



Roj: **SAP TF 811/2017 - ECLI:ES:APTF:2017:811**

Id Cendoj: **38038370032017100234**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **3**

Fecha: **05/06/2017**

Nº de Recurso: **688/2016**

Nº de Resolución: **264/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA LUISA SANTOS SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 86 56

Fax.: 922 208655

Email: s03audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000688/2016

NIG: 3801741120130000252

Resolución: Sentencia 000264/2017

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000046/2013-00

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Granadilla de Abona

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelado DIAMOND RESORTS TENERIFE SALES, S.L. Jose Abitbol Martos Francisco De Borja Machado Rodriguez De Azero

Apelante Juan Alberto Miguel Angel Melian Santana Leopoldo Pastor Llarena

Apelante Valentina Miguel Angel Melian Santana Leopoldo Pastor Llarena

SENTENCIA

Ilmas. Sras.

Presidenta:

D^a. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO

Magistradas:

D^a. MARÍA DEL CARMEN PADILLA MÁRQUEZ

D^a. MARÍA LUISA SANTOS SÁNCHEZ (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 5 de junio de 2017.

VISTO, ante la AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN TERCERA, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 12 de febrero de 2016, dictada en los autos de Juicio Ordinario



nº 46/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Granadilla de Abona , promovidos por Don Juan Alberto y Doña Valentina , representados en esa instancia por el Procurador D. Leopoldo Pastor LLarena, y asistidos del Letrado Don Miguel Ángel Melián Santana, contra DIAMOND RESORTS TENERIFE SALES S.L, representado por el Procurador Don Borja Machado Rodríguez de Azero y asistida del Letrado Don José Abitbol Martos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados la Sra. Juez Doña Laura Casañas Villalba, dictó sentencia el 12 de febrero de 2016 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO: "QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO LA DEMANDA interpuesta por Don Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de D. Juan Alberto y Dña. Valentina contra la mercantil DIAMOND RESORTS TENERIFE SALES S.L.

Se imponen las costas al actor."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, la representación de la parte demandante interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, formulándose oposición por la entidad demandada, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección Tercera, se acordó formar el correspondiente Rollo, personándose oportunamente la parte apelante por medio del Procurador Don Leopoldo Pastor Llarena y bajo la dirección del Letrado Don Miguel Ángel Melián Santana; la parte apelada se personó por medio del Procurador Don Borja Machado Rodríguez de Azero y bajo la dirección del Letrado Don José Abitbol Martos. Para deliberación, votación y fallo se señaló el día treinta y uno de mayo del año en curso.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Doña MARÍA LUISA SANTOS SÁNCHEZ, Magistrada de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la precedente instancia ha sido apelada por la parte actora, constituida por Don Juan Alberto y Doña Valentina , ahora parte apelante, quien pretende la estimación de su demanda y la expresa condena en costas a la contraparte. Como alegaciones del recurso, discrepa del criterio establecido en la mencionada resolución y, con indicación más detallada de los argumentos en los que basa todas sus consideraciones, aduce la errónea aplicación de la Ley y Doctrina del Tribunal Supremo, entendiendo que es de aplicación a los contratos de autos la Ley 42/1998, cuestión que no ha sido controvertida en la instancia, con exposición de los incumplimientos de esa norma y de sus consecuencias. Alega igualmente que los contratos litigiosos han de ser considerados nulos por incumplimiento de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, condición que tiene dicha parte apelante. También sostiene la nulidad de los contratos conforme al Código Civil y la inaplicabilidad de la teoría de los actos propios a los contratos nulos de pleno derecho. Finalmente, señala la improcedencia de la condena en costas a esa parte, por existir en el caso serias dudas de hecho y de derecho acerca de la regulación de este tipo de contratos y por no haber litigado con temeridad ni mala fe, habiendo requerido previamente a la demandada sin que ésta hubiera contestado.

La entidad demandada pretende la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto de contrario. Rebate las alegaciones del recurso y muestra su total conformidad con el criterio de la juzgadora de la instancia, por ajustarse al de esta Audiencia Provincial establecido en las sentencias que cita, resolutorias de supuestos de contratos de igual clase que los de autos, sosteniendo la inaplicabilidad de la Ley 42/1998 a los contratos de autos, tratándose de regímenes preexistentes a los que se refiere la disposición transitoria segunda de esa Ley, añadiendo que la ley aplicable a los contratos objeto de litis es la ley inglesa y que todas las partes se sometieron expresamente a la jurisdicción de los tribunales ingleses. Alega que de contrario se hace una interpretación errónea e interesada de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013 . Igualmente analiza el pleno sometimiento de los contratos litigiosos a la normativa de la unión europea y a los convenios en los que España es parte en los mismos términos previstos por las sentencias de esta Audiencia Provincial, analizándolos también con sujeción a la Ley 4/2012, reconociendo de modo expreso que no se produjo el acto de adaptación necesario contemplado en la citada ley. Destaca la naturaleza personal de tipo asociativo de los derechos transmitidos por medio de los aludidos contratos e insiste en la aplicabilidad de la normativa inglesa.

SEGUNDO.- Conviene con carácter previo, por tratarse de una cuestión suscitada por la parte demandada apelada ex novo en esta alzada, al oponerse al recurso y referir la aplicabilidad a los contratos de autos de la ley inglesa y la sumisión expresa de todas las partes a la jurisdicción de los tribunales ingleses (condición



11 de cada uno de los dos contratos suscritos en 2003 y 2006, únicos reconocidos por esa apelada), poner de manifiesto que, como tiene establecido esta Sección, entre otras, en sentencia de 25 de julio de 2016, n.º 284/2016, en la que fue parte demandada quien lo es en esta litis, "La entidad demandada invoca el Derecho inglés en el escrito de oposición al recurso, pero esto ha de ponerse en relación con el escrito de contestación en el que nada se dice al respecto, invocando el Derecho español, con la consiguiente repercusión en la segunda instancia, es decir, sin haberlo hecho en forma, como nuestro ordenamiento prescribe, en la primera instancia, resultando inviable procesalmente plantear cuestiones nuevas, que hubieran debido ser planteados en el trámite pertinente en la forma que nuestro ordenamiento exige, de modo que no es posible entrar en su conocimiento, en virtud del principio de preclusión de los actos procesales reiteradamente aplicado por los Tribunales y establecido en el art. 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer que transcurrido el plazo pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. Específicamente, por lo que se refiere a la alegación de hechos y fundamentos jurídicos, el art. 400 de la misma Ley dispone la preclusión de la misma en momentos posteriores a la demanda y a la contestación, acto procesal cuya restitución no es admisible con posterioridad, en la aplicación pertinente de los principios de rogación, dispositivo y de contradicción que rigen el proceso, causándose de lo contrario evidente indefensión a la parte contraria, puesto que respecto del Derecho **extranjero**, recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba plena; por ello, el segundo párrafo del artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige la prueba de "su contenido y vigencia", pero tempestivamente, de modo que la consecuencia es la aplicación del Derecho español (17-4-2015).

Es de recordar asimismo que el art. 456, apartado primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que rige para la segunda instancia, prescribe que el objeto del recurso de apelación lo será "con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia", pero formuladas tempestivamente, como tiene declarado jurisprudencia reiterada en el sentido de que el recurso de apelación aunque permite al tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos a los planteados en la primera instancia (SSTS de 2-12-1983, 6-3-1984, 20-5-1986, 19-7-1989, 21-4-1992 y 9-7-1997, entre otras). carga que no puede ser obviada para convertir la omisión en objeto de recurso (Véase, ATS de 9-3-2010, por ejemplo); pues conforme a lo que prevé el art. 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la sentencia a dictar en el recurso de apelación se habrá de pronunciar exclusivamente sobre los puntos y cuestiones esgrimidos en el escrito de interposición del recurso y, en su relación, en el de oposición."

En el presente caso, la parte demandada aceptó de modo expreso (apartado I de los fundamentos de derecho de la contestación a la demanda, referido a jurisdicción, competencia y procedimiento) "los fundamentos de contrario en relación a estas materias". No obstante lo anterior, siendo la competencia internacional una cuestión de orden público, susceptible de ser examinada de oficio por el tribunal cuando entienda que el caso sometido a su decisión no es de la competencia de los tribunales españoles sino de los **extranjeros** (apartados 2 y 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pudiendo, en su caso y una vez oídas las partes, declararse incompetente. En el presente caso, debe mantenerse la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de la presente litis, pues además de lo que posteriormente se indicará sobre la aplicabilidad de la Ley 42/1998 y del hecho de que en relación al menos a los contratos de fechas 4 de agosto de 2003 y 10 de mayo de 2006 no consta claramente acreditado - por no aportarse los documentos en los que constan suscritos esos contratos- que los mismos se rijan por iguales términos y condiciones que figuran en el contrato de fecha 2 de mayo de 2007 (sobretudo, cuando, según se señala en los hechos primero y segundo de la demanda y se corrobora por lo indicado en los hechos de iguales números de la contestación a la demanda, los dos primeros contratos mencionados se suscribieron con la entidad Grand Vacation Club Limited, y el último con Sunterra Tenerife Sales, S.L., entidades éstas de las que trae causa la hoy demandada, pero respecto de las que ninguna constancia hay, por no aportarse a los autos por ninguna de las partes, de que utilizaran idénticos modelos de contrato en los años en que se suscribieron los que son objeto de esta litis), debe tenerse especialmente en cuenta que la entidad mercantil demandada radica en España, y que incluso el apartado 11 aludido por esta última parte -reverso del documento en el que figura el último de los contratos mencionados, de 2 de mayo de 2007, que recoge los términos y condiciones del mismo- se refiere de modo impreciso a un acuerdo de sumisión a la jurisdicción no exclusiva de las cortes inglesas.

TERCERO.- Sentado lo anterior, el examen de lo actuado conduce al parcial éxito del recurso, por las razones que a continuación se exponen. Si bien es cierto que el criterio seguido por el juzgador de la instancia se ajusta al que en principio ha seguido esta Sección Tercera en lo concerniente al marco normativo aplicable, en cuanto se consideraba que la Ley 42/1998 no era aplicable a los supuestos de contratos -como los presentes- en los que se adquiere un determinado número de puntos y la asociación a un Club como miembro con determinados



beneficios de disfrute y vacaciones por esa condición de socio, sin embargo, no puede obviar este tribunal la más reciente doctrina que sobre esta cuestión ha establecido el Tribunal Supremo, Sala Primera, entre otras, en sentencias de 16 de enero de 2017, número 16/2017, rec. 2718/2014, y 20 de enero de 2017, números 37/2017, rec. 2959/2014, 38/2017, rec. 3238/2014, y 39/2017, rec. 3264/2014, recogiendo en esta última lo siguiente: "QUINTO: Decisión de la Sala. Régimen jurídico.

Se estiman los motivos.

La parte demandada y ahora recurrida, reconoce en el recurso de apelación que los contratos «cumplen con la Ley 42/1998».

En el régimen jurídico que regula el aprovechamiento por turno, y haciendo una breve reseña histórica de su regulación debemos citar:

1. La Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguló en España, por primera vez, el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, también conocido con la expresión más breve -aunque inexacta y prohibida- de multipropiedad.

Antes de la promulgación de la Ley 42/1998 se había aprobado por las instituciones de la entonces Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, la Directiva 94/47/CE, que, con la finalidad de acabar con los fraudes y abusos que se daban en ese sector, obligaba a los legisladores nacionales a dictar determinadas normas protectoras de los adquirentes de este tipo de derechos sobre inmuebles. La Ley 42/1998 no se limitó a la transposición estricta de la Directiva, sino que procuró dotar a la institución de una regulación completa, más amplia de la exigida por aquélla.

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

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

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

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

2. Extinguido el régimen por transcurso del plazo de duración, los titulares no tendrán derecho a compensación alguna».

La indicación de la fecha en que el régimen de aprovechamiento por turno se extinguirá es uno de los extremos que configuran el contenido mínimo del contrato de transmisión de derechos de aprovechamiento por turno (art. 9.1. 2.º y 10.º de la Ley).

En lo que respecta a la protección del adquirente en la celebración del contrato, la ley regula de forma detallada las cuestiones referidas al documento informativo -art. 8-, el contenido del contrato -art. 9-, el desistimiento y la resolución ad nutum y la resolución-sanción -art. 10-, la prohibición del pago de anticipos -art. 11- y la resolución de préstamos vinculados -art. 12-.

2. Ley 4/2012, de 6 de julio.

La nueva Directiva 2008/122/CE, deroga la anterior, y tiene como fundamento la aparición de nuevos productos vacacionales; asimismo, completa lagunas, amplía la armonización de los ordenamientos internos de los Estados, refuerza la información al consumidor, regula con mayor precisión los plazos de ejercicio del derecho



de desistimiento, insiste y amplía la prohibición de pago de anticipos durante el plazo de ejercicio de tal derecho, y determina la ineficacia de determinados préstamos de financiación para el caso de desistimiento.

Su incorporación al ordenamiento jurídico español se ha producido con la actual regulación de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

En esta nueva norma se ha optado por elaborar un texto unificado, que comprenda tanto la transposición de la Directiva 2008/122/CE, en el título I, como la incorporación de la Ley 42/1998, en los títulos II y III, con las adaptaciones que requiere dicha Directiva.

La Ley 4/2012 contempla la regulación de cuatro figuras contractuales: el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, el contrato de adquisición de productos vacacionales de larga duración, el contrato de reventa y el contrato de intercambio.

El derecho de desistimiento del consumidor se establece sin necesidad de motivación y se puede ejercer tanto si el empresario hubiera facilitado toda la información precontractual como si no lo hubiera hecho o la hubiera facilitado de forma insuficiente. Se trata de un único derecho que se diferencia sólo en el cómputo. Las cláusulas contractuales correspondientes al derecho de desistimiento y a la prohibición del pago de anticipos serán firmadas aparte por el consumidor.

El contrato incluirá, asimismo, un formulario normalizado de desistimiento en documento aparte.

El plazo de los 14 días que en todos los tipos contractuales tiene el consumidor para desistir del contrato se computarán de la forma que establece el art. 12 Ley 4/2012. Dicho plazo arrancará desde la fecha de celebración del contrato, si bien, como garantía para el adquirente, el plazo no empezará a contar si el empresario no le hubiera entregado el «formulario de desistimiento» o la «información precontractual» (de ahí la enorme importancia de la presencia de la firma y de la fecha en el propio interés del empresario), en cuyo caso comenzará a contar a partir del momento de la fecha de su efectiva entrega. Ahora bien, desde el momento de la celebración del contrato la Ley establece para hacer efectivo el desistimiento el plazo máximo de un año -por ausencia de formulario- o de tres meses -por ausencia de información precontractual-.

Dado que los contratos analizados se formalizan desde los años 2003 a 2008, es indudable que será la Ley 42/1998 la aplicable al caso.

SEXTO.- Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998.

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

Se contempla también dentro del ámbito objetivo de estos contratos, con carácter general, que el contrato en virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos (art. 1.7).

La propia exposición de motivos de la ley en su apartado II establece:

«El ámbito de aplicación restrictivo ha aconsejado establecer una norma para determinar el régimen de los derechos de aprovechamiento por turno o similares a éstos que se constituyan sin ajustarse a la Ley, pues aunque es evidente que se trataría de supuestos de fraude de ley y deberán, en consecuencia, someterse a la solución del artículo 6.4 del Código Civil, ésta no parece por sí sola norma suficiente para evitar que, de hecho, el fraude de ley se produzca en la práctica».

Por tanto, del tenor de la ley debe entenderse que la misma regula no solo los derechos de aprovechamiento por turno stricto sensu sino también los «similares», es decir, cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año (art. 1.7 de la ley).

La propia ley establece la nulidad de pleno derecho para aquellas fórmulas que en los casos referidos en el párrafo anterior se construyan al margen de la ley y ello para evitar el fraude legal.

SÉPTIMO .- Contratos analizados.

La propia parte demandada al recurrir en apelación reconocía que estaban sujetos a la Ley 42/1998.

Examinados los contratos, se puede apreciar que en nada respetan los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la ley establece en su art. 9 . Se exige, en uno de ellos, anticipos que el contrato denomina «depósito». Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley, estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma.

Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley».

Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en el contrato no se transcriben los arts. 10 , 11 y 12 de la Ley 42/1998 , ni menciona, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (art. 9.1.6.º), por lo que el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato.

OCTAVO .-

En estos contratos se refiere:

1. Carta de asociación al club de vacaciones.
2. Período de desistimiento de 14 días de acuerdo con la ley española.
3. Un programa de intercambio.
4. Cuota de gestión anual.
5. Pago anticipado en uno de ellos.

En la sentencia recurrida se declara que estos contratos no se refieren a un contrato de aprovechamiento por turno sino a un producto vacacional, con reservas en diferentes lugares, completamente distinto, que la Ley 42/1998 no recoge ni menciona y que sí regula la ley 4/2012 que por su ámbito temporal no es aplicable a estos contratos.

Esta Sala debe declarar que si bien es cierto que la Ley 42/1998 no regulaba expresamente los contratos de producto vacacional, ello no significa que quedasen al margen de la regulación del fenómeno, pues como dijimos regulaba los aprovechamientos por turno o «similares».

Es decir, la Ley 42/1998 concedora de las posibilidades de fraude (art.1.7) se preocupó de ampliar su cobertura a:

«El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos».

Precisamente por ese intento de fraude que intentaba eludir la aplicación de la mencionada directiva de 1994 y de la Ley 42/1998, se regulan en los arts. 12 y siguientes de la Ley 4/2012 los contratos de producto vacacional de larga duración, sometiéndolos a estrictos requisitos y a diversos formularios.

La nueva Directiva 2008/122/CE recoge en sus considerandos iniciales:

«Además, la experiencia adquirida en la aplicación de la Directiva 94/47/CE ha demostrado que algunos aspectos que ya estaban cubiertos necesitan una actualización o una precisión para impedir que se creen productos con la finalidad de eludir las disposiciones de la presente Directiva».

Pero el acuerdo armonizador que efectúa la Directiva 2008/122, ampliando la regulación a los productos vacacionales, para evitar el fraude, ya se había anticipado en nuestra Ley 42/1998, pues dado que las directivas comunitarias son normas de mínimos nuestro legislador creó una regulación sistemática y amplia del aprovechamiento por turno.

En este sentido declara la exposición de motivos de la Ley 42/1998 que:

«Al final, la propia Unión Europea llegó al convencimiento de que el problema no estaba tanto en una teórica insuficiencia legislativa como en el hecho de tratarse de un sector donde el consumidor está especialmente desprotegido, de modo que lo procedente era la elaboración de una Directiva que estableciera una normativa de carácter excepcional y que limitara, en este ámbito, la autonomía de la voluntad hasta donde fuera aconsejable...



»La cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola, dejando fuera de la ley a las demás. Se ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo sin embargo la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica.

»La Ley, por otra parte, no se limita a la transposición estricta de la Directiva, sino que procura dotar a la institución de una regulación completa. Así determina la posibilidad de constituir un derecho de naturaleza real, por el que se adquiere la facultad de disfrutar de un inmueble durante un período determinado del año; regula cómo se constituye sobre un inmueble el régimen jurídico del aprovechamiento por turno y dispone cómo han de ejercitarse en España los derechos de desistimiento y resolución que establece la Directiva europea.

»No es la primera vez que un texto comunitario es origen de una regulación interna más amplia de la exigida por aquél y, más aún, tratándose de Directivas que establecen unas garantías mínimas de protección».

A la vista de lo declarado debemos mantener al igual que en los primeros contratos analizados, que estamos ante contratos que pretenden el uso periódico de unas semanas de vacaciones, en los turnos previamente adquiridos, en alojamientos susceptibles de uso independiente, con mobiliario y prestación de servicios accesorios, con pago de una notable cantidad por la compra del derecho y con gastos de mantenimiento anuales, con posibilidad de desistimiento, reventa, intercambio, en suma, estos contratos quedan integrados en el ámbito objetivo de regulación del art. 1 de la Ley 42/1998 .

Examinados los contratos se puede apreciar que en nada respetan los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la ley establece en su art. 9 . Se exigen anticipos, en un caso, que el contrato denomina «depósito». Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley, estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma.

Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley».

Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en el contrato no se transcriben los arts. 10 , 11 y 12 de la Ley 42/1998 , ni menciona, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (art. 9.1.6.º), por lo que el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato."

La aplicación de la reseñada doctrina jurisprudencial al presente caso determina, como ya tiene establecido esta Sección 3ª en la reciente sentencia de 15 de mayo de 2017, n.º 209/2017 , que los contratos objeto de autos, suscritos todos ellos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 42/1998, deban entenderse sujetos a ella, pues mediante ellos se produce la comercialización de derechos que finalmente dan lugar a la posibilidad de una utilización o aprovechamiento de uno o más inmuebles, a través de un derecho real o personal por tiempo superior a tres años, durante un período determinado o determinable al año, plenamente incardinables en el artículo 1.7º de dicha norma , habiéndose suscrito después de la entrada en vigor de la referida Ley 42/1998, e incluso después del otorgamiento de las escrituras de adaptación que se relacionan en el hecho séptimo de la contestación a la demanda (en el que manifiesta que se aportan los datos notariales y registrales de todos y cada uno de los complejos que conforman el régimen preexistente denominado como "European Collection", antes Gran Vacation Club), siendo, en consecuencia, dicha Ley plenamente aplicable.

CUARTO.- El examen de los contratos autos (careciendo, como se ha dicho, los de fechas 4 de agosto de 2003 y 10 de mayo de 2006, del oportuno soporte documental, habiéndose aportado el de 2 de mayo de 2007 como documento 5 de la demanda) pone de manifiesto que los mismos vulneran la citada Ley 42/1998, yendo dirigidos a eludir su aplicación en perjuicio del consumidor, transmitiendo un producto indeterminado tanto en cuanto al período como a la concreta unidad alojativa a la que se refiere y Complejo en que está ubicado, soslayando las normas imperativas aprobadas para la protección de los consumidores en este sector de actividad.

Más en concreto, pese a que la entidad demandada apelada sostiene que la duración del régimen (que refiere ser conocido como "European Collection") es hasta el 31 de diciembre de 2054, esta circunstancia no consta debidamente demostrada ni se recoge en los documentos aportados con la demanda suscritos al tiempo de adquirir los correspondientes puntos, resultando que los derechos transmitidos figuran contractualmente como indefinidos y perpetuos, contrariando la norma imperativa y, en especial, el artículo 3 de la Ley 42/1998 .

Además, es clara la absoluta indeterminación del objeto, incumpliendo los contratos de autos el contenido mínimo regulado en el artículo 9 de la Ley 42/1998 , sin que tampoco conste suficientemente acreditado en el presente caso por la entidad demandada -a quien incumbe la carga probatoria- que ella -o aquéllas entidades



de quienes trae causa- hubieran cumplido el deber de información general contemplado en el artículo 8 de esa Ley. Nos encontramos realmente ante una falta de cumplimiento sistemático de la expresada normativa.

En consecuencia, procede la estimación parcial del recurso, la revocación de la sentencia apelada, y la estimación también en parte de la demanda respecto de este extremo, sin necesidad de entrar a considerar las demás cuestiones suscitadas por la parte apelante para sustentar su pretensión de nulidad radical y absoluta de los contratos señalados en primero de los hechos de la demanda, nulidad de tal clase que ha de ser plenamente declarada en relación a los contratos de autos cuyas fechas de suscripción son 4 de agosto de 2003 y 10 de mayo de 2006, mas sin que proceda esa declaración de nulidad respecto del contrato de 2 de mayo de 2007, en cuanto que, alegado por la entidad demandada que la parte actora ejerció su derecho a desistir, esta última parte citada no ha demostrado la efectiva vigencia de ese contrato ni tampoco que hubiera llegado a abonar el precio correspondiente al precio señalado en ese contrato ni como consecuencia de ello, a cumplir el contrato de financiación firmado con la misma fecha, incumbiendo la carga probatoria de dicho pago a la referida actora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 217. 2 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (así, por ejemplo, ninguna prueba ha aportado demostrativa del abono de las cuotas de amortización derivadas del contrato de financiación -en principio 120 pagos mensuales, cada uno de 1.020,25 libras esterlinas-), siendo igualmente hecho contrario a la efectiva vigencia del controvertido contrato de 2 de mayo de 2007 el número de puntos en propiedad atribuidos a la parte actora, que es el de 7.500 puntos, número del que se parte para la fijación de los cargos de gestión de los años 2010 y 2011 (documentos 8 y 9 de la demanda, en relación con el 1 de la contestación), correspondiendo esos 7.500 a la suma de los adquiridos en los dos primeros contratos -de los años 2003, en que se compraron 5.000 puntos, y 2006, adquiriéndose 2.500 puntos-, sin ninguna constancia de que se tomaran en consideración -añadiéndolos a los anteriores- los 6.000 que figuraban adquiridos en el contrato de 2 de mayo de 2007.

QUINTO.- En cuanto a los efectos que conlleva la anunciada declaración de nulidad de los contratos de 2003 y 2006, y consiguiente restitución recíproca de prestaciones, la parte actora apelante solicita en su demanda, respecto de esos contratos, la condena de la entidad demandada al pago de 12.959 (7.674 + 5.285) libras esterlinas, en el equivalente en euros, en concepto de pagos derivados de esos contratos litigiosos.

Llegados a este punto, ha de seguirse también aquí la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, entre otras en la sentencia antes citada de 20 de enero de 2017, nº 38/2017, rec. 3238/2014, que establece: "Los demandantes solicitaron en su demanda la devolución, por razón de este contrato, de la cantidad total entregada de 10.561 libras esterlinas (incluido el anticipo). Los demandantes han podido disfrutar de las prestaciones propias del contrato durante 3 años (2010-2012), computados hasta la presentación de la demanda.

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, como se ha dicho, los demandantes han podido disfrutar durante tres 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, deducido el anticipo, únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los 47 años no disfrutados (concretamente 9457,34 libras esterlinas), partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la ley, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, acogiendo así los pedimentos del «suplico» de la demanda en cuanto al contrato de que se trata sin necesidad de entrar en la consideración de las pretensiones formuladas con carácter subsidiario. A dicha cantidad se le añadirán las 1000 libras de la penalización por el anticipo indebido."

Por ello, en aplicación del reseñado criterio jurisprudencial, constando en el documento número 1 de la demanda el historial de estancias disfrutadas por los actores desde el año 2004, no contradicho por esta última parte, que impugnó tan sólo su valor probatorio, y en conjunción con el resultado de la prueba practicada en la vista del juicio, se consideran suficientemente probadas las aludidas estancias en la forma expresada en aquel documento, habiendo hecho uso dicha parte actora de los puntos adquiridos y disfrutado de determinados complejos vacacionales durante cuatro años, de modo que debe atemperarse la suma de 12.959 libras esterlinas reclamada por los pagos derivados de los contratos cuya nulidad se declara, pues deben tenerse en cuenta los cuatro años de disfrute -hasta el año 2008 incluido- y la duración legal máxima de cincuenta años,



considerándose en consecuencia procedente fijar como importe a restituir por el precio en su día pagado por la adquisición de los derechos objeto de autos, el de 11.922,28 libras esterlinas, en el equivalente en euros, 13.911,65 euros, s.e.u.o., según el tipo de cambio el oficial publicado por el Banco de España vigente en la fecha de presentación de la demanda (1 euro = 0.85700 libras esterlinas).

Reclama también la actora los gastos de gestión correspondientes a los años 2010 y 2011 y anteriores, y que, según esa parte, ascenderían a 2.726,37 (1.788,12 + 938,25) libras esterlinas -su equivalente en euros-. Del examen conjunto de los documentos aportados como números 8 y 9 de la demanda y del documento n.º 1 de la contestación (documento éste cuya autenticidad, al igual que el resto de la documentación acompañada con ese escrito, se impugnó respecto a su valor probatorio), tan sólo podría reputarse acreditado -carga que incumbía a la parte actora- el pago por ésta de los cargos que se recogen en el mencionado documento n.º 9 en el apartado correspondiente a "Amount Received" o Cantidad pagada o recibida, que se refiere a los cargos de gestión de los años 2008 y 2009 que la entidad demandada señalaba como recibidos a fecha 22/11/2010, es decir, 912,75 libras esterlinas, refiriéndose en realidad el importe de 1.788,12 libras esterlinas que obra en ese documento a la cantidad que adeudaría la parte actora; también constan en dicho documento n.º 1 los cargos pagados durante los años 2004 a 2007, a saber, 1.802 libras esterlinas. Ahora bien, teniendo en cuenta que los expresados cargos de gestión se corresponden con periodos en los que la parte actora hizo uso efectivo de los puntos adquiridos y utilizó los complejos que figuran en el historial de estancias, lo que ineludiblemente conlleva los oportunos gastos derivados de ese uso, e igualmente atendiendo al criterio jurisprudencial antes aplicado, se considera que no procede acoger la reclamación de la actora por dicho concepto.

SEXTO.- En lo concerniente a la reclamación cuantitativa por cobro de anticipos recogida en el apartado 2 del suplico de la demanda, ha de significarse que el Tribunal Supremo Sala Primera, entre otras, en la también citada sentencia de 20 de enero de 2017, nº 37/2017, rec. 2959/2014, prevé la posibilidad de devolución al consumidor de los anticipos realizados en contravención al artículo 11 de la Ley 42/1998 incluso en los casos en los que se acuerda la nulidad del contrato, y así cuando establece: "Devolución de los anticipos.

En el suplico del recurso de casación se solicitó la revocación de la sentencia y la estimación de la demanda, reclamándose en ésta la devolución duplicada de los anticipos.

El juzgado de primera instancia negó la devolución duplicada de los anticipos.

La parte actora impugnó la sentencia del juzgado interesando la referida devolución duplicada (folio 80), desestimándose la mencionada impugnación por la Audiencia Provincial.

Casada la sentencia, este Tribunal debe entrar a conocer de la petición referente a los anticipos.

Como ya dijimos constan entregadas cantidades anticipadas por importe (que se reclama) de 11.263 libras esterlinas.

Sin perjuicio de la nulidad radical del contrato, el art. 11 de la Ley 42/1998 exige la devolución duplicada de los anticipos al considerarlos proscritos y como sanción legal al incumplimiento contractual, la cual es procedente aún cuando la parte opte por el cumplimiento del contrato, cuanto más cuando el contrato se declare nulo por incumplimiento sistemático de las obligaciones contractuales por la promotora que incurren en fraude de ley (sentencia núm. 633/2016, de 25 de octubre).

Por tal razón la demandada ha de ser condenada por el concepto de anticipos a devolver la cantidad de 22.526 libras esterlinas."

En este caso, la parte actora sostiene que le fueron cobrados anticipos del precio y reclama las cantidades satisfechas en ese concepto por razón de los contratos de autos, a saber, sin contar el tercero de los contratos litigiosos -el firmado el día 2 de mayo de 2007-, 12.959 libras esterlinas, con la obligación de devolver esas cantidades por duplicado, es decir 25.918 libras esterlinas, de las que solo debe devolver la mitad (12.959 libras esterlinas, equivalentes, como se dijo, a 15.121,35 euros), por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado en el apartado anterior del aludido suplico.

Esta pretensión debe prosperar, pues de los documentos aportados con la demanda como números 2 y 3, en conjunción con el que lo fue como n.º 1 de la contestación, se constata el incumplimiento por la transmitente de los derechos objeto de autos (de quien trae causa la parte demandada) de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 42/1998, que prohíbe el pago de cualquier anticipo a cargo del consumidor, antes de que concluya el plazo de desistimiento o mientras disponga de la facultad de resolución a las que se refiere el artículo anterior ("este último, es decir, el artículo 10 establece en su apartado 1 y primer párrafo del 2: 1. El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio. Si el último día del mencionado plazo fuese inhábil, quedará excluido del cómputo,



el cual terminará el siguiente día hábil. Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno.

2. Si el contrato no contiene alguna de las menciones o documentos a los que se refiere el artículo 9, o en el caso de que el adquirente no hubiera resultado suficientemente informado por haberse contravenido la prohibición del artículo 8.1, o incumplido alguna de las obligaciones de los restantes apartados de ese mismo artículo, o si el documento informativo entregado no se correspondía con el archivado en el Registro, el adquirente podrá resolverlo en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno."), cuestión la examinada de prohibición del cobro de anticipos sobre la que se ha pronunciado con reiteración el Tribunal Supremo, que, en su sentencia de pleno número 627/2015, de 20 noviembre, e interpretando el citado artículo 11, considera como justificación de esa prohibición de los anticipos el interés del legislador de simplificar el ejercicio de los expresados derechos de desistimiento o resolución contractual y de eliminar el riesgo de que la recuperación de las cantidades entregadas no se produzca o quede demorada (en igual sentido, entre otras, las sentencias de ese Alto Tribunal de 3 de marzo de 2016, n.º 122/2016 y 4 de octubre de 2016, n.º 589/2016).

En resumen, la cantidad total a cuyo pago ha de ser condenada la parte demandada como consecuencia de la declaración de nulidad efectuada en la presente resolución es la de 29.033 euros (13.911,65 + 15.121,35), a la que deberán añadirse los intereses, al tipo legal, devengados desde la fecha de interposición de la demanda.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas procesales, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias, además de por la parcial estimación de la demanda y del presente recurso, por apreciarse serias dudas de derecho dimanantes del contenido e interpretación de los contratos litigiosos y de la legislación aplicable, que justifican la controversia suscitada entre los litigantes (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y procedente aplicación,

FALLO

1º. Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Juan Alberto y Doña Valentina contra la sentencia de fecha 12 de febrero de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Granadilla de Abona, en autos de Juicio Ordinario 46/2013.

2º. Revocamos la expresada sentencia en el sentido de estimar en parte la demanda interpuesta por la representación procesal de los referidos apelantes frente a la entidad Diamond Resorts Tenerife Sales, S.L., declarando la nulidad de los contratos objeto de los presentes autos, suscritos entre los litigantes en fechas 4 de agosto de 2003 y 10 de mayo de 2006, y condenando a la mencionada entidad demandada a abonar a los actores la cantidad de 29.033 euros, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda, al tipo legal.

3º. No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias.

4º. Procede la restitución del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán a Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos, y previa consignación del depósito a que se refiere la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que introduce la Disposición Adicional Decimoquinta en la LOPJ.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Publicada ha sido la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. que la firman y, leída ante mí por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Letrada de la Administración de Justicia de la Sala, certifico.-