certificado de aceptación, y un contrato de ocupación o inserción en la lista para la reventa.

Los demandantes D.^a Elena y D. Marino presentaron demanda el 17 de mayo de 2013, en la que ejercitaban acción para que se declarara:

1. La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes, así como sus anexos con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato más los gastos de mantenimiento y servicios que ascienden a la cantidad total de 137.801,51 euros.

2. La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y que se condene a devolver las cantidades por duplicado, por importe de 4.132,52 euros, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado.

3. Subsidiariamente que se declare la nulidad por abusiva y no haber sido negociada de forma individualizada, las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, más las cuotas por mantenimiento por importe de 137.801,51 euros.

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

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda con imposición de costas a la parte actora.

Los demandantes interpusieron recurso de apelación, la mercantil demandada se opone al recurso e impugna la sentencia en lo referente a la legitimación pasiva.

La Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife desestimó la impugnación de la entidad demandada, estimó en parte el recurso de apelación de los demandantes y revocó parcialmente la sentencia apelada en el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento condenatorio de la parte actora, sin expresa imposición de las costas de esta alzada.



La sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluyó que:

- Se comparte la valoración probatoria llevada a cabo por la juzgadora de instancia.
- La adquisición de los bienes objeto de los diversos contratos cuya nulidad se pretende, tenían como finalidad real la de inversión y obtención de beneficios económicos y cuando han visto frustradas sus expectativas de ganancias es cuando deciden iniciar acciones tendentes a la nulidad o resolución.
- Ninguno de los motivos aducidos por la apelante sustancialmente iguales a los utilizados en otros procedimientos de los que ya ha conocido la sala permite o justifica el cambio de criterio que se ha seguido hasta este momento al resolver tales cuestiones. Se remite a la sentencia 115/2016 de 28 de marzo de 2016 .
- Respecto a la nulidad basada en causas de anulabilidad de las contempladas en los arts. 1300 y siguientes del Código Civil , falta una prueba clara y bastante de la concurrencia de algunos de los vicios o defectos que denuncian los apelantes.
- No hay acreditación de la concurrencia de algún error al tiempo de prestar el consentimiento que pudiera invalidar los contratos litigiosos.
- Debe mantenerse la desestimación de la acción resolutoria ejercida de modo subsidiario, fundada en el incumplimiento por la entidad demandada de las obligaciones exigibles a la misma por la reventa de los derechos adquiridos por la parte actora apelante, pues no consta demostrado que la demandada hubiera asumido efectivamente el compromiso de revender tales derechos, ni que hubiera garantizado a la referida actora-apelante la obtención de un beneficio económico.

Se interpone recurso de casación por los demandantes. El recurso tiene tres motivos:

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

Los recurrentes alegan que es de aplicación a estos contratos en los que se adquiere la afiliación a un Club Vacacional la Ley 42/1998, pero existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales referida a esta cuestión.

Denuncian que el criterio seguido por la sentencia recurrida ha sido contradictorio dentro de la misma Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, lo que ha llevado en supuestos análogos a entender que estos contratos no se encuentran regulados por la mencionada ley, porque ni los contempla ni los menciona cita numerosas sentencias en este sentido.

Los recurrentes alegan también que la sentencia recurrida se opone a lo resuelto por la sala en sentencia de 16 de julio de 2015, rec. 431/2015 , que establece que es imperativa la aplicación de la Ley 42/1998 a todos los productos que tengan por objeto el disfrute de un período de tiempo cada año.

Igualmente citan las sentencias de esta sala 774/2014 de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013 , sentencia 776/2014 de 28 de abril de 2015, rec. 2764/2012 , y la sentencia 460/2015 de 8 de septiembre, rec. 1432/2013 , y en el mismo sentido la sentencia 775/2014 de 15 de enero de 2015, rec. 3190/2012 .

Los recurrentes entienden que la afiliación al Club Paradiso, es equiparable a la semana flotante sobre la que la sala se ha pronunciado aplicando la Ley 42/1998 y ha declarado la nulidad de estos contratos.

El segundo se fundamenta, en la infracción del 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 de los adquirentes de estos contratos como consumidores.

Los recurrentes alegan que estos contratos fueron realizados dentro del ámbito familiar y doméstico o privado, y en la nueva noción comunitaria incluida en el art. 3 TRLGDCU, el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión.

Los recurrentes mantienen que en el presente caso de la documental obrante en autos se puede afirmar su condición de consumidores no solo porque la norma tuitiva proteja a los adquirentes, sino porque además no son profesionales del sector y solo querían sacar provecho a los ahorros cuando las circunstancias personales no les hubieran permitido usar y disfrutar de las semanas adquiridas ya que se trataba de una inversión dentro del ámbito doméstico o particular.

Los recurrentes denuncian 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. Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 , 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010 .



Se cita como sentencias que mantienen la misma posición que la sentencia recurrida, las sentencias de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2015 , y de 25 de julio de 2014 , entre otras, en las que se niega la condición de consumidor pues la intención de los contratantes era más bien la de alquilar o reventa posterior. Frente a esta posición la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de septiembre de 2014 , les consideraba consumidores a pesar de haber suscrito contratos de reventa.

Así como, otras Audiencias declaran también la condición de consumidor a pesar de que en muchos casos se suscribían reventas y la intención de los adquirentes se combinara con la inversión, en concreto, la sección 1.ª, de la Audiencia Provincial de la Rioja, en sentencias de 20 febrero de 2013 , y 11 de enero de 2013 entre otras.

El tercero se fundamenta en la infracción de los arts. 2 , 3 , 8 , 9 , 10 , 11 , y 12 Ley 42/1998 , en relación con lo dispuesto en el art. 1.7 de la misma Ley . Se alega también la infracción de los arts. 1261 , 1265 6.3 todos del Código Civil . Los recurrentes mantienen que la aplicación de la Ley 42/1998, determina la nulidad de estos contratos, por la infracción de los preceptos citados.

Los recurrentes, en concreto, denuncian que como no se refleja plazo de duración alguno en estos contratos conforme a la doctrina de la sala, recogida en: sentencia 96/2016 , rec. 461/2014, de 19 de febrero , sentencia 431/2015 de 16 de julio, rec. 2089/2013 , sentencia 774/2014 de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013 , sentencia 460/2015 de 8 de septiembre, rec. 1432/2013 , sentencia 775/2014 de 15 de enero, rec. 3190/2012 , se debe declarar la nulidad por tratarse de contratos de duración indefinida.

En definitiva, denuncian que en el presente caso no se ha cumplido prácticamente ninguno de los preceptos de la Ley 42/1998.

En todo caso, alegan también que se vulnera el art. 10 de LATBI 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 este sentido 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 sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala que se recoge en las sentencias citadas y además existe jurisprudencia contradictoria de diversas Audiencias Provinciales, citan numerosas sentencias de diferentes Audiencias Provinciales.

SEGUNDO .- *Contratos* .

Las partes formalizaron los siguientes contratos:

1. Contrato de 22 de noviembre de 2004. Complejo Hollywood Mirage Club, apartamento NUM000 , semana 48, primera ocupación 2005, precio 6151 libras esterlinas (libras), anticipo 500 libras.
2. Contrato de 5 de diciembre de 2005. Complejo Hollywood Mirage Club. Apartamento NUM001 , semanas 42 y 43. Apartamento NUM002 , semanas 42 y 43. Primera ocupación 2006. Precio total 26.950 libras, anticipo 1.000 libras.
3. Contrato de 21 de octubre de 2006. Complejos Beberlly Hills Club y Club Paradiso. Apartamento NUM003 -semana 43, apartamento NUM004 -semana 14 e Isla NUM005 . Los dos primeros se ocuparon en 2008 y el último en 2007. Precio total 25.148 libras. Anticipo 1000 libras.
4. Contrato de 27 de noviembre de 2007. Complejo Club Paradiso, City NUM006 y NUM007 , primera ocupación 2008. Hollywood Mirage Club Apartamento NUM008 , semanas 47 y 48, primera ocupación 2009. Palm Beach Holiday Club Apartamento NUM009 , semana 13, primera ocupación 2009. Precio total 17.000 libras, anticipo 1000 libras.
5. Contrato de 3 de noviembre de 2009. Club Paradiso, CITP NUM010 , primera ocupación 2010, Complejo Hollywood Mirage Club, Apartamentos NUM011 , semana 5 y el nº NUM012 , semana 13, primera ocupación 2011. Precio total 20.174 libras.

TERCERO .- *Causas de inadmisibilidad*.

Deben rechazarse dada la patente contradicción entre la sentencia dictada y la reciente doctrina jurisprudencial de esta sala. Igualmente debe declararse que no se discuten los hechos probados, sino la calificación jurídica, en base a preceptos precisos y concretos.

CUARTO .- *Motivos uno a tres*.

1.- Motivo primero.- Inaplicabilidad de la Ley 42/1998 sobre Derechos de Aprovechamiento por turnos, concretamente la disposición adicional segunda y el art. 1 (ámbito objetivo) y el art. 6.4.º del Código Civil . « Existe un criterio contradictorio entre la sentencia de la que pretendemos casación y las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 8 de septiembre , 16 de julio , 28 de abril , 15 de Enero - todas de 2.015 - y 19 de febrero de 2016, así como las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Tenerife y, a mayor abundamiento, con otras Audiencias Provinciales que a continuación relacionamos al respecto de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (vigente hasta el 18 de Marzo de 2012) a los denominados clubes vacacionales.

»Aplicabilidad de la Ley 42/1998. Concretamente la disposición adicional segunda de la Ley: (Imperatividad de la Ley).

»"Segunda. Imperatividad de la Ley.

»Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración.

»Los contratos que, habiendo sido celebrados en España, se refieran a inmuebles situados fuera de ella quedarán sujetos a los artículos 1.3, 2 y 8 a 12 de la presente Ley. En tales casos el adquirente podrá exigir, además, que el contrato se le entregue redactado en alguna de las lenguas oficiales del Estado en que radique cuando éste sea miembro de la Unión Europea. Párrafo final de la disposición adicional 2.ª introducido por el número 10 del artículo 73 de la Ley 14/2000, 29 diciembre, de Medidas Fiscales , Administrativas y del Orden Social («B.O.E.» 30 diciembre). Vigencia: 1 enero 2001".

»Y Art. 1. Ámbito objetivo de la Ley:

»"Artículo 1.- Ámbito objetivo:

»Es objeto de esta Ley la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo".

» Artículo 6.4º del Código Civil por el que:

»"4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

»La Sentencia que se trae a Casación considera que, al Club Paradiso y al Palm Beach Holiday Club, adquirido por los contratos de 21 de octubre de 2006, 27 de noviembre de 2007 y 3 de noviembre de 2009, no le es de aplicación la Ley 42/98, por entender que lo que se adquiere es la condición de afiliado a un club vacacional y que dichos productos no están regulados por dicha Ley, entendiéndose que no encuentran regulación hasta la Ley 4/2012».

2.- Motivo segundo.- Consideración de consumidores y usuarios. Se considera infringido el art. 1 de la Ley 26/1984 General en defensa de consumidores y Usuarios, los arts. 3 y 4 del RD 1/2007 Ley General para la Defensa de consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y el art. 217 de la LEC . «Consideración de consumidores y usuarios de los actores y aplicabilidad de la Ley 42/1998 a los adquirentes de derechos de aprovechamiento por turnos.

»Respecto al resto de semanas que se adquieren en los contratos, la sentencia que se trae a casación considera que no le es aplicable la ley tuitiva pues, al existir ánimo de reventa y alquiler de las semanas -a pesar de que se ha disfrutado de las mismas de manera reiterada-, pierde la consideración de consumidores y usuarios y, en su mérito, no le es aplicable la Ley 42/1998 en cuanto a su criterio, ésta protege únicamente al adquirente que tenga como única finalidad la consumición propia del producto y, por ende, tampoco le es de aplicación la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios pese a que no se oponga el disfrute y no exista prueba alguna de que sean profesionales del sector o pretendan convertirse en éste o, se haya discutido incluso en sede judicial dichas circunstancias.



»La sentencia que se trae a casación entiende que a los contratos no les sería de aplicación la Ley 42/1998 por el hecho de que los actores adquieren las semanas, no para el disfrute vacacional, sino la reventa (inversión).

»Hacer notar que las semanas adquiridas por los contratos de los que se solicita la nulidad, con duración indefinida, son incluidas en reventa mediante contratos con una duración de 12 meses, no renovados. Por otro lado, tampoco se incluye en reventa al Club Paradiso, estableciéndose expresamente que no hay departamento para ello.

»No obstante, esta parte entiende que si el requisito para que no puedan considerarse consumidores y, por ende, usuarios finales, es el hecho de que en muchas ocasiones se establezca que además del disfrute -han hecho uso de manera reiterada- o, como causa principal de la adquisición prime el hecho de que lo hayan adquirido para obtener un beneficio, se estaría asimismo infringiendo la LGDCU.

3.- Motivo tercero.- Consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de la ley a los contratos objeto de litis, art. 1.7 de la Ley 42/1998 sobre Derecho de Aprovechamiento por Turnos , art. 10 de la Ley 26/1984 General en Defensa de Consumidores y Usuarios , arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 y 79 del texto refundido del RD 1/2007 y arts. 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil . «Consecuencias jurídicas de realizar los contratos al margen de la Ley 42/1998 de Derechos Sobre Aprovechamiento por Turnos.

»Se solicita casación dado que la sentencia que da origen a ésta prevé que, no prospera la nulidad pretendida por esta parte ya que, el incumplimiento de la Ley Imperativa 42/1998 sólo daría derecho al desistimiento y resolución por parte de los actores.

»Sin embargo creemos que dicho razonamiento infringe los Art 1.7 de la Ley Imperativa , Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios, así como los artículos 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil .

»De hecho, éste es el criterio adoptado por las recentísimas sentencias del Tribunal Supremo reseñadas, donde tanto por la indeterminación de la duración del contrato como por el incumplimiento del Art. 9 de la Ley se consideraron los contratos análogos al que nos ocupa nulos. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2015 (núm. 460/2015; recurso 1432/2013), Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015 (núm. 431/15; recurso 2089/13), SSTs 774/2014 y 775/2014, fecha de sentencias: 15/01/2015 que entendían de los recursos 640/2011 y 3190/2012 y sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2016 (núm. 96/2016 ; recurso 461/2014)».

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, aspecto sobre lo que no se precisa, por tanto, plantear cuestión prejudicial.

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.

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). 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.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 sólo 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 los demandantes 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 varias 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.*

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 (91.923 libras), (excluidos los anticipos) 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 7.000 libras esterlinas en concepto de anticipo duplicado, que tiene un régimen de devolución diferente, en cuanto amparado en norma sancionadora que no permite moderación (art. 11 Ley 42/1998).

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.

No consta que el demandante haya transmitido todas o alguna de sus participaciones a un tercero, dado que dicha titularidad nueva no se acredita por la demandada, quien al repercutir los gastos de mantenimiento al titular debería tener dicha información en su poder.

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). Tampoco es preciso plantearla sobre el ámbito de la Directiva 94/47/CE, dado su objetivo de lucha contra el fraude a los consumidores, el contenido de las consideraciones previas de la Directiva (exposición de motivos), su naturaleza de norma de mínimos y el amplio margen de actuación a los Estados, dado lo parco de su regulación y la diferente naturaleza jurídica del aprovechamiento por turno en cada ordenamiento interno, lo que impide una armonización extensa.

DECIMOCUARTO .- *Costas.*

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

No procede expreso pronunciamiento en las costas de la apelación.

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 D. Marino y Dña. Elena , contra sentencia de 14 de abril de 2016, del recurso de apelación 658/2015, de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife .

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

a) La nulidad radical de los contratos de 22 de noviembre de 2004, 5 de diciembre de 2005, 21 de octubre de 2006, 27 de noviembre de 2007 y 3 de octubre de 2009.

b) De la cantidad satisfecha (91.923 libras esterlinas), (excluido el anticipo) 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 7.000 libras esterlinas en concepto de anticipo duplicado.

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

No procede expresa imposición de las costas de 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.