



Roj: **STS 3130/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3130**

Id Cendoj: **28079110012019100502**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2019**

Nº de Recurso: **2441/2017**

Nº de Resolución: **518/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2353/2016,**
STS 3130/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 518/2019

Fecha de sentencia: 04/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2441/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/10/2019

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. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 2441/2017

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 518/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M. Ángeles Parra Lucán

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 4 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2016, dictada en recurso de apelación 230/2016, de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario 1855/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Dimas y Dña. Socorro, representados en las instancias por el procurador D. Leopoldo Pastor Llarena, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Diamond Resorts Tenerife Sales S.L., representada por el procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, bajo la dirección letrada de D. José Abitbol Martos.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Dimas y Dña. Socorro, representados por el procurador D. Leopoldo Pastor Llarena y dirigido por el letrado D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Gabino, interpuso demanda de juicio ordinario frente a Diamond Resorts Tenerife Sales S.L. (antes Gran Vacation Tenerife Sales S.L., Sunterra Tenerife Sales S.L.) y frente a Worldwide Connections S.L. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que se declare:

"1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes el 6 de junio de 2002, 23 de marzo de 2007, 6 de diciembre de 2007 y 10 de diciembre de 2008, y el, así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, en ambos casos con obligación para las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 10.990,91.-? (diez mil novecientos noventa euros con noventa y un céntimos) más los gastos de gestión de los que se ha hecho cargo en el años de 2008 y 2010 a Diamond Resort European Collection por valor de 1.440,50.-GBP y 2.047,96.-GBP (mil cuatrocientas cuarenta libras con cincuenta y dos mil cuarenta y siete libras con noventa y seis) que se corresponden salvo error u omisión a la cantidad de 1.784,12.-? y 2.536,48.-?, (mil setecientos ochenta y cuatro euros con doce céntimos, y dos mil quinientos treinta y seis euros con cuarenta y ocho céntimos), que hacen un total de 15.311,51.-? (quince mil trescientos once euros con cincuenta y un céntimos), intereses devengados desde la interposición de la demanda.

"2.- La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mis mandantes a la demandada por razón de los meritados contratos de 4.503.-? (cuatro mil quinientos tres euros) y la obligación de esta de devolver a mis mandantes dicha cantidad por duplicado, es decir, 9.006.-? (nueve mil seis euros), de las que solo se reclaman 4.503.-? (cuatro mil quinientos tres euros) 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 prosperase el *petitum* anterior, 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 y adquisición de puntos para beneficios de vacaciones y ocio del que solicitamos su nulidad y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos 10.990,91.-? (diez mil novecientos noventa euros con noventa y un céntimos) más los gastos de gestión de los que se ha hecho cargo en el años de 2008 y 2010 a Diamond Resort European Collection por valor de 1.440,50.-GBP y 2.047,96.-GBP (mil cuatrocientas cuarenta libras con cincuenta y dos mil cuarenta y siete libras con noventa) y seis que se corresponden salvo error u omisión a la cantidad de a 1.784,12.-? y 2.536,48.-? (mil setecientos ochenta y cuatro euros con doce céntimos, y dos mil quinientos treinta y seis euros con cuarenta y ocho céntimos), que hacen un total de 15.311,51.-? (quince mil trescientos once euros con cincuenta y un céntimos), con expresa imposición de costas a las partes demandadas".

2.- La entidad demandada Diamond Resorts Tenerife Sales S.L., representada por la procuradora Dña. Cristina Escuela Gutiérrez y bajo la dirección letrada de D. José Abitbol Martos, contestó a la demanda manifestando que dicha entidad fue absorbida por la entidad Diamond Resorts (Europe) Limited (Sucursal en España S.L., que forma parte del grupo de empresas Diamond Resorts Europe Limited, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"En la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta, con todos los demás pronunciamientos que en derecho fueran procedentes, en relación a los pedimentos de contrario hacia esta parte, la entidad Diamond Resorts Tenerife Sales S.L."



3.- El procurador D. Leopoldo Pastor Llarena en nombre de la demandante, subsanó el error cometido en la redacción de su demanda, en el nombre del demandado Worldwide Connections S.L. por el de Worldwide Travel Connections S.L., aunque manifestó que la dirección y teléfonos de contacto aportados eran correctos y solicitó su nueva citación, que fue infructuosa notificándose por edictos, y al no comparecer se declaró a dicha parte en situación de rebeldía procesal mediante diligencia de ordenación de 27 de marzo de 2013.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arona se dictó sentencia, con fecha 26 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Dimas y Dña. Socorro representados por el procurador D. Leopoldo Pastor Llarena y defendidos por el letrado D. Miguel Ángel Martín Melián y D. Gabino contra la entidad Worldwilde Connections S.L. y la entidad Diamond Resorts Tenerife Sales S.L. representada por la procuradora Dña. María Cristina Escuela Gutiérrez y defendida por el letrado D. Luis Alejandro Sánchez, todo ello, con la expresa condena al demandante al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 22 de diciembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por los demandantes D. Dimas y Dña. Socorro , y confirmamos en su integridad la sentencia apelada, imponiendo a los actores ya mencionados las costas originadas en segunda instancia con su recurso, con pérdida del depósito que se haya constituido para recurrir".

TERCERO.- 1.- Por D. Dimas y Dña. Socorro se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero y único.-

"Al amparo de lo establecido en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el presente recurso de casación se interpone al considerar que con la resolución que hoy se recurre se infringe el artículo 14 de la Constitución Española , que consagra el Principio de Igualdad y que básicamente prohíbe cualquier tipo de acto discriminatorio, norma ésta de clara aplicación para resolver las cuestiones objeto del presente procedimiento.

"En efecto, la sentencia dictada en segundo grado difiere a las dictadas recientemente por el Tribunal Supremo en otros procedimientos -las cuáles se relacionarán- aunque entre los más recientes podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo (sentencia del pleno 16/2017 y las SSTs 37/2017 ; 38/2017 ; 39/2017 y 56/2017 por ser las más recientes), entendiéndose que a los contratos objeto de litis sí se aplica la Ley 42/1998. En efecto, y a nuestro juicio, la resolución de segunda instancia que hoy se recurre vulnera el principio sentado en el referido artículo al considerar que no debe aplicarse la Ley especialmente promulgada a los contratos objeto de litis, (Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias).

"Dicho motivo es el que sustenta el recurso que se plantea dado que se infringe la reciente doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, provocando la infracción, vulneración o desconocimiento de la normativa invocada.

"Subsidiariamente a lo expuesto en párrafos anteriores, y para el caso de que por parte del Tribunal no se entendiera que el motivo referido infringe el principio de igualdad y no discriminación contemplado en el artículo 14 de la Constitución Española , se alega la vulneración principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de dicho cuerpo normativo, cuya violación es reconducible, como es sabido, al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la carta magna , y ello así puesto que recientemente, como decimos, existen doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo que la sentencia que se trae a casación incumple.

"A nuestro entender los preceptos infringidos concretamente serían:

"1º.- Inaplicabilidad de la Ley 42/1998 sobre Derechos de Aprovechamiento por Turnos.

"A.- Disposición adicional segunda de la Ley.

"B.- Artículo 1 (ámbito objetivo) de la Ley.

"C.- Artículo 6.4º del Código Civil .

"2º.- Consecuencias Jurídicas de la aplicabilidad de la Ley a los contratos objeto de litis.

"A.- Art 1.7 de la Ley 42/1998 sobre Derecho de Aprovechamiento por Turnos .



"B.- Artículo 10 de la LGDCU de 1984 .

"C.- Artículos 60 , 62 , 63 , 69 , 71 , 79 del T. Refundido del R .D. Legislativo 1/2007.

"D.- Arts. 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil ".

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 12 de junio de 2019 , 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. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación de la entidad Diamond Resorts Tenerife Sales S.L., presentó escrito de oposición al mismo aportando documental de la que se dio traslado al recurrente que formuló las alegaciones que estimó oportunas..

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 1 de octubre de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

Los demandantes Dña. Socorro y D. Dimas , suscribieron varios contratos, el 5 y 6 de junio de 2002, el 23 de marzo de 2007 (199 libras), 6 de diciembre de 2007 (5.000 libras) y 10 de diciembre de 2008 (4503 libras) con la demandada Diamond Resorts Tenerife Sales, S.L (antes Diamond Resorts International, Diamond Resorts European Collection Limited, Gran Vacation Tenerife Sales, S.L, Sunterra Tenerife Sales, S.L).

La demanda se presenta también contra Worldwide Connections, S.L.

Los demandantes solicitan la nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos así como sus anexos y la reclamación de la cantidad de 10.990,91 euros, más los gastos de gestión de los que se ha hecho cargo en el año 2008 y 2010 por importe de 1.784,12 euros y 2.536,48 euros, y los intereses devengados desde la interposición de la demanda.

Se solicitaba que se declare la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades por cuantía de 4.503 euros, con la obligación de devolver la referida cantidad por duplicado, esto es, 9.006 euros, de las que solo se reclaman 4.503 euros por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado.

Subsidiariamente para el caso que no prospere la petición anterior, se solicitaba que se declare la nulidad por abusiva y por no haber sido negociada de forma individualizada las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de las demandadas, se solicita la condena de las mismas cantidades reclamadas en las peticiones anteriores.

Entre otros incumplimientos, al folio 14 del escrito de demanda, se denuncia que no se indica la duración del régimen ni se hace referencia alguna a la escritura reguladora.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda al declarar que no resulta de aplicación la Ley 42/1998.

Se interpone recuso de apelación por los demandantes y la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife desestima el recurso y confirma la sentencia de primera instancia.

La Audiencia concluye que los contratos no están sujetos a la mencionada Ley 42/1998, no se ha probado que la información no fuera veraz ni que existiera algún engaño o maquinación insidiosa y no existe error en el consentimiento.

Se interpone recurso de casación por los demandantes. El recurso se articula en un motivo único.

Se denuncia la infracción del art. 1.7 Ley 42/1998 ; infracción del art. 10 de la LGDCU de 1984 ; infracción de los arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 , 79 del Texto Refundido del R .D. Legislativo 1/2007; infracción de los arts. 1261 , 1265 y 6.3 CC .

Se alega que con estos contratos se adquirirían puntos que debían canjearse por derechos de aprovechamiento por turnos, por ello, se solicita la nulidad de los contratos con fundamento en el incumplimiento de la Ley 42/1998 de Aprovechamiento por Turnos, entre otros incumplimientos se denunciaba la desatención en cuanto a la duración del régimen del art. 3 de la Ley 42/1998 .

Como fundamento del interés casacional se alegaba la vulneración por la sentencia recurrida de la doctrina reciente de la sala recogida entre otras en las SSTS de 16 de enero de 2017, recurso 2718/2014 , que recoge



la aplicación de la Ley 42/1998 a los contratos conocidos como Clubs Vacacionales por lo que se entiende que resulta de aplicación esta doctrina al presente caso. En el mismo sentido la STS de 20 de enero de 2017, recurso 2959/2014 y STS 20 de enero de 2017, recurso 3264/2014 .

Si bien estas sentencias son de fecha posterior a la sentencia recurrida, se alega que ya la sala desde la SSTS de 15 de enero de 2015, recurso 3190/2012 y recurso 640/2011 , establecía la aplicación de la Ley 42/1998 a todos los productos que tengan por objeto el disfrute de un período de tiempo cada año.

SEGUNDO .- Motivo único.

"Al amparo de lo establecido en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el presente recurso de casación se interpone al considerar que con la resolución que hoy se recurre se infringe el artículo 14 de la Constitución Española , que consagra el Principio de Igualdad y que básicamente prohíbe cualquier tipo de acto discriminatorio, norma ésta de clara aplicación para resolver las cuestiones objeto del presente procedimiento.

"En efecto, la sentencia dictada en segundo grado difiere a las dictadas recientemente por el Tribunal Supremo en otros procedimientos -las cuáles se relacionarán- aunque entre los más recientes podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo (sentencia del pleno 16/2017 y las SSTS 37/2017 ; 38/2017 ; 39/2017 y 56/2017 por ser las más recientes), entendiéndose que a los contratos objeto de litis sí se aplica la Ley 42/1998. En efecto, y a nuestro juicio, la resolución de segunda instancia que hoy se recurre vulnera el principio sentado en el referido artículo al considerar que no debe aplicarse la Ley especialmente promulgada a los contratos objeto de litis, (Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias).

"Dicho motivo es el que sustenta el recurso que se plantea dado que se infringe la reciente doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, provocando la infracción, vulneración o desconocimiento de la normativa invocada.

"Subsidiariamente a lo expuesto en párrafos anteriores, y para el caso de que por parte del Tribunal no se entendiera que el motivo referido infringe el principio de igualdad y no discriminación contemplado en el artículo 14 de la Constitución Española , se alega la vulneración principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de dicho cuerpo normativo, cuya violación es reconducible, como es sabido, al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la carta magna , y ello así puesto que recientemente, como decimos, existen doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo que la sentencia que se trae a casación incumple.

"A nuestro entender los preceptos infringidos concretamente serían:

"1º.- Inaplicabilidad de la Ley 42/1998 sobre Derechos de Aprovechamiento por Turnos.

"A.- Disposición adicional segunda de la Ley.

"B.- Artículo 1 (ámbito objetivo) de la Ley.

"C.- Artículo 6.4º del Código Civil .

"2º.- Consecuencias Jurídicas de la aplicabilidad de la Ley a los contratos objeto de litis.

"A.- Art 1.7 de la Ley 42/1998 sobre Derechos de Aprovechamiento por Turnos .

"B.- Artículo 10 de la LGDCU de 1984 .

"C.- Artículos 60 , 62 , 63 , 69 , 71 , 79 del T. Refundido del R .D. Legislativo 1/2007.

"D.- Arts. 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil " .

Se estima el motivo.

Como cuestión previa, debe determinarse que la demandada al oponerse al recurso de casación, planteó problemas de jurisdicción competente y ley aplicable (la británica) cuestiones que han de calificarse como nuevas, dado que no se esgrimieron en la contestación a la demanda.

Como tal cuestión nueva no pudo ser objeto de respuesta por la parte demandante ni tuvo respuesta en las sentencias dictadas, por lo que en aras a evitar la indefensión de la parte demandante, esta sala no entrará en su análisis, rechazándolas de plano.

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

Se estima el motivo.

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.- La 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 el contrato analizado se formaliza después, es indudable que será la Ley 42/1998 la aplicable al caso.

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

El ámbito objetivo de esta ley es la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio, así como el derecho a la prestación de los servicios complementarios. Este derecho podrá constituirse como derecho real limitado o como un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas (art. 1).

Se contempla también dentro del ámbito objetivo de estos contratos, con carácter general, que el contrato en virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos (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.

QUINTO .- *Contrato analizado.*

Examinado el contrato, se puede apreciar que en nada respeta los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la Ley establece en su art. 9 y no se determina la duración ni el objeto del contrato. 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 del contrato mencionado en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contrato "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 transcribe 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. Tampoco concreta si es un derecho de naturaleza personal o real, lo que debe fijarse expresamente como establece el art. 9.2 de la Ley 42/1998 .

SEXTO .- *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".

SÉPTIMO .- *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 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 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.

OCTAVO .- 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.

NOVENO .- *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 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 50 años, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, acogiéndose así los pedimentos principales 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.

Calcularemos 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, lo que se determinará en ejecución de sentencia.

Deberá devolver, además, en calidad de duplicado del anticipo, la cantidad de 9.006 libras esterlinas (art. 11 Ley 42/1998).

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

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



DÉCIMO .- Estimada la demanda se imponen a las demandadas y recurrida las costas de primera instancia. (arts. 394 y 398 LEC).

No procede imposición de costas de la apelación ni de la casación, con devolución del depósito constituido para este recurso.

No ha lugar a planteamiento de cuestión prejudicial al no precisar la parte recurrida las preguntas a plantear en el "otroso" de su escrito.

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 parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Dimas y Dña. Socorro (s.e.u.o) contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2016 de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (apelación 230/2016).

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

a) Se declara la nulidad radical de los contratos referidos en el suplico de la demanda.

b) Condenamos a las demandadas al pago a los demandantes de la cantidad de 9.006 libras esterlinas, e interés legal desde la interposición de la demanda, en concepto de anticipo duplicado y con expresa imposición de las costas de la primera instancia.

c) Condenamos a las demandadas al pago de las cantidades entregadas por los demandantes en concepto de principal, excluidos los gastos de gestión, lo que se determinará en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta lo declarado en el FDD décimo de esta sentencia, más el interés legal desde la interposición de la demanda.

3.º- No procede imposición de costas de la apelación ni en casación, con devolución del depósito constituido para este recurso.

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.