

Roj: **STS 475/2017 - ECLI:ES:TS:2017:475**Id Cendoj: **28079110012017100086**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/02/2017**Nº de Recurso: **184/2015**Nº de Resolución: **101/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 15 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de octubre de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 112/2016, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1065/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Bartolomé de Tirajana; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Balbino y Dña. Isabel, 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 consta personado Anfi Sales S.L., representado por el procurador D. Pablo Trujillo Castellán, 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. Balbino y Dña. Isabel, representados por la procuradora Dña. María del Mar Montesdeoca Calderín y asistidos de la letrada Dña. Judith Díaz Pascual, interpusieron demanda de juicio ordinario 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:

»1) Se declare la nulidad radical del contrato NUM000, suscrito entre las partes, conforme al artículo 1261 y 6.3 del Código Civil, y al artículo 1.7 de la Ley 42/98, de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Turísticos y Normas Tributarias, según lo indicado en el hecho quinto de la demanda. Se solicita se condene a la demandada a la restitución de las prestaciones que asciende a la cantidad 21.138,53.-€ poniendo esta representación a disposición de la parte demandada en el caso de que sea estimada la demanda, la semana titularidad de mi representado, quedándose por tanto mutuamente restituidas las prestaciones, todo ello en virtud del artículo 1.303 del Código Civil.

»2) Subsidiariamente, se declare la anulabilidad del contrato conforme al artículo 1300 y siguientes del Código Civil, conforme a lo explicado en el hecho sexto de la demanda. Se solicita se condene a la demandada a la restitución de las prestaciones que ascienden a la cantidad 21.138,53.-€ poniendo esta representación a disposición de la parte demandada en el caso de que sea estimada la demanda, la semana titularidad de mi representado, quedándose por tanto mutuamente restituidas las prestaciones, todo ello en virtud del artículo 1.303 del Código Civil.

»3) Subsidiariamente, resolución contractual conforme al artículo 1124 del Código Civil, en los términos expresados en el hecho séptimo de la demanda. Se solicita se condene a la demandada a la restitución de las prestaciones que asciende a la cantidad 18.511,53.-€.

»4) Se declare la nulidad por abusivas de las siguientes cláusulas:

»1.- Se declare la nulidad por abusiva de la cláusula 10 del documento de términos y condiciones relativa a la cuota de mantenimiento que a continuación se cita por vulnerar el artículo 9.1.5.º de la Ley 42/1998 y por vulnerar el art. 10 bis de la Ley 26/1984 General de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios , tal y como se explica en el hecho cuarto de esta demanda.

»"El socio deberá abonar anualmente una cuota de mantenimiento destinada a la conservación y administración del complejo. La cuota anual de mantenimiento se calcula de acuerdo con los estatutos del club e incluye los costes de la administración del club durante el año (entre otros: electricidad, suministro de agua, seguros, mantenimiento y recogida de basura), una contribución al fondo de reserva destinado a financiar reparaciones mayores y sustitución de artículos deteriorados por el uso, así como una contribución para el mantenimiento de las zonas comunes e instalaciones de la URBANIZACIÓN000 . Las futuras cuotas de mantenimiento serán facturadas al final de cada año natural para el siguiente año, tal y como se estipula en los estatutos del club. Se proporciona información sobre las mismas en el anexo D. La empresa de servicios se encarga de la recaudación de la cuota anual de mantenimiento".

»2.- Se declare la nulidad del documento informativo, por vulnerar lo estipulado en el artículo 1.7 ; 8.2.f), 8.2.g), 8.2.g), 8.2.j) 8.2.k), 8.2.l); 8.3 de la Ley 42/1998 , conforme se explica en el hecho cuarto de la demanda.

»3.- Se declare la nulidad de las cláusulas 14 del documento de términos y condiciones, relativa al impago de cantidades adeudadas, por vulnerar el artículo 1 de la Ley de Represión de Usura de 1908, conforme lo contenido en el hecho cuarto de la demanda y que a continuación se cita:

»"Impago de cantidades adeudadas. Si una vez llegado el vencimiento de cualquiera de las obligaciones de pago derivadas del presente contrato, incluida la cuota de mantenimiento, a Anfi o al club, éstas no fueran atendidas por el socio, se cargará un interés diario sobre la suma adeudada desde la fecha de su vencimiento hasta el día de pago efectivo. Este interés se calculará diariamente a un tipo de 1.5% mensual y podrá ser exigido antes o después de que recaiga cualquier sentencia judicial".

»4.- Se declare la nulidad de la cláusula 15 del documento de términos y condiciones, relativo a la resolución del contrato en caso de impago, por vulnerar el artículo 82.4.a) de la Ley 1/2007 de **Consumidores** y Usuarios , conforme se ha explicado en el hecho cuarto de la demanda. Dicha cláusula se cita a continuación:

»"Resolución del contrato en caso de impago. El incumplimiento por parte del socio del pago de parte del precio o de cualquier otra cantidad de Anfi Sales S.L. una vez llegada la fecha de su vencimiento, se considerará como un incumplimiento grave del contrato, que facultará a Anfi a resolver el mismo e impedir el acceso del socio a la suite, quedándose, en concepto de indemnización, con todas las cantidades abonadas hasta ese momento. En tal caso, el socio perderá todas aquellas sumas de dinero que haya abonado con carácter previo en virtud de este acuerdo, así como la condición de socio del club.

»El incumplimiento por parte del socio del pago de cualquier concepto al club o a la empresa de servicios, incluida la cuota anual de mantenimiento, en los treinta días siguientes a su requerimiento, se considerará como un incumplimiento grave del contrato, que facultará a Anfi a denegar el acceso a la suite hasta que dicha cantidad sea abonada. Transcurrido un año desde el primer requerimiento, Anfi podrá cancelar el contrato y recuperar el derecho por aprovechamiento por turno, a instancia de la empresa de servicios, previo requerimiento fehaciente de pago al socio a la dirección que consta en este contrato, bajo apercibimiento de que si en el plazo de treinta días naturales no se satisfacen íntegramente las cantidades reclamadas se procederá a la resolución del mismo quedándose la empresa de servicios, en concepto de indemnización, con todas las cantidades abonadas hasta el momento".

»5.- Se solicita la nulidad de la cláusula doce, segundo párrafo, del documento de términos y condiciones, porque como se explica en el hecho cuarto de la demanda, vulnera el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de **Consumidores** y Usuarios .

»Cláusula doce: "Las declaraciones o afirmaciones que realice la compañía que preste los servicios de intercambio se entiende realizada exclusivamente por dicha compañía. Las manifestaciones o promesas en relación con los servicios ofrecidos por el sistema de intercambio, ya sean los prestados en la actualidad o en un futuro, se limitarán a las que dicha. Las manifestaciones o promesas en relación con los servicios ofrecidos con el sistema de intercambio, ya sean los prestados en la actualidad o en un futuro, se limitarán a las que dicha empresa haya publicado por escrito. Con el objeto de poder prestar los servicios de intercambio, Anfi o el club de Vacaciones, cederán la información personal relevante de sus socios o clientes a la compañía externa que preste los servicios de intercambio. Todos los socios del club de vacaciones tienen derecho a participar en el servicio de intercambio externo.



»Y todo ello, con expresa imposición de las costas a la parte demandada, conforme al artículo 394 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil».

2.- La entidad demandada, 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 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 13 de septiembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Se desestima la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Dña. María del Mar Montesdeoca Calderín en nombre y representación de D. Balbino y Dña. Isabel contra la parte demandada Anfi Sales S.L. Procede condenar en costas a la parte demandante».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de los demandantes, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, con fecha 7 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo:

»Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Balbino y Dña. Isabel contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de San Bartolomé de Tirajana dictada el día 13 de septiembre de 2012 en los autos de juicio ordinario 1065/11.

»Se estima parcialmente la demanda de D. Balbino y Dña. Isabel frente a la entidad Anfi Sales S.L.

»Se declara nula la mención relativa a "se deben calcular estos intereses en el 1,5% al mes" contenida en la cláusula 14 de los términos y condiciones del contrato que fue celebrado entre las partes el día 23 de octubre de 2007.

»Se desestiman las demás pretensiones contenidas en la demanda.

»No se impone el pago de las costas de la primera instancia ni las del recurso de apelación a alguno de los litigantes».

Y consta en las actuaciones auto de fecha 18 de noviembre de 2014, de la misma Sala, denegando aclaración de la sentencia solicitada por los apelantes.

TERCERO.- 1.- Por D. Balbino y Dña. Isabel se interpuso recurso de casación basado en el siguiente:

Motivo único.- 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 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. 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 7 de febrero de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

Los demandantes, Dña. Isabel y D. Balbino formularon demanda el 3 de octubre de 2011 en relación con el contrato de Asociación Vacacional suscrito el 23 de octubre de 2007 con la mercantil Anfi Sales, S.L, solicitando que se declare:



1. La nulidad radical del contrato NUM000 , suscrito entre las partes y que se condene a la demandada a la restitución de las prestaciones que asciende a 21.138,53 euros, y poniendo los demandantes a disposición de la demandada la semana de titularidad de los mismos, quedando mutuamente restituidas las prestaciones.
2. Subsidiariamente se declare la anulabilidad del contrato conforme al art. 1300 y siguientes del Código Civil , con devolución de las prestaciones, como se ha indicado en la petición anterior.
3. Subsidiariamente se declare la resolución contractual conforme al art. 1124 del Código Civil y que se condene a la demandada a la restitución de las prestaciones.
4. Se declare la nulidad por abusivas de la cláusula 10, del documento informativo, de la cláusula 14, de la cláusula 15, de la cláusula 12.

En virtud del contrato de asociación vacacional los demandantes adquieren la condición de socio al club Monte Anfi, que les otorga el derecho a usar una suite en el complejo, bajo el número de flotante, de un dormitorio en el período o semana super rojo, para cuatro ocupantes y el primer uso sería en 2009.

En las cláusulas del contrato de asociación, en la sexta, se recoge que: «Los derechos adquiridos en virtud del presente contrato de asociación son indivisibles, de naturaleza personal y por un período ilimitado de tiempo. No son derechos reales».

Los demandantes alegan, como fundamento de su petición de nulidad, incumplimiento de la prohibición de cobrar anticipos, de acuerdo con el art. 11 de Ley 42/1998 , la demandada cobró la totalidad de la cantidad convenida en el contrato a los dos meses y cinco días, incumplimiento del efectivo derecho del desistimiento, las cláusulas abusivas contenidas en el contrato, la vulneración del derecho a la información en la que incurre la demandada, falta del contenido mínimo del contrato, pues, no se hace mención en el contrato del turno que es objeto con indicación de los días y horas en que se inicia y termina (art. 9.1.3), se desconoce la fórmula que permita al asociado saber al menos qué cantidad aproximada debe abonar anualmente el socio.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda y condena en costas a los demandantes. Formulado recurso de apelación, se denuncian todos los incumplimientos que fueron alegados en la demanda.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, estima en parte el recurso de apelación y en consecuencia, estima parcialmente la demanda y declara nula la mención relativa a que se deben calcular estos intereses en el 1,5% al mes, contenida en la cláusula 14 de los términos y condiciones del contrato que fue celebrado entre las partes el 23 de octubre de 2007. Se desestiman las demás pretensiones contenidas en la demanda. No se imponen las costas de la primera instancia ni de las del recurso de apelación.

Se interpone recurso de casación por los demandantes por interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, que se desarrolla en un motivo único, en el que denuncian:

La infracción del art. 10.2, en relación con los art. 1.7 , 8 y 9 de la Ley 42/1998 , plantean la petición de la declaración de nulidad del contrato suscrito el 23 de octubre de 2007 por incumplimiento al deber de información mínimo, y por establecer el contrato una duración ilimitada. Y de forma subsidiaria la resolución del contrato en virtud del art. 1124 CC con restitución de las prestaciones y la declaración de nulidad por abusivas de determinadas cláusulas.

Se cita como sentencias, que resuelven en la misma línea que la sentencia recurrida, las sentencias de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de 17 de diciembre de 2013 y 17 de junio de 2009 , que mantienen que los contratos objetos de estos derechos con omisión de información, o con una información mínima plasmada en diversos documentos anexos, solo serán susceptibles de resolución en el plazo de tres meses.

Frente a esta posición denuncia la doctrina que recoge la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en las sentencias de 27 de junio de 2012, recurso n.º 379/2011 y sentencia de fecha 30 de abril de 2008, recurso n.º 107/2007 que sostienen que dichos contratos son anulables al amparo del art. 1300 del Código Civil dentro del plazo de caducidad de 4 años previstos en el art. 1301 CC . Se mantiene en estas sentencias una interpretación en sentido amplio del «término falsedad», se sigue un criterio más protector de la parte débil de la relación comercial, frente al criterio excesivamente formalista que mantiene la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria.

Los recurrentes centran la controversia en los siguientes términos: si la omisión de datos mínimos y la falta de información que deben contener estos contratos, según el art. 9, en cuanto a la información sobre los derechos de desistimiento, resolución y prohibición del pago de anticipos, solo podrá conllevar la facultad de resolver el contrato en un corto plazo de tres meses, conforme el art. 10.2, o si dichos incumplimientos se llevan a



la anulabilidad por error propiciado por un doloso incumplimiento por el transmitente de la obligación legal impuesta de ofrecer al adquirente-**consumidor** cumplida información sobre estos extremos.

SEGUNDO .- *Contrato* .

En el contrato de 23 de octubre de 2007 se adquiere un derecho de uso de un apartamento, durante una semana, en régimen de asociación al club Monte Anfi. Se trataba del apartamento flotante y, por lo tanto, no determinado, cuatro personas, semana súper roja, por importe de 155.000 coronas noruegas, con un primer pago de 16.000 coronas noruegas, el mismo día de firma del contrato.

TERCERO .- Motivo único. 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 alega la infracción del art. 10.2, en relación con los art. 1.7 , 8 y 9 Ley 42/1998 , plantean la petición de la declaración de nulidad del contrato suscrito el 23 de octubre de 2007 por incumplimiento al deber de información mínimo y por establecer el contrato una duración ilimitada. Y, de forma subsidiaria, la resolución del contrato en virtud del art. 1124 CC con restitución de las prestaciones y la declaración de nulidad por abusivas de determinadas cláusulas.

Se cita como sentencias, que resuelven en la misma línea que la sentencia recurrida, las sentencias de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de 17 de diciembre de 2013 y 17 de junio de 2009 que mantienen que los contratos objetos de estos derechos con omisión de información, o con una información mínima plasmada en diversos documentos anexos, solo serán susceptibles de resolución en el plazo de tres meses.

Frente a esta posición denuncia la doctrina que recoge la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en las sentencias de 27 de junio de 2012, recurso n.º 379/2011 y sentencia de fecha 30 de abril de 2008, recurso n.º 107/2007 que sostiene que dichos contratos son anulables al amparo del art. 1300 del Código Civil dentro del plazo de caducidad de 4 años previstos en el art. 1301 CC . Se mantiene en estas sentencias una interpretación en sentido amplio del «término falsedad», se sigue un criterio más protector de la parte débil de la relación comercial, frente al criterio excesivamente formalista que mantiene la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria.

Los recurrentes centran la controversia en los siguientes términos: si la omisión de datos mínimos y la falta de información que deben contener estos contratos, según el art. 9, en cuanto a la información sobre los derechos de desistimiento, resolución y prohibición del pago de anticipos, solo podrá conllevar la facultad de resolver el contrato en un corto plazo de tres meses, conforme el art. 10.2, o si dichos incumplimientos se llevan a la anulabilidad por error propiciado por un doloso incumplimiento por el transmitente de la obligación legal impuesta de ofrecer al adquirente-**consumidor** cumplida información sobre estos extremos.

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, en concreto, no puede considerarse una cuestión nueva, la duración del contrato, planteada expresamente en la apelación, dado que en la demanda ya se arguyó el incumplimiento de los arts. 8 y 9 de la ley, cuyo contenido debió ser objeto de información al contratante, dentro de los cuales está la información sobre la duración del régimen.

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.

Examinado el contrato se puede apreciar que en nada respeta los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la ley establece en su art. 9. Se exige anticipo. 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. Declara que no es un derecho real, pero tampoco refiere si es un arrendamiento.

6. Duración indefinida y no limitada a los 50 años que marca la Ley.

7. Indeterminación del número de apartamento (flotante) y de la semana concreta (súper roja).

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 expresar que estamos ante un contrato que pretenden el uso periódico de una semana de vacaciones (no se sabe cuál), en el turno previamente adquiridos, en alojamiento susceptibles de uso independiente (no se sabe cuál), 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 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 ».

3.- Desde este punto de vista, no consta que los Sres. Isabel Balbino 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, hasta el límite solicitado.

Al efecto se ha dictado por el pleno la sentencia n.º 192/2016, de 29 marzo (Rec. 793/2014), en la cual se hacen las siguientes consideraciones:

«B) Duración. Al configurar el contrato con una duración indefinida, tampoco se cumple con las previsiones de la Ley 42/1998 que exige la fijación del tiempo por el que se establece el derecho o, al menos, de la duración del régimen (artículo 3). Esta Sala ya ha resuelto al respecto en sentencia 774/2014, de 15 enero , que interpreta la disposición transitoria segunda de la Ley 42/1998, tras una conexión sistemática de sus aparatos 2 y 3, en el sentido de que quien deseara "comercializar los turnos aún no transmitidos como derechos de aprovechamiento por turno (...) debería constituir el régimen respecto de los períodos disponibles con los requisitos establecidos en esta Ley , entre ellos, el relativo al tiempo, establecido en el artículo 3, apartado 1", de modo que el incumplimiento de dicha previsión da lugar a la nulidad de pleno derecho según lo dispuesto en el artículo 1.7.

»En este sentido, para comprobar cómo el legislador ha querido que desde la entrada en vigor de la ley el contrato tenga una duración determinada, que generalmente estará unida a la de duración del régimen, basta acudir a la norma contenida en su artículo 13 que, al regular el derecho de resolución del propietario por falta de pago de servicios, establece que "para llevar a cabo la resolución, el propietario deberá consignar, a favor del titular del derecho, la parte proporcional del precio correspondiente al tiempo que le reste hasta su extinción"; norma para cuya aplicación resulta precisa la fijación de un tiempo de duración.....».

Al no cumplir en este caso el contrato con tales exigencias queda sujeto a la sanción de nulidad contenida en el artículo 1.7, según el cual:

«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».



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 4 años, según se reconoce en 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 4 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 46 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, hasta el límite solicitado.

En concreto, se condena a la demandada al pago de 21.138,53 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

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 la demanda se imponen al demandado las costas de la primera instancia y sin 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 D. Balbino y Dña. Isabel , contra sentencia de 7 de octubre de 2014 de la Sección Cuarta la Audiencia Provincial de Las Palmas en su recurso de apelación núm. 112/2016 .
2.º- Casar la sentencia recurrida, estimando la demanda interpuesta en el sentido de declarar la nulidad radical del contrato de 23 de octubre de 2007 condenando a Anfi Sales S.L., al pago a los demandantes de 21.358,53 (veintiún mil trescientos cincuenta y ocho con cincuenta y tres) euros e interés legal desde la interposición de la demanda y al pago de las costas de la primera instancia. **3.º**- No 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.