



Roj: **STS 2850/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2850**

Id Cendoj: **28079110012017100433**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2017**

Nº de Recurso: **2222/2015**

Nº de Resolución: **449/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1020/2015,**
STS 2850/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Eulalia , representada por el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Oscar Salvador Santana González, contra la sentencia dictada el 8 de mayo de 2015 por la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación n.º 13/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 13/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona, sobre Contratos civiles y mercantiles. Ha sido parte recurrida la 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 la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- D.^a Eulalia interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil Silverpoint Vacations en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que se declare:

»1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución del contrato suscrito por las partes el 2 de abril de 2007, así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, en ambos casos con obligación para las demandas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos, derivados de dichos contratos, por importe de 12.188,00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento en los años 2008-1725 libras-, 2009-2095 libras, 2010-2347 Euros-, (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 22.940 EUROS) intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas por razón del meritado contrato 1.000,00 libras y la obligación de éstas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 2.000,00 libras esterlinas.

»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 tal contrato, (13.188 libras esterlinas) más las cuotas abonadas por mantenimiento en los años 2008-1725



libras-, 2009-2095 libras- y 2010 -2347 Euros- ascendiendo-salvo error u omisión- a una suma de 22.940 Euros, con expresa imposición de costas a las partes demandadas».

2.- La demanda fue presentada el 27 de abril de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona y fue registrada con el n.º 913/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La mercantil Silverpoint Vacations S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda, con la imposición a la parte actora de las costas causadas en la instancia.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona dictó sentencia de fecha 31 de julio de 2014 , con el siguiente fallo:

«Estimar parcialmente la demanda, y, por consiguiente:

»1º) Decretar la nulidad absoluta del contrato suscrito por las partes el 2 de abril de 2007, y de los anexos que tuviere, con obligación de restitución recíproca de prestaciones entre las partes, debiendo restituir la demandada a la demandante las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, más intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda y debiendo la actora abonar a la demandada el precio o valor de la semana de aprovechamiento disfrutada que aparece fijada en el fundamento de derecho segundo de la presente, recuperando la demandada automáticamente la titularidad de los aprovechamientos semanales objeto del contrato.

»2º) Declarar la improcedencia de los pagos anticipados efectuados, debiendo la demandada devolver duplicadas dichas cantidades.

»Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y la mitad de las que fueren comunes».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Silverpoint Vacations S.L. e impugnada en cuanto al pago de las costas por D.ª Eulalia .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el n.º de rollo 13/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 8 de mayo de 2015 , cuyo fallo dispone:

«Se estima parcialmente el recurso formulado por la entidad Silverpoint Vacations SL.

»Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la representación de D.ª Eulalia .

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

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

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

1.- D.ª Eulalia , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

»Primero: Infracción del art. 1 de la Ley 42/1998 , art. 6.4 CC .

»Segundo: Art. 1 LGDCU 26/1984, y el art. 3 del LGDCU 1/2007

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

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Eulalia contra la sentencia dictada, con fecha 8 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 13/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 913/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona».



3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito en el que además planteo una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 12 de junio de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 5 de julio de 2017, en cuya deliberación se examinará la petición de planteamiento de la cuestión prejudicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. - En virtud de un contrato suscrito el 4 de febrero de 2007 («4.2.2007» en el doc. 2 de la demanda: en las sentencias de instancia se hace constar la fecha de 2 de abril de 2007, « 2.4.2007 », que es la que sin duda por error se consigna en el escrito de la demanda), D.^a Eulalia adquiere de Resort Properties el denominado «Certificado de Fiducia» y las «Licencias-Certificado de Vacaciones», referidas a cinco semanas en apartamentos del complejo Beverly Hills Club, comenzando su disfrute en el año 2007 y 2008 según el tipo de apartamentos. En el mismo acto, mediante tarjeta de débito, se abonan 1000 libras y el resto se paga mediante un giro a nombre de la entidad.

La traducción del contrato que se acompaña a la demanda es la siguiente:

«El presente contrato de compraventa se suscribe en la fecha arriba indicada entre el Comprador y Resort Properties Limited (S.L.), el representante debidamente autorizado del propietario (en adelante "el Vendedor") de la propiedad abajo indicada, con las condiciones establecidas en esta página y en el reverso de este contrato de compraventa. El Vendedor vende y el Comprador compra el/los certificado(s) de fiducia y las correspondientes licencias-certificado(s) de vacaciones en relación con el/los apartamento(s) y período(s) de vacaciones y complejo(s) indicados abajo con las condiciones en esta página y en el reverso.

Complejo/Club Apto-Semana Distribución Día de Oc. Ocupación máxima Primera

Ocupación Cuota de Gestión Cuota de RCI

Beverly Hills Club NT.10/7 A202-28 1 DORM VIE 4 2008 A facturar Auto-afiliación

Beverly Hills Club NT. 23/10 B105-43 1 DORM VIE 4 2008 A facturar Auto-afiliación

Beverly Hills Club NT. 24/4 B 108-17 1 DORM VIE 4 2008 A facturar Auto-afiliación

Beverly Hills Club C104-32 NT:Mio 1 DORM VIE 4 2007 Incluida Incluida

Beverly Hills Club NT.16/10 F001-42 ESTUDIO VIE 4 2008 A facturar Auto-afiliación

Condiciones de compra

Precio de Compra £ 13.188 Pago Forma de Pago Fecha Vencimiento

Afiliación RCI/II (d -m- a)

Total Cuota de Gestión: £1.000 Tarjeta Débito 04-02-2007

Cuota de Administración: renuncia

Total: £ 13.188

Total Anticipo: £ 1.000

Saldo deudor: £ 12.188>>>>12.188 GIRO BANCARIO 18-03-2007

Por lo siguiente se acuerda:

1. En este acuerdo los siguientes términos tendrán la implicación que se da en esta cláusula, que son:

a) "El Club" significará el Complejo identificado en la cara del reverso del presente constituido bajo la Constitución del Club, una copia del cual forma el Primer Esquema de este Acuerdo, y la "Constitución del Club" se interpretarán en consecuencia;

b) "Facilidades asociadas" significará posibilidad de acceso, zonas comunes e instalaciones y mobiliario como se especifica en la Constitución del Club.

c) "Apartamentos" significará el Número de Apartamentos que el cual es mostrado particularmente en el plano que forma el segundo esquema de este acuerdo.



d) "periodo de vacaciones" se refiere al número de periodos como se define en el calendario vacacional, una copia del cual forma parte del tercer esquema de este acuerdo.

2. De acuerdo al precio de compra y las otras condiciones que el presente se muestran, el vendedor acuerda con el comprador la intención de:

INTERESES DE BENEFICIO

a) el comprador recibirá un certificado de confianza que representa una unidad de beneficio de asociación de la empresa de propiedad para cada periodo vacacional. La empresa de propiedad es una empresa limitada organizada en la Isla de Man que mantiene un título libre y claro del apartamento.

CERTIFICADO DE LICENCIA VACACIONAL

b) el comprador tendrá el derecho por licencia (certificado de licencia vacacional) de conformidad con la constitución del club de ocupar el apartamento y en conexión con y para efectos incidentales para tal ocupación para usar las instalaciones auxiliares durante el periodo vacacional.

AFILIACION EN EL CLUB

c) Resort Properties obtendrá la asociación al club para el comprador.

REGISTRO EN EL CLUB

d) Resort Properties obtendrá el traspaso de registro del vendedor para el comprador del certificado de licencia de vacaciones de conformidad con la constitución del club.

3. FINALIZACIÓN

La fecha de finalización de este acuerdo será en la fecha debida, dentro del tiempo en el cual el comprador habrá cumplido con todos los términos y condiciones del presente documento.

4. FALTA DEL COMPRADOR.

Que el comprador falle en hacer los pagos mutuamente acordados en la fecha debida constituirá una falta en el acuerdo. El comprador renuncia a ser notificado de dicha falta. Las partes pueden mutuamente acordar revisar los términos de este acuerdo cuando se estime apropiado.

5. CUOTA DE GESTIÓN

El comprador está obligado a pagar una cuota anual de mantenimiento de acuerdo a la constitución del club recibida hoy y conforme con el esquema adjuntado al presente.

6. PROGRAMA DE CAMBIO

Se ha ejecutado un acuerdo con Resort Condominiums International, una organización independiente de intercambios que autoriza para un programa recíproco de intercambios para los socios del club. Todas las declaraciones establecidas en los folletos y en los impresos de Resort Condominiums International, son representaciones de Resort Condominiums International.

7. RECONOCIMIENTOS DEL COMPRADOR

El comprador reconoce por ejecución de este contrato que ha recibido una copia de la constitución del club y una copia de todos los esquemas referidos en él. El comprador reconoce por la ley española (ley reguladora) un periodo de 14 días desde la fecha de firma, para retirarse de este contrato por su propia voluntad. La notificación de dicha voluntad se harán por escrito al "jefe de administración" a la dirección de correspondencia de abajo. Si el último día de este periodo es no laborable, será excluido del cálculo, y el periodo terminaría el siguiente día laboral. Habiendo ejercitado el derecho de retirarse el comprador no pagará indemnización alguna o cargo sea cual sea».

Suscriben asimismo unos documentos denominados «acuerdo de inscripción para la reventa» y «acuerdo para la lista de reventa» por los que, el 25 de marzo de 2008, Resort Properties (y el 17 de marzo de 2011 Silverpoint Vacations S.L., adquirente de los activos de Resort) ofrece a D.^a Eulalia la posibilidad de negociar con las semanas de aprovechamiento por turnos adquiridas, en los que se prevé que se le abonaría a un porcentaje. En el primero de ellos se hace referencia a la cesión de los derechos de timeshare y de multipropiedad de que es titular la actora.

2. - El 27 de abril de 2012, D.^a Eulalia interpone demanda contra Silverpoint Vacations S.L. y contra Resort Properties Limited en la que solicita que se declare la nulidad radical o subsidiaria resolución del contrato celebrado entre las partes, así como de cualquiera otros anexos, con la obligación de la demandada de devolverle las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados del contrato por importe de 12.188



libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento de los años 2008 (1725 libras), 2009 (2095 libras) y 2010 (2347 euros), que hacen un total de 22.940 euros más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. En segundo lugar, la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por tal concepto, de mil libras esterlinas y la obligación de devolverlas por duplicado (es decir, 2000 libras). En tercer lugar, con carácter subsidiario, que se declare, por abusivas y no negociadas de forma individual, las cláusulas recogidas en los envíos de información por parte del complejo donde se ubicaban los apartamentos, declarando la nulidad y la restitución de las cantidades entregadas antes referidas.

Silverpoint Vacations S.L. (en adelante Silverpoint) contesta a la demanda negando su legitimación pasiva, por no haber sido parte en el contrato. Subsidiariamente se opone a la demanda, defendiendo la validez del contrato y, subsidiariamente, discute las cantidades reclamadas por la demandante, argumentando que de restituírsele en su integridad en caso de estimar la demanda, experimentaría un enriquecimiento injusto, pues habría tenido a su disposición los apartamentos durante cinco años.

La sentencia del Juzgado estima parcialmente la demanda: desestimando la alegación de la demandada referida a la falta de legitimación pasiva (por haber actuado en el tráfico jurídico la demandada, antes Tensel, aparentando ser Resort Properties Limited, para lo cual registró a su favor la marca Resort Properties) y, entrando en el fondo, determina que a los referidos contratos les resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley 42/1998 de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles para uso turístico, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 1.1 y disp. adicional 2.ª, puesto que en el caso se adquiere el derecho de aprovechamiento de unos apartamentos específicos sitios en suelo español durante una semana de utilización también específica, identificada mediante su numeración cardinal.

Tras examinar las obligaciones impuestas al vendedor en el art. 9 de la Ley 42/1998, la sentencia dice que, «como se aprecia de una somera lectura del contrato aportado, no se da cumplimiento a este contenido mínimo. No se trata ya, por tanto, de que falte información o de que falte veracidad en la misma, sino de una transgresión directa y frontal de un mandato imperativo. Por ello, no se trata ya de debatir si existe, o no, plazo para las acciones de desistimiento y resolución específicas que la Ley 42/1998 concede, sino que estamos ante la infracción de una norma imperativa, por lo que es aplicable el art. 6.3 CC, de aplicación general, conforme al cual, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

Frente al argumento de la demandada de que los contratos impugnados no estarían íntegros y existirían unos anexos en los que constaría toda la información exigida por la Ley 42/1998, argumenta la sentencia de primera instancia que, de existir tales anexos, debería haberlos aportado la demandada, dado que tuvieron que firmarse por duplicado por lo que, el no hacerlo, perjudica a la demandada.

Por lo que se refiere a las consecuencias de la nulidad contractual que se decreta la restitución recíproca de prestaciones entiende que deberá «la demandada devolver las cantidades percibidas por razón de los contratos suscritos con la actora (lo cual incluye, desde luego, las cuotas de mantenimiento). Pero la actora también está concernida por esa obligación legal de restitución recíproca. Es una obligación *ex lege*, se produce automáticamente y por ministerio de la ley, no precisa rogación. Quien pide la nulidad no puede pedir que se produzca sólo uno de sus efectos, el contenido de la institución jurídica no es disponible para las partes. Y lo cierto es que la actora ha disfrutado de prestaciones con base en el contrato que se anula. En concreto, y de acuerdo con lo acreditado mediante la puesta en relación de la prueba de interrogatorio de parte y la documental aneja a la contestación a la demanda, damos por cierto que la demandante señora Eulalia ha estado alojada, merced al contrato ahora impugnado, en el apartamento n.º 3222 del Hollywood Mirage Club durante una semana, con fecha de entrada el día 10 de febrero de 2007». Entiende que, de lo contrario, se produciría un enriquecimiento injusto: «al haber podido disfrutar de tales prestaciones y posteriormente recuperar todo lo pagado y además se conculcaría la esencia misma de la nulidad; ésta, nos indica que algo no ha existido en absoluto en el aspecto jurídico y es por eso por lo que exige la restitución recíproca de prestaciones, para que el ámbito de las apariencias vuelva a ser exactamente como era antes, para que todo vuelva a su sitio, por así decirlo, efecto jurídico que no se producirá si la demandante no restituye también el valor de las prestaciones que ellos recibieron».

Por lo que se refiere al anticipo del precio, conforme al art. 11.2 de la ley 42/1998, se declara la obligación de devolver la cantidad duplicada, ya que en el caso resultó probado que en el mismo momento de la firma del contrato se vio compelida la contratante a abonar 1.000 libras esterlinas.

Se declara que cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

3. - Silverpoint interpone recurso de apelación en el niega su legitimación pasiva, como hiciera en la instancia; niega la procedencia de aplicación de la Ley 42/1998, por no ser la demandante consumidora, al haber realizado el contrato con ánimo de lucro, con intención de revender los derechos que adquirió lo que en el caso



no sucedió, porque no se le garantizaba la reventa; que en todo caso la falta de inclusión de los elementos esenciales no daría lugar a la nulidad del contrato, pues el mismo reúne todos los requisitos del art. 1261 CC, sino a lo sumo a la resolución del contrato en el plazo de tres meses desde que se celebró, conforme al art. 10 de la citada Ley; reitera, como alegó en la contestación a la demanda que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1307 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, la actora debe compensar por la disponibilidad que ha tenido del objeto del contrato.

La actora presenta escrito de oposición a la apelación y de impugnación de la sentencia en cuanto al pago de las costas, solicitando la expresa condena en costas de la demandada.

4.- La sec. 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife desestima la impugnación de la sentencia formulada por la actora y estima parcialmente el recurso interpuesto por la entidad Silverpoint: tras rechazar la alegación de falta de legitimación pasiva, revoca parcialmente la sentencia recurrida y acuerda en su lugar la desestimación de la demanda y la absolución de la entidad demandada de los pedimentos contenidos en la demanda en su contra, sin efectuar expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias.

Los razonamientos de la sentencia de la Audiencia, en síntesis, son los siguientes:

1. No cabe declarar la nulidad radical del contrato por infracción de normas imperativas o prohibitivas de la Ley 42/1998, porque su intención era solo la reventa o alquiler. Dificilmente puede encajar en los actores el concepto de consumidor pues el producto adquirido resulta más bien dirigido a una inversión destinada a comerciar y a obtener una ganancia. El contrato se refiere a cinco semanas, por lo que resulta imposible estimar que se trate de un producto contratado para uso propio. No es posible considerar a los actores como destinatarios finales del producto y, por lo tanto, como consumidores a los efectos de la aplicación de la Ley 42/1998.

2. Descartada la aplicación de la normativa dirigida a proteger a los consumidores, el contrato debe ser examinado con arreglo a las normas generales de las obligaciones y contratos del Código civil y, en particular, conforme al art. 1261 CC. En el caso, hay consentimiento, objeto y causa. En particular, la denunciada falta de información daría lugar a dolo o error vicio en el consentimiento, pero nada de eso se acredita en la demanda, que solo hace mención a la falta de cumplimiento de los deberes impuestos por la Ley 42/1998.

3. Se estima adecuado no efectuar expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias al apreciarse que en atención a cómo se han desarrollado las relaciones contractuales, ha propiciado a la actora serias dudas de hecho y de derecho en referencia a los propios contratos, de acuerdo con el primer inciso del art. 394 en relación con el 398 LEC.

SEGUNDO.- Se interpone recurso de casación por la demandante, en su modalidad de interés casacional. Solicita la casación de la sentencia de apelación y la estimación íntegra de la demanda interpuesta en su día.

1.- El recurso de casación se funda en tres motivos.

A) El primero de los motivos, al amparo del art. 477.1.3.º y 3 LEC, se funda en infracción de la disp. adicional 2.ª y art. 1 de la Ley 42/1998, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias y art. 6.4 CC.

La parte recurrente sostiene que ni el art. 1 ni la disp. adicional 2.ª de la Ley 42/1998 hacen ninguna referencia a la cualidad del adquirente y hablan solo «del titular» y de la «facultad de disfrute», sin condicionar la aplicación a la condición de consumidor como destinatario final. Argumenta que, al descartar la aplicación de la Ley 42/1998 por entender que la demandante no es consumidora infringe tales preceptos.

Cita, en el mismo sentido, las SAP Tenerife, sec. 3.ª, 58/2015, de 25 de julio, 277/2014, 280/2014, de 11 de septiembre y 284/2014, de 11 de septiembre.

Cita, a continuación, las sentencias de esta sala: 776/2014, de 28 de abril (de la que, paradójicamente, transcribe un párrafo que se refiere a la protección del consumidor); 774/2014 (de la que transcribe un párrafo del que resultaría que quedan sometidos a la ley todos los contratos que tengan por objeto una división temporal del derecho al uso y que dice el recurrente que consideró que hay fraude de ley en los contratos que no siguen la ley); de 15 de enero de 2015 (rec. 3190/2012), de la que transcribe tanto un párrafo en el que se analiza la infracción denunciada del art. 1.7 en relación con el contenido necesario del contrato conforme al art. 9 de la Ley 42/1998 como un párrafo de un voto particular. Sostiene que de estas sentencias resulta que cualquier fórmula distinta de la contemplada por la Ley 42/1998 para regular la división temporal del derecho al uso de un bien inmueble debe ser considerada en fraude de ley y el negocio jurídico fraudulento merecedor de la sanción de nulidad, conforme al art. 1.7 de la Ley.



Añade que «a mayor abundamiento» hay otras sentencias de la misma sección de la Audiencia Provincial de Tenerife en las que se habría considerado al adquirente consumidor y se habría aplicado la Ley 42/1998: 279/2014, de 11 de septiembre y 281/2014, de 11 de septiembre. Añade a continuación como representativas de esta segunda postura las sentencias de la AP de Castellón, sec. 3.ª, 350/2012, de 4 de julio, sec. 1.ª, 67/2013 (acerca de si ha quedado acreditado o no que el actor fuera consumidor en un contrato diferente al que es objeto del pleito que da lugar al presente recurso).

B) El segundo de los motivos, al amparo del art. 477.1.3.º y 3 LEC, se funda en infracción del art. 1 de la Ley 26/1984, General para la defensa de los consumidores y usuarios (vigente cuando se celebró el contrato) y art. 217 LEC.

Con una estructura confusa y una redacción deficiente, argumenta que la sentencia recurrida infringe el art. 1 de la Ley 26/1984 porque excluye que sea consumidor quien, además del disfrute, busca con la contratación obtener un beneficio.

Cita varias sentencias de diferentes Audiencias Provinciales de las que resultaría que es consumidor quien actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional y sostiene que la redacción del art. 3 del TRLGDCU incide en el consumo con fines privados y que el ánimo de lucro no es un criterio de exclusión. A continuación sostiene que en la demanda se invocó la condición de consumidora de la actora sin que la contraparte discrepara de ese concepto, por lo que no hay prueba de que no sea consumidora. Añade que según la doctrina de las Audiencias Provinciales para dejar de gozar de la protección de consumidor es preciso realizar una actividad comercial con asiduidad y la recurrente, si realizó esos actos fue, o bien en el ámbito familiar, o bien a instancias de la demandada. Sostiene que la carga de la prueba correría de cuenta de la contraparte y termina diciendo que esta sala ha admitido la condición de consumidores a los pequeños inversores bancarios en las sentencias de 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010.

Para poner de relieve la contradicción de sentencias de la Audiencia Provincial de Tenerife, reproduce fragmentos de sentencias de la misma sección en las que se niega el concepto de consumidor y la aplicación de la Ley 42/1998 a quien alquila o revende sus derechos (129/2015, de 8 de mayo, 58/2015, de 2 de marzo, 277/2014, de 25 de julio, 280/2014, de 11 de septiembre, 284/2014, de 11 de septiembre) y vuelve a reiterar fragmentos de las sentencias de la misma Audiencia y sección representativas de la postura contraria (279/2014, de 11 de septiembre y 281/2014, de 11 de septiembre). Transcribe fragmentos de sentencias de otras Audiencias en las que se discute el concepto de consumidor del actor en contratos diferentes al que es objeto del presente caso: sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, sec. 1.ª, 59/2013, de 20 de febrero, 4/2013, de 11 de enero, de la Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5.ª, 92/2014, de 28 de mayo y de Las Palmas, sec. 4.ª, 153/2014, de 23 de marzo.

Acaba el desarrollo del motivo con cita de las sentencias de esta sala de 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010, de las que refiere que declaran la nulidad de contrato por vulneración de norma imperativa sobre transparencia e incumplimiento de los deberes de información.

C) El tercero de los motivos, al amparo del art. 477.1.3.º y 3 LEC, se funda en infracción de los arts. 1.7 de la Ley 42/1998, 10 de la Ley 26/1984, General para la defensa de los consumidores y usuarios y 1261, 1265 y 6.3 CC.

Argumenta que el criterio de la sentencia recurrida es contrario a la doctrina de la sala contenida en las sentencias 774/2014 y 775/2014 de 15 de enero, en las que, tanto por la indeterminación de la duración del contrato como por el incumplimiento del art. 9 de la Ley 42/1998, se consideraron nulos contratos semejantes al del presente caso.

En el desarrollo del motivo alega que la demanda solicitaba la nulidad por incumplimiento de los arts. 1, 2, 3, 8, 9, 10 y 11 de la Ley 42/1998 y sostiene que la nulidad resulta tanto de la aplicación del art. 1255 CC como del art. 1.7 de la Ley 42/1998. Añade que, en relación con los plazos contenidos en el art. 10, «la demanda no pretende ejercitar las acciones de nulidad o resolución del contrato que prevé su ley reguladora, sino la acción de nulidad por haber obviado en el momento de la suscripción la necesaria aplicación de la ley reguladora», que considera de aplicación de conformidad con lo dispuesto en su disp. transitoria 1.ª.

Dice también que son de aplicación los arts. 1 y 2.1 de la Ley 42/1998 y que el contrato es radicalmente nulo conforme al art. 6.3 porque es contrario a norma imperativa, para añadir a continuación que no obstante la Ley contiene un régimen propio de nulidad en su art. 10.2. Añade que aunque el art. 10 de la Ley 42/1998 se remite a los arts. 1300 y ss. CC, y en el caso han transcurrido cuatro años desde que la actora adquirió la participación del uso compartido, tal plazo no es aplicable porque no es que se haya incumplido algún precepto de la ley, sino que se han incumplido todos. Cree que tampoco es aplicable el plazo de tres meses previsto en el mismo art. 10 para el caso de falta de mención en el contrato de los datos a que se refiere el art. 9 porque lo que se pretende es la nulidad, lo que le lleva a invocar la aplicación de los arts. 1265 y 1300 CC por



vicios del consentimiento. Argumenta que la aplicación de los preceptos del Código civil es consecuencia de la compatibilidad de la Directiva 94/47/CE con la legislación nacional en materia de invalidez de los contratos y sostiene que se llegaría al mismo resultado si se admitiera la resolución del contrato, lo que cree que resulta de la condición de consumidora de la actora recurrente y de la aplicación del art. 10 de la Ley 26/1984 General para la defensa de los consumidores y usuarios. Concluye que, de aplicarse las consecuencias previstas en el art. 10 de la Ley 42/1998, se vulnerarían los arts. 10 de la Ley 26/1984, General para la defensa de los consumidores y usuarios y 1261 CC.

Cita genéricamente sentencias de esta sala sobre dolo por omisión cuando exista un deber de información de hechos o circunstancias determinantes para la conclusión del contrato.

Dice que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y cita, en el mismo sentido que la recurrida, otras de la misma sección (129/2015, de 8 de mayo, 58/2015, de 2 de marzo, 277/2014 y 279/2014, de 11 de septiembre) y, en sentido contrario, la 101/2007, de 19 de marzo, de la sec. 1.ª de la misma Audiencia, la 344/2002, de 16 de septiembre, de la sec. 4.ª, así como de otras Audiencias Provinciales, como la 965/2004, de 3 de septiembre, de la sec. 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, la 422/2006, de 20 de julio, de la sec. 4.ª de la misma Audiencia, las 165/2007, de 4 de abril y 397/2012, de 28 de septiembre, ambas de la sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, 279/2012, de 18 de mayo, de la sec. 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, 324/2013, de 17 de septiembre, de la sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, 436/2012, de 28 de septiembre, de la sec. 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, 154/2011, de 12 de abril, de la sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. De todas ellas transcribe extensos fragmentos sin explicar cuál es la contradicción existente.

2.- La demandada recurrida presenta escrito en el que alega causa de inadmisión y causas de oposición.

A) De inadmisión porque considera que la recurrente no justifica la existencia de interés casacional, al no aportar sentencias contradictorias de Audiencias y limitarse a aportar numerosas sentencias en las que se considera al actor consumidor o no en función de las circunstancias concretas del caso. También porque el escrito es ambiguo y no razona cuál es la infracción que se denuncia.

B) De oposición porque sostiene que no es aplicable al caso la Ley 42/1998, dado que la actora recurrente no es consumidora; que, en caso de considerarse aplicable la citada ley, en la misma se establece un plazo de tres meses para resolver el contrato en caso de falta de información, por lo que la acción estaría caducada; que tal y como analizó la sentencia recurrida, en el caso existe consentimiento, objeto y causa; que el pago de cantidades anticipadas, en su caso, daría lugar a la devolución duplicada solo si se ejercita la resolución en el plazo de tres meses o el cumplimiento del contrato, lo que en el caso no ha hecho la actora. Finalmente, para el caso de que se declarara la nulidad del contrato, discute las cantidades a que le condena la sentencia de primera instancia. De una parte porque, al condenar a restituir duplicados los pagos anticipados y además a devolver el precio del contrato se estaría condenando a entregar la cantidad anticipada por triplicado. De otra parte porque al descontar únicamente la cantidad correspondiente a la semana disfrutada por la actora no tiene en cuenta que durante todo el tiempo de vigencia del contrato la actora tuvo a su disposición la posibilidad del disfrute de los derechos, lo que tiene un valor de mercado que debe restituir. Finalmente porque corresponde asumir a la actora el pago de las cantidades de mantenimiento correspondientes al plazo de vigencia de los contratos.

C) La parte recurrida pretende proponer y que se admita una nueva prueba documental dirigida a acreditar cuándo se produjo la primera transmisión de las semanas a que se refieren los derechos de aprovechamiento por turnos a que se refiere el presente procedimiento. Aunque reconoce que no se ha planteado en el litigio el tema de la indeterminación en la duración de los regímenes de aprovechamiento más que de forma indirecta, por omisión de referencia al plazo de duración de los derechos en el contrato, alega que, al haber tenido conocimiento de la sentencia de esta sala 96/2016, de 19 de febrero, relativa a los regímenes que se adaptaron a la Ley 42/1998 y comercializaron turnos con posterioridad a su entrada en vigor, si la sala se pronuncia sobre la indeterminación del régimen de duración de los derechos a que se refiere el presente recurso se crearía indefensión si no conoce cuándo se produjo la primera transmisión.

D) La parte recurrida solicita también que se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de cómo debe interpretarse el concepto de «adquirente» a la luz de la Directiva 94/47/CE.

TERCERO.- Debemos dar respuesta en primer lugar a algunos de los alegatos vertidos y cuestiones planteadas en el escrito de oposición.

1.- Por lo que se refiere a las causas de inadmisibilidad que se plantean por la parte recurrida, las mismas se rechazan, puesto que el recurso, con técnica, redacción y estructura mejorables, identifica el problema jurídico que plantea, que no es otro que el de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, al contrato litigioso,



teniendo en cuenta que la actora pretendía obtener una rentabilidad mediante la reventa de los derechos adquiridos.

A partir de allí, plantea la aplicación de la nulidad al contrato por el que se constituye un derecho relativo a la utilización de uno o más inmueble durante un período determinado o determinable al año «al margen» de la Ley 42/1998.

La propia parte recurrida ha podido conocer las infracciones denunciadas acerca de la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas aplicables como muestra que, tras alegar causa de inadmisión entra con detalle a oponerse a todas y cada una de las infracciones denunciadas.

Por lo que se refiere a la existencia de interés casacional, esta sala considera que queda suficientemente acreditado por el hecho de que la sentencia recurrida, al entender que la adquirente del derecho de aprovechamiento por turno no es consumidora, sino inversora, es contraria a la doctrina de esta sala, recogida en la sentencia del pleno 16/2017, de 16 de enero .

2.- En cuanto a la solicitud de prueba que presenta la parte recurrida, se inadmite: aparte de que no está prevista en el recurso de casación, hay que añadir que la doctrina que cita de la sentencia 96/2016, de 19 de febrero (reiteración, como explica la misma sentencia, de la contenida en la sentencia 774/2014, de 15 de enero de 2015), aplicada al caso, determinaría la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que es la base de la demanda y del recurso de casación.

3.- En cuanto a la petición de planteamiento de cuestión prejudicial, por lo que se dirá en el fundamento de derecho cuarto al resolver el recurso de casación, para emitir su fallo esta sala no considera preciso que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre la interpretación del concepto de adquirente del art. 2 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994 , relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

CUARTO.- Por las razones que se exponen a continuación, el recurso de casación se estima.

Como ha quedado expuesto, la sentencia recurrida descartó la aplicación al caso de la Ley 42/1998 porque consideró que la actora no era consumidora en cuanto que destinataria final dado que los contratos, por sus propios términos, fueron previstos con la finalidad de obtención de una rentabilidad mediante su comercialización o explotación posterior.

Frente a este razonamiento hay afirmar que es doctrina de la sala establecida en la sentencia del pleno 16/2017, de 16 de enero , la de que está incluido en el concepto de «adquirente» a que alude la Ley 42/1998, vigente en el momento en que se celebró el contrato litigioso, quien actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, aunque tenga ánimo de lucro, siempre que no realice tales actividades con regularidad o asiduidad porque, en tal caso, dada la habitualidad, podría considerarse que realiza una actividad empresarial.

Esta es la doctrina que se considera aplicable por la razón fundamental de que lo que se discute en el presente recurso es el concepto de «adquirente» en la Ley 42/1998 y esta Ley lo que hizo fue trasponer la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. En consecuencia, de forma ineludible, la interpretación del concepto de «adquirente» en la Ley 42/1998 debía realizarse conforme a lo dispuesto en la Directiva.

La Ley 42/1998 de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, que en su exposición de motivos sí se refería a la protección del consumidor, no definía el concepto de «adquirente», pero ese «adquirente» no podía ser otro que el contemplado en la Directiva. El art. 2 de la Directiva definía al «adquirente» como «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».

Este concepto, que al igual que en otras directivas comunitarias, centra su ámbito de protección en quien actúa en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional, es el que debe utilizarse para interpretar quién es adquirente en el sentido de la Ley 42/1998.

La citada sentencia del pleno 16/2017, de 16 de enero , se refería a un contrato celebrado cuando estaba en vigor 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), que en ese momento decía que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Este concepto procedía 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.

La falta de ánimo de lucro, ni se exigía en el art. 3 TRLGCU, ni tampoco se exige ahora para la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial en el art. 3 TRLGCU tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, con el fin de incorporar a nuestro Derecho interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Así se entiende que, con carácter general, en el marco del concepto comunitario y europeo de consumidor, como alguien que actúa al margen o con un propósito ajeno a su actividad profesional, el Tribunal de Justicia haya declarado que la 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. La STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, incluso, ha declarado que el art. 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

Cierto que, cuando se celebró el contrato litigioso de que trae causa el presente recurso de casación (el 4 de febrero de 2007) estaba en vigor el art. 1 de la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios (derogado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, el 1 de diciembre de 2007), que definía al consumidor, «a efectos de la Ley», como el destinatario final de bienes y servicios.

A pesar de que la ausencia de ánimo de lucro no se exigía en el concepto de consumidor del art. 1 de la Ley 26/1984, es cierto que se excluían expresamente de la consideración de consumidores a «quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

Sin embargo, por lo dicho, para interpretar el concepto de «adquirente» a que se refería la Ley 42/1998 no era al concepto de consumidor del art. 1 de la Ley 26/1984 al que debía estarse, sino necesariamente al concepto de «adquirente» que utilizaba la Directiva comunitaria que, por lo que se refiere a la protección de los derechos de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, se estaba transponiendo.

Por todo lo explicado, puesto que la actuación con ánimo de lucro no determina la existencia de actividad profesional o empresarial, salvo que se realice con habitualidad y, en el caso, no consta que D.^a Eulalia realizara habitualmente este tipo de operaciones, la mera posibilidad de que pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de adquirente en el sentido de la Ley 42/1998.

Al no entenderlo así, la sentencia recurrida infringe el art. 1 de la Ley 42/1998 y debe ser casada. Procede, asumiendo la instancia, resolver las cuestiones planteadas en la instancia.

QUINTO.- La demandada apelante ahora recurrida no ha mantenido en ninguna de las instancias que el contrato no estuviera sometido a la Ley 42/1998 por referirse a un paquete vacacional. Silverpoint únicamente ha venido mantenido desde la contestación de la demanda y luego en el recurso de apelación que la actora no era consumidora y, por ello no era de aplicación la Ley 42/1998; subsidiariamente que, en el caso de que se considerara aplicable la citada Ley, los incumplimientos aducidos por la actora no darían lugar a la nulidad del contrato y solo hubieran permitido resolver el contrato en el plazo de tres meses desde la fecha del contrato, con arreglo a lo previsto en el art. 10 de la citada Ley. Ni siquiera la sentencia recurrida declaró que el contrato quedara excluido de la Ley 42/1998 por tratarse de un paquete vacacional sino que, descartada la aplicación de la Ley por excluir que la actora estuviera dentro del ámbito de su aplicación, analizó la validez del contrato desde la perspectiva de las reglas generales del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil. La sentencia



de primera instancia, que en este punto debe ser confirmada, declaró expresamente que el contrato litigioso estaba sometido a las disposiciones de la Ley 42/1998.

Esta sala ha reiterado, respecto de contratos similares al que da lugar al presente litigio, que están incluidos en el art. 1.1 de la Ley 42/1998, pues a pesar de su estructura y denominación, no se contrata solo la prestación de unos servicios como si se tratara de un mero paquete vacacional, sino que constituyen un derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo 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 este# dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios (sentencias 16/2017, de 16 de enero, 37/2017 y 38/2017, de 20 de enero, 87/2015, de 15 de febrero).

En el caso, como resulta de la transcripción del contrato realizada en el fundamento de derecho primero, la actora adquiriría, a cambio del pago de un precio global, de una cantidad de entrada y de una cuota anual de mantenimiento, el aprovechamiento de unos apartamentos y de los servicios complementarios del complejo en el que se integraban. Sin embargo, no solo es que no se cumpliera ninguna de las exigencias informativas requeridas por el art. 9 de la Ley 42/1998, sino que por la propia configuración del objeto del contrato el mismo se realiza, en términos de su art. 1.7, «al margen» de la citada Ley por lo que procede declarar la nulidad del contrato, conforme a la interpretación y aplicación jurisprudencial de tal precepto contenida en las citadas sentencias 6/2017, de 16 de enero, 37/2017 y 38/2017, de 20 de enero, 87/2015, de 15 de febrero.

SEXTO.- Declarada la nulidad del contrato y la improcedencia de los cobros anticipados acreditados en primera instancia, que se confirma, es preciso pronunciarse sobre los efectos restitutorios.

1.- La demandante solicitó en su demanda la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados del contrato por importe de 12.188 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento de los años 2008 (1.725 libras), 2009 (2.095 libras) y 2010 (2.347 euros), que harían un total de 22.940 euros más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. En segundo lugar, la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por tal concepto, de mil libras esterlinas y la obligación de devolverlas por duplicado (es decir, 2.000 libras).

No consta que se materializara la posibilidad de reventa ofrecida (la demandante lo niega y la demandada argumenta que no se le garantizaba la reventa) ni, en consecuencia, hay pretensión alguna de restitución por Silverpoint ni de retención por la actora respecto de cantidades por tal concepto.

La sentencia de primera instancia condenó a la devolución duplicada de los pagos anticipados efectuados, que consideró acreditados. Condenó también a la restitución de «las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, más intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda y debiendo la actora abonar a la demandante el precio o valor de la semana de aprovechamiento disfrutada que aparece fijada en el fundamento de derecho segundo de la presente, recuperando la demandada automáticamente la titularidad de los aprovechamientos semanales objeto del contrato». En el fundamento segundo la sentencia consideraba acreditado que la actora estuvo alojada en el apartamento n.º 3222 del Hollywood Mirage Club durante una semana, con fecha de entrada el día 10 de febrero de 2007. Asimismo, en el mismo fundamento se decía que «deberá la demandada devolver las cantidades percibidas por razón de los contratos suscritos con la actora, lo cual incluye, desde luego las cuotas de mantenimiento».

2.- Por lo que se refiere a la restitución derivada de la declaración de nulidad del contrato, debe tenerse en cuenta que la nulidad por contravención de la ley (art. 6.3 CC aplicado por el juzgado, art. 1.7 de la Ley 42/1998) no implica necesariamente la aplicación de la regla contenida en el art. 1306 CC, que permitiría al adquirente «no culpable» de la nulidad del contrato reclamar lo entregado sin restituir lo recibido (o su valor). La aplicación del art. 1306 CC requiere una «torpeza» en el causante de la nulidad, un reproche moral o una contrariedad con un orden público económico, una nulidad causal justificada por la reprensión del contenido del contrato, lo que no puede identificarse con la nulidad de todo negocio prohibido. En el caso, la propia relatividad del reproche a los contratos celebrados «al margen» de la Ley 42/1998 ha quedado confirmada por el legislador con posterioridad, puesto que en la vigente 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, se admite en su art. 1 la validez de otras modalidades de constitución de los derechos.

En consecuencia, procede aplicar la regla general de la restitución de las prestaciones, incluidas por tanto las percibidas por la actora y que consistirían en la puesta a su disposición de los derechos de disfrute y servicios del contrato nulo. Cuando, como sucede en el presente caso, lo prestado no puede restituirse en especie, habrá que restituir en dinero, como para un caso concreto establece el art. 1547 CC (en un «arrendamiento» en el



que no se ha pactado precio, si ha comenzado la ejecución, no se reconoce acción de cumplimiento por faltar un elemento esencial y el arrendatario debe devolver la cosa, pero también pagar un precio por el tiempo de que ha podido gozar de ella).

Puesto que las restituciones que debe hacer a su vez la demandada a la demandante también son en dinero, es preciso compensar las prestaciones ya cumplidas. De acuerdo con la doctrina, la jurisprudencia de esta sala ha procedido así en casos de nulidad de contratos de tracto sucesivo, manteniendo las prestaciones ya realizadas (sentencias 102/2015, de 10 de marzo , contrato de suministro en exclusiva cumplido durante cierto tiempo; sentencia 109/2009, de 26 de febrero , suministros de carburante para la reventa).

En el caso que da lugar al presente recurso, el valor de la prestación recibida por la demandante y que debe restituir como consecuencia de la nulidad del contrato debe calcularse en función del precio que pagó por ella, y no del valor de mercado (como argumenta la parte recurrida), puesto que en el contrato la función del precio era precisamente fijar el valor del disfrute de los apartamentos, y no se ha impugnado por la actora que ese precio no reflejara la equivalencia de las prestaciones.

En consecuencia, el tiempo que la actora ha tenido a su disposición los apartamentos se compensa tanto con los gastos de mantenimiento abonados como con la parte proporcional del precio de compra. Esto último en atención a que, como ha reiterado la doctrina de la sala respecto de litigios semejantes al presente, la parte actora ha podido disfrutar durante años de los alojamientos que el contrato le 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 (sentencias 192/2016, de 29 de marzo , 631/2016, de 25 de octubre , 633/2016, de 25 de octubre , 645/2016, de 31 de octubre , 685/2016, de 21 de noviembre , 37/2017 y 38/2017, de 20 de enero , 87/2017, de 15 de febrero). De acuerdo con esta doctrina, que es aplicable al caso, la interpretación y aplicación del art. 1.7 de la Ley 42/1998 «al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del art. 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 art. 1.7 se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato -normalmente de adhesión- que no cumple con las prescripciones leales», de modo que la restitución de todas las cantidades solo tendría sentido, de acuerdo con la finalidad del precepto, cuando el contrato no se hubiera llegado a ejecutar.

En el supuesto que aquí se contempla, y como alega la demandada ahora recurrida, la demandante ha tenido a su disposición los aprovechamientos objeto del contrato durante cinco años hasta el momento de interposición de la demanda (2008 a 2012).

En consecuencia, de la cantidad solicitada por la actora de 12.188 libras esterlinas únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada por la parte que proporcionalmente corresponde por los años que no ha tenido a su disposición los apartamentos. Partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la ley, la demandada ha de ser reintegrada por la cantidad correspondiente a los 45 años no disfrutados, es decir, 10.969,2 libras esterlinas. Ello con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, que fueron los intereses solicitados en el «suplico» de la demanda.

SÉPTIMO.- La devolución de las cantidades anticipadas está sometida al régimen del art. 11 de la Ley 42/1998, que reconoce el derecho a la devolución duplicada de las cantidades que se pagaran antes del plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento que reconoce la ley.

Puesto que la actora pagó en el momento de la firma del contrato 1.000 libras procede que la demandada le devuelva 2.000 libras, con sus intereses desde la interposición de la demanda.

OCTAVO.- Estimado el recurso de casación no procede imposición de las costas de la casación y procede la devolución del depósito para recurrir (arts. 394 y 398 LEC y apartado 8 de la disp. adic. 15.ª LOPJ).

Estimada sustancialmente la demanda, se imponen a la parte demandada las costas de la primera instancia y sin expresa imposición en las de apelación a la demandada, al estimarse parcialmente el recurso.

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Eulalia contra sentencia de 8 de mayo de 2015 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife . **2.º-** Casar la sentencia recurrida, dictando otra en su lugar por la que se mantiene la declaración de nulidad contractual efectuada en la sentencia de 31 de julio de 2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona (PO 913/2012), condenando a la demandada al pago de 12.969,2 libras esterlinas, más el interés legal desde la interposición de la demanda. **3.º-** Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia. **4.º-** No se imponen a la demandada las



costas de la apelación. 5.º- No procede expresa imposición de las costas de la casación. 6.º- Se acuerda la devolución del depósito para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de sala

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ