



Roj: **STS 170/2017 - ECLI:ES:TS:2017:170**

Id Cendoj: **28079110012017100044**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/01/2017**

Nº de Recurso: **3264/2014**

Nº de Resolución: **39/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2962/2014,**
STS 170/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 8 de octubre de 2014, dictada en recurso de apelación, núm. 74/2014, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1271/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Marcial y Dña. Lidia, representados por el procurador D. Leopoldo Pastor Llarena, bajo la dirección letrada de D. Miguel Rodríguez Ceballos, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Vicente Javier López López en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Silverpoint Vacations S.L. representado por el procurador D. Luciano Rosch Nadal bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Marcial y Dña. Lidia, representados por el procurador D. Leopoldo Pastor Llarena y asistido del letrado D. Miguel Rodríguez Ceballos, interpuso demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations S.L. y Resort Properties Limited y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare:

»1.- La nulidad, o subsidiaria resolución, del contrato suscrito por las partes el 16 de junio de 2007 (NUM000), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, con obligación solidaria para las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contrato, 19.994,00 libras esterlinas, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- Para el caso de no ser estimada la pretensión anterior, se declare la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas por razón del contrato suscrito por las partes y que se recogen en el hecho tercero, debiendo por lo tanto devolver dicha cantidad doblada, es decir, 2.000,00 libras esterlinas.

»Es justicia que insto...».

2.- La mercantil Silverpoint Vacations S.L., en calidad de demandada, contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Pedro Ledo Crespo y bajo la dirección letrada de D. José Mineros Macías, y



oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se desestime la demanda, con la imposición expresa a la parte actora de las costas causadas en la instancia».

3.- Por providencia y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 496.1 LEC , se declara la situación de rebeldía procesal de la entidad Resort Properties Limited al no comparecer ni contestar a la demanda dentro del plazo otorgado.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arona se dictó sentencia, con fecha 12 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Se estima la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales, D. Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de D. Marcial y Dña. Lidia frente a la entidad, Silverpoint Vacations, S.L., representada por el procurador de los tribunales, D. Pedro Ledo Crespo y, en consecuencia, se declara la nulidad radical del contrato suscrito el día 16 de junio de 2007 así como de sus anexos, condenando a la demandada a restituir las cantidades satisfechas, en concepto de precio, por importe de diecinueve mil novecientos noventa y cuatro libras esterlinas (19.994), con los correspondientes intereses legales devengados desde la fecha de su reclamación judicial (1 de julio de 2012), condenándole en costas procesales.

Se desestima la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales, D. Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de D. Marcial y Dña. Lidia frente Resort Properties Limited y, en consecuencia, se le absuelve de todos sus pedimentos, condenando en costas procesales a la parte actora».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 8 de octubre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos:

»1. Estimar el recurso interpuesto por la demandada, entidad mercantil Silverpoint Vacations S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Arona en el juicio ordinario seguido al núm. 1271/12, revocando la sentencia impugnada que se deja sin efecto.

2. Desestimar la demanda interpuesta por los actores, D. Marcial y Dña. Lidia y absolver a la demandada, ya mencionada, de las pretensiones contra ella deducidas, sin hacer imposición especial sobre las costas de la primera instancia.

3. No hacer imposición especial de las costas originadas con el recurso, con devolución del depósito que se haya constituido para recurrir».

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

«Motivo primero.- En primer lugar, entendemos que de lo resuelto ahora por la Sección Cuarta, en los autos de rollo apelación 74/2014 , en sintonía con la sentencia dictada por la misma Sección Cuarta de la A.P. de Tenerife, rollo de apelación 91/14 , se da un claro interés casacional, al amparo del mismo art. 477.2.3.º, en tanto se expone un criterio radicalmente contrario al expresado por otras AAPP al respecto de la consideración del adquirente como consumidor al amparo de la Ley General de Consumidores y Usuarios , Ley 26/1984, (según la fecha de celebración del contrato). Con lo que sucede una divergencia de interpretación grave en cuanto a los arts. 2 y 3 de la ley General de Consumidores y Usuarios 26/1984 . Se sucede la divergencia denunciada a la vista de que la Audiencia Provincial de Tenerife considera no ser de aplicación esta norma en tanto no considera usuario a quien adquiere un derecho (en este caso de aprovechamiento por turno en las sentencias sometidas a contradicción son otro tipo de derechos como el de propiedad) como particular, pero pretende a continuación lucrarse económicamente del mismo, ello aun cuando tal pretensión se lleva a cabo en el ámbito privado. Entendemos que esta interpretación va en contra de la interpretación doctrinal y jurisprudencial que se ha venido dando de los arts. 2 y 3 de la ley 26/1984, LGCU , interpretación conforme a exposición de motivos de la ley, y que viene a ser lo que fallan otras AAPP tales como la de la Rioja, en sistemáticas sentencias en las que dotan de la cualidad de consumidor a quien aun pretendiendo la adquisición para un provecho económico, no pierde la condición de consumidor en tanto tal actuación se hace en la esfera privada, y de forma no profesional. Vista la contradicción este Alto Tribunal deberá casar el criterio en el sentido de dotar de la consideración de consumidor a quien aun pretendiendo un cierto rendimiento económico, intervenga en la relación jurídica en el ámbito privado, sin que lo haga de forma profesional, ni se constituya esta actividad en una actividad profesional, tal y como lo hacen ahora mis mandantes.



»Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º, en tanto existen criterios contradictorios a lo largo de las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Tenerife, así como de otras Audiencias Provinciales, como la Sección 5.ª de Las Palmas, de las que nos damos cuenta a continuación al respecto de la aplicación o no a los contratos como el de autos, que versen sobre «paquetes vacacionales» o «derechos de filiación», de la Ley 42/98, de Derechos de Aprovechamiento de bienes inmuebles, siendo asentado el criterio de secciones como la 1.ª de A.P. de Tenerife, y la 5.ª de la A.P. de Las Palmas, de si ser de aplicación la Ley 42/98, de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles, y concretamente el art. 1.7 de la norma 42/98 de Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles y Normas Tributarias, predicando precisamente que la redacción abstracta del contrato se artifica para tratar de eludir el cumplimiento de la misma, que es de aplicación obligada en toda su extensión. Estas sentencias se someten a contradicción con las dictadas por la Sección 4.ª de Tenerife, en la sentencia que ahora nos ocupa de 19 de septiembre de 2014 , autos de rollo 90/2014, y la de 7 de octubre de 2014 , dictada en rollo 91/2014 . La sala deberá pronunciarse al respecto de si es o no aplicable a este tipo de derechos cuyo objeto no viene claramente definido, por ser un objeto abstracto, la Ley 42/98 de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles, con fundamento en el art. 1.7 de la misma.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 1 de junio de 2016 , se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de la entidad Silverpoint Vacations S.L., presentó escrito de oposición al mismo adjuntando documental respecto a la que formuló las alegaciones que estimó oportunas la parte recurrente.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 21 de diciembre de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

Los demandantes, en virtud del contrato suscrito el 16 de junio de 2007, adquirirían unos certificados «certificado de Fiducia» por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por periodos vacacionales en los complejos Beverly Hills Club y Hollywood Mirage Club, previo pago del precio.

Junto con el contrato se firmó una declaración de conformidad complementaria a los mismos. Y se firmó también unos contratos de reventa independientes del contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

Los demandantes Dña. Lidia y D. Marcial formularon demanda el 1 de julio de 2012 y solicitaron que se declarara la nulidad o subsidiaria resolución del contrato de 16 de junio de 2007, así como de los anexos de dichos contratos, con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, por importe de 19.994,00 libras esterlinas.

Solicitaron también para el caso de que no se estime la pretensión anterior se declarara la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por los actores, debiendo devolver dicha cantidad por duplicado, es decir, 2.000 libras esterlinas.

La demandada Silverpoint Vacations S.L. se opone a la demanda.

La sentencia de primera instancia concluye que los contratos se apartan ampliamente del contenido que con carácter imperativo impone la ley, son muy pocos los requisitos que se cumplen. Los contratos son radicalmente nulos sin posibilidad de ser sanados. Queda acreditado el vicio invalidante del consentimiento prestado por los actores por error esencial e invencible, error que vino propiciado por el doloso incumplimiento por parte de la demandada de la obligación legalmente impuesta de ofrecer a los adquirentes una cumplida información sobre extremos esenciales del contrato.

La sentencia de primera instancia estima la demanda y declara la nulidad radical del contrato suscritos el 16 de junio de 2007, así como de sus anexos, condenando a la demandada a restituir la cantidad satisfecha, por importe de 19.994 libras esterlinas.

Se interpone recurso de apelación por la mercantil demandada, Silverpoint Vacations S.L., y la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 8 de octubre de 2014, estima el recurso, revoca la sentencia de primera instancia y en consecuencia desestima la demanda formulada por Dña. Lidia y D. Marcial absuelve a la demandada sin hacer imposición especial sobre las costas de la primera instancia.



La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluye que:

1. Los actores contrataron seis semanas para alquilarlas o venderlas para obtener un beneficio económico.
2. No puede entenderse producido el incumplimiento de las normas imperativa de la Ley 42/1998, porque no es aplicable pero en todo caso los incumplimientos de las formalidades señaladas darían lugar al adquirente a la facultad de resolver el contrato en el plazo de tres meses, lo que no se ha producido.
3. No se advierte la ausencia de ninguno de los elementos esenciales del contrato.
4. No se aprecia la existencia del dolo en la conducta de la parte demandada que hubiera podido inducir a los actores a concertar los contratos litigiosos.
5. No se advierte ningún error en la prestación del consentimiento que pudiera invalidar los contratos.

Se interpone recurso de casación por los demandantes Dña. Lidia y D. Marcial . El recurso tiene dos motivos.

El primero se fundamenta en la infracción de los artículos 2 y 3 Ley General de Consumidores y Usuarios Ley 26/1984, pues la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, mantiene que no es de aplicación esta norma cuando el usuario adquiere un derecho como particular pero pretende lucrarse económicamente, aun cuando tal pretensión se lleve a cabo en el ámbito privado.

Esta interpretación va en contra de lo que mantienen otras Audiencias Provinciales, como la Audiencia Provincial de la Rioja, que mantiene la cualidad de consumidor a quien pretendiendo la adquisición para un provecho económico no pierde la condición de consumidor en tanto tal actuación se hace en la esfera privada y de forma no profesional.

Se solicita en este motivo que la sala fije el criterio de considerar consumidor a quien aun pretendiendo un cierto rendimiento económico intervenga en la relación jurídica en el ámbito privado, sin que lo haga de forma profesional ni se constituya esta actividad en una actividad profesional, tal y como lo han hecho los recurrentes.

Se cita por un lado la posición que mantiene la Sección 4.ª de Santa Cruz de Tenerife en sentencias de 19 de septiembre de 2014, rollo núm. 90/2014 , y de 8 de octubre de 2014 que es la sentencia recurrida.

Los recurrentes alegan que este criterio deja fuera de la normativa de los consumidores a los pequeños inversores que realizan una inversión a título personal cuando lo que se pretende es hacer rentable sus ahorros o productos financieros, frente a la posición que mantienen otras audiencias como las sentencias de la Audiencia Provincial de la Rioja, de 20 de febrero de 2013 y 15 de julio de 2011 , entre otras.

El segundo, se fundamenta en la infracción del art. 1.7 Ley 42/1998 .

Se plantea en este motivo la aplicación de la Ley 42/1998, a los contratos como los de autos que versan sobre paquetes vacacionales o derechos de filiación.

La sentencia recurrida mantiene que no es de aplicación la Ley 42/1998 en cuanto no estamos ante un derecho de aprovechamiento por turno, sino de un derecho de afiliación que otorga la suscripción a unos servicios no vinculados con una propiedad.

Citan por un lado las sentencias que declaran que estos contratos están sometidos a esta Ley y la no aplicación de la normativa referida que se trata de eludir, determina que al tratarse de un contrato al margen de tal ley debe declararse nulo.

Sentencias de la Sección 1ª de Santa Cruz de Tenerife, de 26 de noviembre de 2001 , 10 de diciembre de 2002 , 19 de marzo de 2007 .

Frente a esta posición están las sentencias de la Sección 4.ª de Santa Cruz de Tenerife de 19 de septiembre de 2014, rollo núm. 90/2014 y 7 de octubre de 2014, rollo núm. 91/2014 .

SEGUNDO .- *Causas de inadmisibilidad.*

Deben rechazarse las causas de inadmisibilidad planteadas, dado que en el recurso, admitido a trámite en base al art. 477.2 , 3.º LEC , se concretan las infracciones normativas que se invocan, se relatan con exquisito detalle las sentencias que provocan la contradicción, tanto en un sentido como en otro, ya sean de las Audiencias Provinciales o de este Tribunal Supremo.

TERCERO .- *Contrato* .

En el contrato de 16 de junio de 2007 se declara:

«El presente contrato de compraventa se suscribe en la fecha arriba indicada entre el comprador y Resort Properties Limited, el representante debidamente autorizado del propietario (en adelante el vendedor) de



la propiedad/complejo(s) abajo indicado, con las condiciones establecidas en esta página y en el anexo adjunto. El vendedor acuerda vender y el comprador/solicitante en comprar el/los CERTIFICADO(S) DE FIDUCIA / CORRESPONDIENTES LICENCIA(S) DE VACACIONES / DERECHOS DE AFILIACIÓN en relación con el/los COMPLEJO(S) / APARTAMENTO(S) / PERÍODO(S) DE VACACIONES / AFILIACIÓN(ES) AL CLUB descritos abajo, y sujetos a los términos y condiciones indicados en esta página y en el anexo adjunto»

Se refiere a seis semanas concretadas en apartamentos diferentes, en los complejos Beverly Hills y Hollywood Mirage Club.

Se estableció un depósito de 1000 euros.

En total se adquieren seis semanas.

En este contrato se recogía la mención de *Timeshare* (tiempo compartido), la sujeción a la ley española y la posibilidad de desistir el contrato en el plazo de catorce días.

CUARTO.- Motivo primero. En primer lugar, entendemos que de lo resuelto ahora por la Sección Cuarta, en los autos de rolo apelación 74/2014, en sintonía con la sentencia dictada por la misma Sección Cuarta de la A.P. de Tenerife, rolo de apelación 91/14, se da un claro interés casacional, al amparo del mismo art. 477.2.3.º, en tanto se expone un criterio radicalmente contrario al expresado por otras AAPP al respecto de la consideración del adquirente como consumidor al amparo de la Ley General de Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, (según la fecha de celebración del contrato). Con lo que sucede una divergencia de interpretación grave en cuanto a los arts. 2 y 3 de la ley General de Consumidores y Usuarios 26/1984. Se sucede la divergencia denunciada a la vista de que la Audiencia Provincial de Tenerife considera no ser de aplicación esta norma en tanto no considera usuario a quien adquiere un derecho (en este caso de aprovechamiento por turno en las sentencias sometidas a contradicción son otro tipo de derechos como el de propiedad) como particular, pero pretende a continuación lucrarse económicamente del mismo, ello aun cuando tal pretensión se lleva a cabo en el ámbito privado. Entendemos que esta interpretación va en contra de la interpretación doctrinal y jurisprudencial que se ha venido dando de los arts. 2 y 3 de la ley 26/1984, LGCU, interpretación conforme a exposición de motivos de la ley, y que viene a ser lo que fallan otras AAPP tales como la de la Rioja, en sistemáticas sentencias en las que dotan de la cualidad de consumidor a quien aun pretendiendo la adquisición para un provecho económico, no pierde la condición de consumidor en tanto tal actuación se hace en la esfera privada, y de forma no profesional. Vista la contradicción este Alto Tribunal deberá casar el criterio en el sentido de dotar de la consideración de consumidor a quien aun pretendiendo un cierto rendimiento económico, intervenga en la relación jurídica en el ámbito privado, sin que lo haga de forma profesional, ni se constituya esta actividad en una actividad profesional, tal y como lo hacen ahora mis mandantes.

Los recurrentes mantienen que es de aplicación a estos contratos la ley 42/1998, frente a la posición que mantiene la sentencia recurrida, pues en los contratos a pie de los mismos figura las iniciales OTE (Organización de tiempo compartido en Europa).

Cita por un lado la doctrina recogida por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en sentencias de 19 de septiembre de 2014, que es la sentencia recurrida y las sentencias de la Sección 3.ª de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2014 y 11 de septiembre de 2014, en las que se declara que estos contratos no se encuentran regulados en la Ley 42/1998.

Frente a esta posición recoge la doctrina que sigue la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en sentencias de 19 de noviembre de 2001, 26 de noviembre de 2001, 10 de diciembre de 2002 y 19 de marzo de 2007, en las cuales se mantiene que en los contratos en los que se adquiere la calidad de socio a una afiliación a un club se trata de prestaciones que se encuadran dentro del ámbito de la Ley 42/1998, de manera que al no aplicarse la norma concurre el fraude de ley que proscribire el art. 6.4 CC y específicamente el apartado 7 del art. 1 de la Ley 42/1998.

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 mas 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.

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

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º, en tanto existen criterios contradictorios a lo largo de las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Tenerife, así como de otras Audiencias Provinciales, como la Sección 5.ª de Las Palmas, de las que nos damos cuenta a continuación al respecto de la aplicación o no a los contratos como el de autos, que versen sobre «paquetes vacacionales» o «derechos de filiación», de la ley 42/98, de Derechos de Aprovechamiento de bienes inmuebles, siendo asentado el criterio de secciones como la 1.ª de A.P. de Tenerife, y la 5.ª de la A.P. de Las Palmas, de si ser de aplicación la Ley 42/98, de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles, y concretamente el art. 1.7 de la norma 42/98 de Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles y Normas Tributarias, predicando precisamente que la redacción abstracta del contrato se artifica para tratar de eludir el cumplimiento de la misma, que es de aplicación obligada en toda su extensión. Estas sentencias se someten a contradicción con las dictadas por la Sección 4.ª de Tenerife, en la sentencia que ahora nos ocupa de 19 de septiembre de 2014 , autos de rollo 90/2014, y la de 7 de octubre de 2014 , dictada en rollo 91/2014 . La sala deberá pronunciarse al respecto de si es o no aplicable a este tipo de derechos cuyo objeto no viene claramente definido, por ser un objeto abstracto, la Ley 42/98 de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles, con fundamento en el art. 1.7 de la misma.

1.- El segundo motivo, formulado también al amparo del art. 477.2.3º LEC , pone de manifiesto la existencia de criterios contradictorios en las distintas Audiencias Provinciales, respecto de la consideración de la adquirente como consumidora, en los términos de la Ley General de Consumidores y Usuarios, denunciando la infracción de lo dispuesto en sus arts. 2 y 3 .

La Audiencia Provincial niega la condición de consumidora de la recurrente, por considerar que realmente era una inversora que pretendía obtener una rápida rentabilidad de su inversión mediante la reventa por parte de la propia entidad demandada de los derechos adquiridos.

Esta Sala ha declarado en sentencia 16/2017 de 16 de enero :

«2.- El artículo 1.5 de la derogada Ley 42/1998 (precepto equivalente al nuevo art. 23.5 de la vigente Ley) se limitaba a delimitar el concepto de transmitente pero no definía al adquirente. Por el contrario, el art. 2 de la Directiva 94/47/CE , sí contenía una definición de adquirente, que acercaba tal concepto al de consumidor (lo que ha quedado claro en la Directiva 2008/122/CE, que en su propia rúbrica hace mención a los consumidores), al decir que, a los efectos de la directiva, se entenderá por:

»"Adquirente: toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato".

»A su vez, el art. 2.1 f de la Directiva 2008/122/CE , sobre contratos de aprovechamiento por turno, contiene la siguiente definición:

»"Consumidor: toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión".



»3.- Según el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TRLGCU), en la redacción vigente cuando se firmaron los contratos litigiosos, «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

»Este concepto procede de las definiciones contenidas en las directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas.

»En cuanto a las directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TRLGCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas a la «persona física» (ninguna directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito) que actúe con un fin o propósito «ajeno a su actividad comercial o profesional» (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a) o «a su actividad económica, negocio o profesión» (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e) o a «su actividad económica, negocio, oficio o profesión» (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a). Mención esta última que, como ya hemos visto, es la misma que utiliza en su art. 2.f la Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, que sustituyó a la Directiva 94/47/CE.

»En otras normas internacionales o comunitarias, que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su art. 15.1 para «contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional». Concepto que reitera el art. 17.1 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A su vez, el Reglamento 593/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su art. 6 los «contratos de consumo», entendidos como los celebrados "por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (el consumidor) con otra persona (el profesional) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional"».

DÉCIMO.- *El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física.*

Esta Sala ha declarado en sentencia 16/2017 de 16 de enero :

«1.- En relación con la controversia litigiosa, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE 10 abril 2008 (asunto *Hamilton*), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto *Schulte*), sobre un contrato de inversión.

»Además, la redacción del art. 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

»2.- A su vez, la reforma del mencionado art. 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo , aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

»No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede



actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1.º CCom .».

Desde este punto de vista, no consta que los Sres. Lidia Marcial realizaran habitualmente este tipo de operaciones por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidora, máxime cuando la compra solo afectó a seis semanas efectuadas exclusivamente en un contrato.

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

DUODÉCIMO .- Los demandantes solicitaron en su demanda la devolución, por razón de este contrato, de la cantidad total entregada de 19.994 Libras esterlinas (incluido el anticipo). Los demandantes han podido disfrutar de las prestaciones propias del contrato durante 5 años (2008-2012), 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 cinco 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 únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los 45 años no disfrutados (concretamente 17.994 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.

DECIMOTERCERO .- Estimado el recurso no procede imposición de las costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir, (arts. 394 y 398 LEC).

Estimada sustancialmente la demanda se imponen al demandado las costas de la primera instancia y, asimismo, se imponen a la demandada las costas de su apelación.

FALLO

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. Marcial y Dña. Lidia contra sentencia de 19 de septiembre de 2014 de la Sección Cuarta la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife . **2.º**- Casar la sentencia recurrida, estimando la demanda interpuesta en el sentido de declarar la nulidad radical del contrato de 16 de junio de 2007, condenando a Silverpoint Vacation S.L., al pago a los demandantes de diecisiete mil novecientos noventa y cuatro (17.994) libras esterlinas, interés legal desde el interposición de la demanda y al pago de las costas de la primera instancia. Se mantiene la sentencia del juzgado, en los demás extremos. **3.º**- Se efectúa imposición en las costas de la apelación a la demandada. **4.º**- No procede imposición de las costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir. Líbese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

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

Así se acuerda y firma.