



Roj: **STS 710/2017 - ECLI:ES:TS:2017:710**

Id Cendoj: **28079110012017100125**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2017**

Nº de Recurso: **2812/2014**

Nº de Resolución: **87/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1262/2014,**
STS 710/2017

SENTENCIA

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

Esta sala ha visto el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada el 11 de septiembre de 2014, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación 131/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 2015/2012, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Arona. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Eloisa y don Conrado, representados por el procurador don Ludovico Moreno Martín-Rico. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida la mercantil Silverpoint Vacations, S.L., representada por el procurador don Luciano Rosch Nadal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los tribunales don Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de doña Eloisa y don Conrado, presentó demanda de juicio ordinario contra la mercantil Silverpoint Vacations, S.L., suplicando al Juzgado:

«Que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que se acompañan, se sirva a admitirlo, se me tenga por comparecido y parte demandante en el proceso y, en la representación que ostento, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, por formulada la demanda de juicio declarativo ordinario frente a Silverpoint Vacations S. L. y tras los tramites oportunos y el recibimiento del pleito a prueba, dicte en su día sentencia por la que se declare:

»1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos a que se refiere la presente demanda, así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, en ambos casos con obligación para las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 57.630'00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento y servicio en los años 2008 (Hollywood Mirage) por 381'00 libras, 2011 (Hollywood Mirage) por 418'00 euros, 2012 (Hollywood Mirage) por 418'00 euros, 2010 (Beverly Hills Club) por 483'00 euros, 2011 (Beverly Hills Club) por 38600 euros, 2012 (Beverly Hills Club) por 386'00 euros, 2009 (Club Paradiso) por 598'00 libras, 2011 (Club Paradiso) por 598'00 libras, 2012 (Club Paradiso) por 598'00 libras, 2009 (Club Paradiso) por 490'00 libras, 2011 (Club Paradiso) por 490'00 libras y 2012 (Club Paradiso) por 490'00 libras, totalidad de las cuotas de mantenimiento y servicio de 2008, por importe de 1.548'00 libras, y Club Paradiso de 2010, por importe de 1.119'00 libras (cantidad



que, salvo error u omisión, asciende a 80.223'99 EUROS en total) más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La improcedencia del cobro anticipado a mi mandante, de las cantidades satisfechas en concepto de anticipo por razón de los mentados contratos de 7.630'00 libras esterlinas (9.379'25 euros), con la obligación de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, en virtud del artículo 11 de la Ley 42/1998, es decir, 15.260'00 libras esterlinas (18.758'50 euros), de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 7.630'00 libras esterlinas (9.379'25 euros), salvo error u omisión-, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado en punto primero de este suplico.

»3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperasen los petitum anteriores, se declare la nulidad, por abusiva y no haber sido negociada de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos donde se ubicaban los apartamentos objeto del contrato de aprovechamiento por turnos del que solicitamos su nulidad y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, (57.630'00 LIBRAS ESTERLINAS) más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicio en los años 2008 (Hollywood Mirage) por 381'00 libras, 2011 (Hollywood Mirage) por 418'00 euros, 2012 (Hollywood Mirage) por 418'00 euros, 2010 (Beverly Luis Club) por 483'00 euros, 2011 (Beverly Hills Club) por 386'00 euros, 2012 (Beverly Luis Club) por 386'00 euros, 2009 (Club Paradiso) por 598'00 libras, 2011 (Club Paradiso) por 598'00 libras, 2012 (Club Paradiso) por 598'00 libras, 2009 (Club Paradiso) por 490'00 libras, 2011 (Club Paradiso) por 490'00 libras y 2012 (Club Paradiso) por 490'00 libras, totalidad de las cuotas de mantenimiento y servicio de 2008, por importe de 1.548'00 libras, y Club Paradiso de 2010, por importe de 1.119'00 libras, ascendiendo en total -salvo error u omisión-a una suma de 80.223'79 EUROS, más los intereses legales y con expresa imposición de costas a la parte demandada.»

2.- Por Decreto de 19 de noviembre de 2012, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a la parte contraria para contestar.

3.- El procurador de los tribunales don Pedro Antonio Ledo Crespo, en nombre y representación de la entidad mercantil Silverpoint Vacations, S.L., contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

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

4.- El Juzgado dictó sentencia el 12 de diciembre de 2013 con la siguiente parte dispositiva:

«Se estima la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, don Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de don Conrado y doña Eloisa frente a la entidad, Silverpoint Vacations, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales, don Pedro Ledo Crespo y, en consecuencia, se declara la nulidad radical de los contratos de 13 de mayo de 2007 y 7 de junio de 2008 así como de sus anexos, condenando a la demandada a restituir las cantidades satisfechas, en concepto de precio, por importe de cincuenta y siete mil seiscientos treinta libras esterlinas (57.630) más las satisfechas por gastos de mantenimiento y servicio (cuotas de mantenimiento), ascendentes a ochenta mil doscientos veintitrés euros con noventa y nueve céntimos de euros (80.223,99) y, en ambos casos, con la obligación de abonar los intereses legales que tales sumas hubieren devengado desde la fecha de su reclamación judicial (9 de noviembre de 2012); finalmente, se declara la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas, por razón de dichos contratos, ascendentes a siete mil seiscientos treinta libras esterlinas (7.630) y la condena a restituir tal cantidad.

»Se condena en costas procesales a la parte demandada.»

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de la entidad mercantil Silverpoint Vacations, S.L., correspondiendo su resolución a la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que dictó sentencia el 11 de septiembre de 2014 con el siguiente Fallo:

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

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

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

Devuélvase la totalidad del depósito a la parte apelante, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.PJ., si se hubiera constituido.



»Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.»

TERCERO.- Interposición y tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Eloisa y don Conrado , con base en los siguientes motivos:

Primero.- Con base en la infracción de la disposición adicional segunda de la Ley 42/1998 , infracción del art. 1 Ley 1/1998 y la infracción del art. 6.4º CC .

Segundo.- Con base en la infracción del art. 1 Ley 16/1984 , LGDCU y el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 .

Tercero.- El tercero se fundamenta en la infracción del art. 10 Ley 42/1998 , infracción del art. 1.7 Ley 42/1998 , infracción del art. 10 Ley 26/1984 LGDCU, infracción de los arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 , 79, del Texto Refundido del R .D Legislativo 1/2007, así como los arts. 1261 , 1265 y 6.3 CC . Se plantea en el presente motivo las consecuencias jurídicas de realizar el contrato al margen de la Ley 42/1998.

2.- La sala dictó auto el 25 de abril de 2016 cuya parte dispositiva dice:

«1.º- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Eloisa y D. Conrado contra la Sentencia dictada, con fecha 11 de septiembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 131/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 2015 /2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Arona.

»2.º- Entregar copia del escrito de interposición del recurso formalizado, y en su caso de los documentos adjuntos, a la parte recurrida personada para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de la entidad mercantil Silverpoint Vacations, S.L., manifestó su oposición a los recursos formulados de contrario.

4.- Debido al volumen de trabajo de esta Sala, la sentencia se ha dictado fuera del plazo establecido para la misma.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el día 7 de diciembre de 2016 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes en la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Los demandantes, en virtud de los contratos suscritos el 13 de mayo de 2007 y el 7 de junio de 2008 adquirirían unos certificados de fiducia que concedían el derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por periodos vacacionales en los complejos descritos previo pago del precio.

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

2.- Los contratos tienen el siguiente contenido:

(i) Contrato de 13 de mayo de 2007

(ii) Contrato de 7 de junio de 2008

3.- La parte adquirente obtenía en total la utilización de once semanas anuales de los apartamentos indicados, ya fuera mediante la figura «trimestrales ya como membresía»

4.- Los demandantes Dª Eloisa y D Conrado formularon demanda el 14 de noviembre de 2012 y solicitan que se declare la nulidad o subsidiaria resolución de los contratos suscritos el 13 de mayo de 2007 y el 7 de junio de 2008 con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, más el importe los gastos de servicios y mantenimiento que haría un total de 80.223,99 Euros. Que se declare la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas,



con la obligación de devolver el duplicado de dichas cantidades, es decir, la suma de 9.379,25 euros. Y subsidiariamente se solicitaba si no prosperan las peticiones anteriores que se declare la nulidad por abusiva y por no haber sido negociada de forma individualizada las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos donde se ubicaban los apartamentos objeto del contrato con la obligación de la demandada de abonar la cantidad referida de 80.223,99 euros.

La demandada Silverpoint Vacations, S.L, se opuso a la demanda.

5.- La sentencia de primera instancia concluyó que los contratos son contrarios a la ley específicamente promulgada para regular este tipo de adquisiciones que es una ley imperativa, y por tanto son contratos radicalmente nulos sin posibilidad de ser sanados. Declaró la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas que serían 15.260 libras, pero condenó solo a 7.630 libras por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado. Los actores negaron la existencia de un mercado de reventa, y por tanto la obtención de todo beneficio derivado del producto adquirido, por ello la demandada debió articular la excepción de compensación, por vía reconventional.

Se declara la nulidad radial de los contratos de 13 de mayo de 2007 y 7 de junio de 2008, así como sus anexos, se condena a la demandada a restituir a los actores la cantidad pagada en concepto de precio y los gastos de mantenimiento y servicios que asciende en total a 80.223,99 euros; se declara la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas, por razón de dichos contratos, que asciende a 7.630 libras esterlinas.

6.- Se interpuso recurso de apelación por la mercantil demandada, Silverpoint Vacations, S.L, y la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 11 de septiembre de 2014, estimó parcialmente el recurso, revoca la sentencia de primera instancia, y en consecuencia desestima la demanda formulada por Dª Eloisa y D Conrado y absolvió a la demandada.

7.- En lo que es relevante para la decisión del recurso, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluye que:

(i) Los referidos contratos no se encuentran regulados por la Ley 42/1998, porque ni los contempla ni los menciona, debiendo concluirse que se regularán por el Código Civil, y por la legislación protectora de consumidores y usuarios.

(ii) Los actores no eran verdaderos consumidores porque resulta que el objetivo de la adquisición era más bien para alquilar o revender. Los actores no son destinatarios finales del producto, consta acreditada la finalidad de obtención de una rentabilidad mediante la comercialización o explotación de los derechos que eran objeto del contrato.

(iii) No se aprecia el dolo ni el error alegado para declarar la nulidad contractual que pretenden los actores, pues ejercitada la nulidad del contrato siete años después de celebrado el primero y cuatro del segundo, han tenido tiempo suficiente para reflexionar sobre los mismos, y lo que se desprende de lo actuado en las actuaciones es la ausencia de las ganancias por las reventas lo que se evidencia como causa para pedir la nulidad contractual.

8.- Los demandantes doña Eloisa y don Conrado interpusieron recurso de casación contra la anterior sentencia. El recurso tiene tres motivos:

(i) El primero se fundamenta, en la infracción de la disposición adicional segunda de la Ley 42/1998, infracción del art. 1 Ley 1/1998 y la infracción del art. 6.4º CC.

Los recurrentes mantienen que es de aplicación a estos contratos la ley 42/1998, frente a la posición que mantiene la sentencia recurrida, que haya entendido que no son consumidores porque contrataron para invertir y por tanto como no son usuario final no les es de aplicación la ley 42/1998.

Cita por un lado la doctrina recogida por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en sentencias de 25 de julio de 2014, 11 de septiembre de 2014, así como la sentencia de la sección de 4ª, de 4 de julio de 2014, en las que se declara que no es de aplicación la Ley 42/1998.

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

(ii) El segundo se fundamenta en la infracción del art. 1 Ley 16/1984, LGDCU y el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley LGDCU. Se solicita en este motivo que la Sala se pronuncie sobre la consideración del adquirente de estos contratos como consumidores.



Los recurrentes mantienen que estos contratos se firmaron para uso y disfrute e inversión de sus ahorros siempre dentro de la esfera privada y doméstica.

Se cita la posición que mantiene la sección 3ª, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en sentencias de 25 de julio de 2014 y la sentencia de 11 de septiembre de 2014 sentencia recurrida, en la que se niega la condición de consumidor pues la intención de los contratantes era más bien la de alquilar o reventa posterior.

Frente a esta posición otras Audiencias declaran la condición de consumidor a pesar de que en muchos casos se produzcan reventas y la intención de los adquirentes se combinara con la inversión, en concreto, la sección 1ª, de la Audiencia Provincial de la Rioja, de 20 febrero de 2013, y 11 de enero de 2013 entre otras.

Los recurrentes alegan también que la doctrina seguida por la sentencia recurrida, iría en contra de la doctrina fijada por esta Sala, cuando atribuye la cualidad de consumidor a los pequeños inversores que en el ámbito de una actividad privada tratan de obtener un rendimiento económico con ocasión de la adquisición de un producto. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 , 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010 .

(iii) El tercero se fundamenta en la infracción del art. 10 Ley 42/1998 , infracción del art. 1.7 Ley 42/1998 , infracción del art. 10 Ley 26/1984 LGDCU, infracción de los arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 , 79, del Texto Refundido del R .D Legislativo 1/2007, así como los arts. 1261 , 1265 y 6.3 CC . Se plantea en el presente motivo las consecuencias jurídicas de realizar el contrato al margen de la Ley 42/1998.

Los recurrentes mantienen que los incumplimientos de la demandada, en relación a los contratos de aprovechamiento por turnos, en cuanto a la falta de información básica, contenido de los contratos, prohibición de anticipos, la falta de fijación del límite temporal de los contratos, determina la nulidad de pleno derecho por la vía del art. 1.7 de la Ley 42/1998 , precepto que prevé la sanción directa de la nulidad al margen del art. 6.4 CC .

Los recurrentes denuncian que en el presente caso no es que se haya incumplido algún precepto de la Ley, sino que no se haya cumplido prácticamente ninguno.

En todo caso, alegan que se vulnera también el art. 10 de la LGDCU de 26/1984, en relación con el art. 1261 CC por cuanto no contaban con la información suficiente para que pudiera considerarse que otorgaban un consentimiento válido. Citan en esta sentencia la doctrina de la Sala que recogen las sentencias de 11 de julio de 2007 , 26 de marzo de 2009 , 5 de marzo de 2010 y 28 de septiembre de 2011 , pues el dolo abarca no solo la maquinación directa, sino también por omisión siempre que exista un deber de informar sobre los hechos o circunstancias influyentes, doctrina que debe aplicarse cuando ese deber de información viene impuesto de forma expresa por la Ley.

Los recurrentes mantienen que la acción que se ejercitaba en la demanda era la nulidad de la operación, acción a la que no resulta de aplicación el repetido plazo de tres meses, pues el art. 10.2 LATBI se remite a la regulación de la nulidad de los contratos contenida en el Código Civil .

Frente al criterio seguido por la sentencia recurrida los recurrentes citan la posición mantenida por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en sentencia de 19 de marzo de 2007 , que declara que serán nulos de pleno derecho los contratos que se constituyan al margen de la presente ley, Ley 42/1998; así como las sentencias de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, de 4 de abril de 2007 y 28 de septiembre de 2012 .

9.- La sala dictó auto el 25 de abril de 2016 admitiendo el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito oponiéndose al mismo.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Motivos primero y tercero. Decisión de la sala.*

En ambos motivos, al amparo del artículo 477.2.3º LEC , se pone de manifiesto la existencia de criterios contradictorios entre distintas Audiencias Provinciales respecto de la aplicación o no de los contratos litigiosos de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, y en concreto de su artículo 1.7 , que sanciona con nulidad de pleno derecho el incumplimiento de sus disposiciones, sosteniendo la parte recurrente que la redacción del contrato incumple tales disposiciones y tiene como finalidad eludir la aplicación de la norma.

Para la adecuada inteligencia de la respuesta a ambos motivos, vamos a detenernos, como ya se ha pronunciado la sala (sentencia número 38/2017, de 20 de enero) en el régimen jurídico que regula el aprovechamiento por turno, con una breve reseña histórica de su regulación, para más adelante recoger el

ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, que en su caso sería la aplicable por razones temporales, y finalmente concluir qué consecuencias lleva aparejada su aplicación respecto de los contratos objeto del litigio.

TERCERO.- Régimen jurídico

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. 2º y 100 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 1, como la incorporación de la Ley 42/1998, en los títulos II y III, con las adaptaciones que requiere dicha Directiva.



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

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

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

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

Si se tiene en cuenta que los contratos que se analizan se formalizaron el 13 de mayo de 2007 y el 7 de junio de 2008, es indudable que la ley aplicable al caso será la 42/1998.

CUARTO.- *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 (artº 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 (artº 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.

QUINTO.- La sentencia recurrida sostiene que la Ley 42/1998 no resulta de aplicación a las denominadas membresías del Club Paradiso adquirida por los recurrentes en los contratos de 13 de mayo de 2007 y 7 de junio de 2008.

Funda su decisión en que los referidos contratos no se encuentran regulados por la mencionada Ley 42/1998, porque ni los contempla ni los menciona, al contrario de la Ley 4/2012 que efectivamente regula esa relación jurídica. Por tanto concluye que se regularán por el Código Civil y por la legislación protectora de consumidores y usuarios, y esto último para el supuesto de estimar que los actores, como adquirentes de los referidos productos vacacionales, tienen la condición de consumidores.



Concluye que cumple con las normas del Código Civil para su validez (lenguaje claro y comprensión directa, sin que se aprecie oscuridad, ajustándose a los principios de la buena fe y justo equilibrio de prestaciones, indicándose el objeto, clase de alojamiento vacacional, precio, forma de pago, duración y forma del ejercicio del derecho de que se trata).

La relación jurídica entablada entre las partes afirma que ha de estimarse como atípica, con difícil encaje en la Ley 42/1998, teniendo en cuenta además la dificultad que se plantea para considerar a los actores como verdaderos consumidores, pues resulta que las adquisiciones no tenían como objeto destinarlas a su propio uso, sino más bien al alquiler o reventa posterior, faltando el interés de obtener un lugar donde disfrutar las vacaciones, que es la intención a que se refiere la exposición de motivos de la Ley 42/1998.

SEXTO.- Tal argumentación no la comparte la sala, que entiende de aplicación a tales membresías la Ley 42/1998 según la sentencia de Pleno nº 16/2017, de 16 de enero de 2017 .

Según afirma «no adquiriría simplemente la prestación de unos servicios (lo que se conoce como paquete vacacional), sino la integración en una comunidad (membresía), mediante el abono de una cuota de entrada y de cuotas periódicas de mantenimiento, parece evidente que sí estaba contratando un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, si bien mediante una fórmula que pretendía eludir la aplicación de la normativa específica en la materia (la mencionada Ley 42/1998 y la Directiva 94/47/CE , del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido)...»

Del contenido contractual se desprende que «en realidad, estamos ante un contrato por el que se constituye un derecho, sin expresión de su carácter 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, que, bajo la apariencia de apartarse de la figura del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, no cumple su regulación normativa en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Materializándose así el presupuesto contemplado en el art. 1.7 de la propia Ley 42/1998 , conforme al cual, son también objeto de la misma los contratos por virtud de los cuales 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 por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año. Al que, como veremos, se anuda la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho del contrato en cuestión.»

Añade la sentencia de Pleno que:

«A pesar de que la Directiva 94/47/CEE no imponía una determinada modalidad contractual ni una concreta configuración jurídica para el derecho de aprovechamiento por turno transmitido, la Ley 42/1998 no acogió la pluralidad estructural en su configuración jurídica, por lo que el derecho de aprovechamiento por turno sólo podía constituirse como derecho real limitado (salvo si se optaba por la modalidad de arrendamiento de temporada de bienes inmuebles vacacionales a que se refiere el art. 1.6), y había de sujetarse imperativamente (incluso en esta otra modalidad) a lo dispuesto en la Ley.

»Así, *prima facie* , conforme a los arts. 1.1 y 1.2 de la Ley 42/1998 , según el contenido objetivo del contrato antes transcrito, el mismo no supondría la constitución de un derecho real sobre un bien inmueble concreto y diferenciado. Pero si atendemos a lo dispuesto en los apartados 5 y 7 del mismo art. 1, debemos concluir que la citada Ley resulta aplicable al contrato litigioso, por cuanto el art. 1.5 establece que «lo dispuesto en la presente Ley se aplicará al propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno»; y el contrato de que se trata es claro que se refiere a la comercialización de un peculiar aprovechamiento por turno. Y fundamentalmente, porque el art. 1.7 incluye en su ámbito de aplicación al «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 periodo determinado o determinable al año.

»A su vez, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el mencionado art. 1.7 sanciona con la nulidad de pleno derecho los contratos a los que se refiere, y el que nos ocupa no solo no se adapta a la Ley 42/1998 , sino que, como bien se dice en la sentencia de primera instancia, la infringe en diversos aspectos, referidos a sus arts. 10, 11 y 12. »

SÉPTIMO.- En cuanto al resto de aprovechamientos por turnos objeto de los contratos litigiosos, la parte recurrida no pone en duda que se encuentran sometidos a la Ley 42/1998. Sin embargo la sentencia de la Audiencia rechaza su aplicación al negarle a los adquirentes recurrentes el concepto de consumidores, pues afirma que «... lo que la parte obtenía era la utilización de once semanas anuales de los apartamentos

indicados, ya fuera mediante la figura del Tim Sharing ya como membresía, sin otra finalidad que no fuera ponerlos en el mercado para obtener un rendimiento de inversión que efectuaban...»

La sentencia pone énfasis en que los actores han permanecido alojados en los complejos una semana en 2006, una semana en 2007, una semana en 2008 y otra semana en 2012.

Por tanto al negarle a los adquirentes el concepto de consumidores, entiende que no es de aplicación la Ley 42/1998, por ser el objeto de ésta la protección de los consumidores. Y al no ser de aplicación la citada Ley no puede exigirse que los contratos se ajusten a lo previsto en ella; por lo que se trataría de contratos sometidos a las normas del Código Civil.

Con tal planteamiento es de esencial importancia para la decisión del recurso la respuesta que merezca el motivo segundo del mismo.

OCTAVO.- *Motivo segundo. Decisión de la Sala.*

Como hemos adelantado deviene necesario precisar la «condición de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles».

A tal fin se ha de estar a la doctrina recientemente fijada por la sentencia de Pleno número 16/2017, de 16 de enero :

«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 su redacción vigente cuando se firmó el contrato litigioso, «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° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución



de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que ha sustituido al anterior. A su vez, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, 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.- Se añade en la citada sentencia de Pleno que «el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física», y lo hace en los siguientes términos:

«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. 1.1º CCom .»

DÉCIMO.- A partir de esta doctrina de la Sala, no consta que los adquirentes recurrentes 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.

Tratándose de consumidores, y por ende aplicable la Ley 42/1998, se aprecia, como recoge la sentencia de primera instancia, que no se ha cumplido prácticamente ningún precepto de la Ley, como se puede comprobar al contrastar los contratos de adquisición con el artículo 9 de la Ley 42/1998 que impone un extenso contenido mínimo.

La consecuencia nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados, dado que de acuerdo con el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley».

Tan clara es la intención de la demandada de eludir la Ley en cuestión, que en los contratos no se transcriben los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998 ni menciona, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (artículo 9.1.6º), por lo que los adquirentes no podían conocer cuál era el régimen legal de sus contratos.

UNDÉCIMO.- Como recoge la doctrina de la Sala. (sentencia 38/2017, de 20 de enero) «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 leales.»



Pero no es ese el supuesto que aquí se contempla, pues los demandantes han tenido a su disposición los aprovechamientos objeto del contrato de 13 de mayo de 2007 durante los años 2008, 2009, 2010, 2011 y hasta el 14 de noviembre de 2012, fecha de presentación de la demanda. Los aprovechamientos objeto del contrato de 7 de junio de 2008 los han tenido a su disposición los años 2009, 2010, 2011 y hasta el 14 de noviembre de 2012.

En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados, partiendo de la atribución de una relación contractual de 50 años, que es la máxima prevista por la ley. A tal cantidad se le ha de sumar, como recoge la sentencia de primera instancia, la correspondiente a la penalización por el anticipo indebido.

DUODÉCIMO.- En aplicación de los artículos 394. 1 . y 398.1 LEC , no procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

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 la representación procesal de doña Eloisa y don Conrado , contra la sentencia dictada el 11 de septiembre de 2014, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación 131/2014 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 2015/2012, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Arona. **2.º.** Casar la sentencia recurrida, estimando la demanda interpuesta por doña Eloisa y don Conrado , con las deducciones mencionadas en el Fundamento de Derecho Undécimo, que se llevará a cabo en ejecución de sentencia, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de primera instancia. **3.º.** Se condena a la demandada a las costas de la apelación. **4.º.** No procede imponer la recurrente las costas del recurso de casación, con devolución del depósito para recurrir. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.