

Roj: **STS 374/2017 - ECLI:ES:TS:2017:374**Id Cendoj: **28079110012017100071**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/02/2017**Nº de Recurso: **13/2015**Nº de Resolución: **78/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP GC 1624/2014,**
STS 374/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 9 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de junio de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 741/2012, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 81/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Bartolomé de Tirajana; recurso de casación interpuesto por D. Alvaro y Dña. Estela, representados por la procuradora Dña. María del Mar Montesdeoca Calderín, bajo la dirección letrada de Dña. Adriana Vanesa Piedravuena, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil Anfi Sales S.L., representada por el procurador D. Pablo Trujillo Castellano, bajo la dirección letrada de Dña. Ivana Ramón Abadías.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Alvaro y Dña. Estela, representados por la procuradora Dña. María del Mar Montesdeoca Calderín y asistidos de la letrada Dña. Adriana Vanesa Piedravuena, interpusieron demanda de juicio ordinario, sobre nulidad y subsidiaria resolución de contrato y declaración y supresión de cláusula abusiva, contra Anfi Sales S.L. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que declare:

»1.- La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mis mandantes a la demandada y la obligación de la demandada de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado.

»2.- La nulidad del contrato número NUM000 o, subsidiariamente, para el caso de no ser estimada la nulidad, declare la resolución del mismo, en ambos casos con obligación para la demandada de devolver a mis mandantes el resto de cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato.

»Y condene a la demandada al pago de las siguientes cantidades:

»A) 784,58 euros (equivalentes a 1.550,00 marcos alemanes) correspondientes al importe pagado anticipadamente el día 12 de marzo de 1999.

»B) 383,47 euros (equivalentes a 750,00 marcos alemanes) correspondientes al importe pagado anticipadamente el día 16 de marzo de 1999.



»C) 11.115,85 euros (equivalentes a 21.740,72 marcos alemanes) correspondientes al resto de las cantidades pagadas en relación con el contrato NUM000 .

»D) Los intereses devengados desde la fecha de interposición de la demanda y las costas del presente pleito.

»Así como:

»E) 784,58 euros (equivalentes a 1.550,00 marcos alemanes) correspondientes al duplo del importe pagado anticipadamente el día 12 de marzo de 1999.

»F) 383,47 euros (equivalentes a 750,00 marcos alemanes) correspondientes al duplo del importe pagado anticipadamente el día 16 de marzo de 1999.

»3.- Subsidiariamente, para el caso de no ser estimada la solicitud de nulidad, y en virtud de lo expuesto en el cuerpo del presente escrito, se declare la resolución *ex nunc* del contrato litigioso por incumplimiento contractual, condenando a las demandadas a devolver a mis mandantes la cantidad de ocho mil ochocientos noventa y ocho euros con sesenta y ocho céntimos (8.898,68.-) conforme a la liquidación practicada en el hecho decimosegundo, además de los intereses devengados desde la fecha de interposición de la demanda y las costas del presente pleito.

»4.- Subsidiariamente para el caso de no estimarse la nulidad ni la resolución del contrato de asociación y de compra con número de referencia NUM000 por el tribunal se dicte sentencia declarando, con imposición de costas del presente pleito, la nulidad de alguna o algunas de las siguientes cláusulas contractuales:

»a) Condición primera del contrato de asociación cuyo tenor literal es: "El comprador con la presente declara estar sujeto a los estatutos del club y al contrato fiduciario, contenido en los mismos. Al comprador se le pone a su disposición una copia a efectos de consulta".

»b) Condición tercera del contrato de asociación cuyo tenor literal es: "Los gastos de mantenimiento que el comprador debe abonar anualmente al vendedor, que autorizan al comprador en calidad de socio del club la ocupación del apartamento, corresponden con los estatutos del club y son abonables con el impuesto de valor añadido y otros impuestos legales similares (sin perjuicio si se trata de la legislación española u otras normas legales). Los gastos de mantenimiento para el año de la primera ocupación como se indica en la tabla A del contrato, son pagaderos el día de la firma del contrato y están incluidos en el precio de compraventa. Los gastos anuales de mantenimiento de los siguientes años serán abonados por el comprador en un plazo de 30 días a partir de la emisión de la factura de los mismos".

»c) Condición cuarta, del contrato de asociación cuyo tenor literal es: "Si el comprador se retrasa en el pago y tampoco efectúa dicho pago tras un recordatorio dentro de una prórroga razonable, el vendedor tiene el derecho de declarar nulo el presente contrato. En este caso todas las obligaciones del vendedor frente al comprador se extinguirán. El vendedor está autorizado a cobrar un interés de demora anual hasta un 18% (1.5% al mes)".

»Es justicia que insto».

2.- El demandado Anfi Sales S.L. contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. Sandra Pérez Almeida y bajo la dirección letrada de D. Miguel Méndez Itarte, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que desestime todas las pretensiones de la adversa, absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos formulados contra ella, con expresa imposición de las costas del procedimiento a la parte actora».

3.- 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 San Bartolomé de Tirajana se dictó sentencia, con fecha 30 de marzo de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Dña. María del Pilar Montesdeoca Calderín en nombre y representación de D. Alvaro y Dña. Estela contra la parte demandada Anfi Sales S.L., debo declarar y declaro nula la condición cuarta del contrato litigioso, de fecha 16 de marzo de 1999 con número de referencia NUM000 , y que tiene el siguiente tenor literal:

»"Si el comprador se retrasa en el pago y tampoco efectúa dicho pago tras un recordatorio dentro de una prórroga razonable, el vendedor tiene el derecho de declarar nulo el presente contrato. En este caso todas las obligaciones del vendedor frente al comprador se extinguirán. El vendedor está autorizado a cobrar un interés de demora anual hasta un 18% (1,5% al mes)".

»No procede condena en costas».



SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, con fecha 26 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo:

»Se desestima el recurso de apelación interpuesto por D. Alvaro y Dña. Estela frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de San Bartolomé de Tirajana de fecha 30 de marzo de 2012 en los autos de juicio ordinario 81/2011, que se confirma íntegramente.

»No se impone el pago de las costas de apelación a alguno de los litigantes».

Se solicitó aclaración de sentencia por los apelantes, demandantes, que fue denegado en auto de fecha 31 de octubre de 2014.

TERCERO.- 1.- Por D. Alvaro y Dña. Estela se interpuso recurso de casación por interés casacional para unificación de doctrina basado en el siguiente motivo:

Único.- Al amparo del art. 477.2.3 .º y 477.3 de la LEC . Interés casacional para la unificación de doctrina por existencia de jurisprudencia contradictoria de distintas Audiencias Provinciales relativa a la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información en contratos de adquisición de derecho de aprovechamiento por turno.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 20 de octubre de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Pablo Trujillo Castellano, en nombre y representación de Anfi Sales S.L., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 1 de febrero de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

Los demandantes, Dña. Estela y D. Alvaro , formularon demanda el 21 de enero de 2011, en relación con el contrato suscrito el 16 de marzo de 1999 con la mercantil Puerto Anfi Sales, S.L, solicitando que se declare:

1. La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas, y la obligación de devolver dichas cantidades por duplicado.
2. Nulidad del contrato núm. NUM000 o, subsidiariamente para el caso de no ser estimada la nulidad, declare la resolución del mismo con la obligación de devolver el resto de las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato.
3. Subsidiariamente, si no estima la nulidad ni la resolución del contrato que se declara, la nulidad de algunas de las cláusulas, en concreto, la condición primera, tercera y cuarta.

En virtud del contrato de 16 de marzo de 1999 los demandantes adquieren el derecho de uso para el apartamento NUM001 , de un dormitorio para cuatro personas, en la semana 26 y obtienen con ello una asociación al Club Anfi Beach, la primera ocupación sería el 24 de junio de 2000.

Los demandantes alegan como fundamento de su petición de nulidad el incumplimiento del deber de información, no se refleja en el contrato el contenido mínimo que exige el art. 9 de la Ley, en concreto faltan los datos registrales y falta también determinar el periodo que se compra, llamado súper rojo, no se refleja un apartamento concreto, no se fija la fecha límite para la terminación de la obra y la fecha estimada de extinción del régimen, (art. 9.1.4.º) la naturaleza real o personal del derecho, incumplimiento de la prohibición expresa de recibir anticipos, por incumplimiento de la demandada de mantener el complejo en régimen de exclusividad para los adquirentes de derechos de aprovechamiento, la confusión y desequilibrio de los derechos y obligación entre las partes infringe el art. 10 de la Ley 26/1984 de defensa de los Consumidores y Usuarios, por lo que el contrato debe declararse nulo al amparo de la cláusula 10.4 de la citada Ley. La sentencia de primera instancia estima en parte la demanda y, con desestimación de las demás peticiones, declara nula la condición cuarta del contrato litigioso que es del tenor literal siguiente: «Si el comprador se retrasa en el pago y tampoco efectúa dicho pago tras un recordatorio dentro de una prórroga razonable, el vendedor tiene el derecho de declarar nulo



el presente contrato. En este caso todas las obligaciones del vendedor frente al comprador se extinguirán. El vendedor está autorizado a cobrar un interés de demora anual hasta un 18% (1.5% al mes)».

Se interpone recurso de apelación por los demandantes.

La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia dictada en primera instancia. Se interpone recurso de casación por los demandantes al amparo del art. 477.2.3.º LEC por interés casacional por Jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, el recurso se desarrolla en un motivo en el que se denuncia:

La infracción del art. 8 de la Ley 42/1998 por la falta de determinación del contenido mínimo previsto para estos contratos en el art. 9 de la misma Ley , mantienen los recurrentes que se trata de un contrato casi vacío de contenido, con indefinición del propio objeto y con una duración ilimitada y en relación con lo que dispone el art. 1.7 de la Ley 42/1998 el contrato sería nulo. Los recurrentes alegan la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en cuanto a la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información en contratos de adquisición de derecho de aprovechamiento por turno. Cita por un lado la posición de la sentencia recurrida, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, que mantiene que la consecuencia de la falta de información sería el derecho de resolución en un plazo de tres meses (art. 10.2 Ley 42/1998) sentencias de 2 de octubre de 2008, recurso núm. 723/2005 y de 28 de febrero de 2008, recurso núm. 252/2007, de la misma sección de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria . Frente a esta posición está la que mantiene la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona que sostiene que dichos contratos son nulos de pleno derecho, con la subsiguiente consecuencia de la imprescriptibilidad de la acción legal, se cita las sentencias 29 de noviembre de 2012, recurso núm. 756/2011 y sentencia de 26 de febrero de 2009, recurso núm. 607/2008 .

SEGUNDO .- *Contrato* .

En el contrato de 16 de marzo de 1999 se adquiere un derecho de uso de un apartamento, durante una semana, en régimen de asociación al Club Anfi Beach. Se trataba del apartamento NUM001 , cuatro personas, semana 26, por importe de 22.603 marcos alemanes, con anticipos, en total, de 2.300 marcos alemanes.

TERCERO .- Motivo único. Al amparo del art. 477.2.3.º y 477.3 de la LEC . Interés casacional para la unificación de doctrina por existencia de jurisprudencia contradictoria de distintas Audiencias Provinciales relativa a la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información en contratos de adquisición de derecho de aprovechamiento por turno.

Se denuncia la infracción del art. 8 de la Ley 42/1998 , por la falta de determinación del contenido mínimo previsto para estos contratos en el art. 9 de la misma Ley , mantienen los recurrentes que se trata de un contrato casi vacío de contenido, con indefinición del propio objeto y con una duración ilimitada y en relación con lo que dispone el art. 1.7 de la Ley 42/1998 el contrato sería nulo. Los recurrentes alegan la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en cuanto a la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información en contratos de adquisición de derecho de aprovechamiento por turno. Cita por un lado la posición de la sentencia recurrida, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, que mantiene que la consecuencia de la falta de información sería el derecho de resolución en un plazo de tres meses (art. 10.2 Ley 42/1998) sentencias de 2 de octubre de 2008, recurso núm. 723/2005 y de 28 de febrero de 2008, recurso núm. 252/2007, de la misma Sección de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria . Frente a esta posición está la que mantiene la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona que sostiene que dichos contratos son nulos de pleno derecho, con la subsiguiente consecuencia de la imprescriptibilidad de la acción legal, se cita las sentencias 29 de noviembre de 2012, recurso 756/2011 y sentencia de 26 de febrero de 2009, recurso 607/2008 .

CUARTO .- *Decisión de la sala*.

Se rechazan las causas de inadmisibilidad al sujetarse el recurrente a los hechos declarados probados y al ámbito de discusión jurídica.

Se desestima el motivo.

La parte demandada y ahora recurrida, defiende 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 de la Ley 4/2012. Dicho plazo arrancará desde la fecha de celebración del contrato, si bien, como garantía para el adquirente, el plazo no empezará a contar si el empresario no le hubiera entregado el «formulario de desistimiento» o la «información precontractual» (de ahí la enorme importancia de la presencia de la firma y de la fecha en el propio interés del empresario), en cuyo caso comenzará a contar a partir del momento de la fecha de su efectiva entrega. Ahora bien, desde el momento de la celebración del contrato la ley establece para hacer efectivo el desistimiento el plazo máximo de un año -por ausencia de formulario- o de tres meses -por ausencia de información precontractual-.

QUINTO .- *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.

SEXTO .- *Contratos analizados*.

Como dijimos en el FDD tercero, 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».

En este sentido la sentencia de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013 y la sentencia de 20 de enero de 2017, rec. 3238/2014.



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.

SÉPTIMO .- *Contrato analizado* .

En este contrato se refiere:

1. Carta de asociación al club de vacaciones.
2. Un programa de intercambio.
3. Cuota de gestión anual.
4. Pago anticipado.
5. Indeterminación de la naturaleza del derecho adquirido.
6. Duración perpetua y no limitada a los 50 años que marca la Ley.

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, conectora 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, sometidos 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 expresar que estamos ante un contrato que pretende el uso periódico de una semana de vacaciones, en el turno previamente adquirido, en alojamiento susceptible 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 .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

»No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1.º CCom .».

3.- Desde este punto de vista, no consta que los Sres. Alvaro Estela realizaran habitualmente este tipo de operaciones, por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidores.

DÉCIMO .- 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, especialmente en cuanto a la duración.

De acuerdo con el art. 11 de la Ley 42/1998 procede la devolución duplicada de los anticipos depositados, sanción legal que no puede eludirse en los casos de nulidad.

UNDÉCIMO .- Los demandantes solicitaron en su demanda la devolución, por razón de este contrato, de la cantidad abonada. Los demandantes han podido disfrutar de las prestaciones propias del contrato durante 11 años (2000-2010), 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 11 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 39 años no disfrutados, partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la ley, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, acogiéndose así los pedimentos del suplico de la demanda en cuanto 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 añadirá la pagada como anticipo, convenientemente duplicada.

En ejecución de sentencia se determinará la cantidad abonada como principal, la que deberá reducirse por los 11 años disfrutados, como anteriormente se ha concretado excluidos, los gastos de mantenimiento y a la que se sumarán las satisfechas como anticipo que se duplicarán, siendo todas ellas objeto de condena.

DUODÉCIMO .- 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 con imposición al recurrente de las de 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. Alvaro y Dña. Estela , contra sentencia de 26 de junio de 2014 de la Sección Cuarta la Audiencia Provincial de Las Palmas . **2.º**- Casar la sentencia recurrida, estimando la demanda interpuesta en el sentido de declarar la nulidad radical del contrato de 16 de marzo de 1999, condenando a Anfi Sales S.L. al pago a los demandantes de la cantidad que en ejecución de sentencia se determine, conforme al fundamento de derecho undécimo, e interés legal desde la interposición de la demanda y al pago de las costas de la primera instancia. **3.º**- Se efectúa imposición en las costas de la apelación al recurrente. **4.º**- No procede imposición de las costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.