



Roj: **STS 3007/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3007**

Id Cendoj: **28079110012017100440**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2017**

Nº de Recurso: **1272/2015**

Nº de Resolución: **461/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 269/2015,**
STS 3007/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, el día 2 de marzo de 2015, dictada en el recurso de apelación n.º 597/2014, dimanantes de los autos de juicio ordinario de nulidad contractual n.º 372/2013, procedentes del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arona. -Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador de los tribunales don Ludovico Moreno Martín-Rico en representación de doña Regina . -Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida el procurador de los tribunales don Luciano Rosch Nadal, en representación de la entidad Silverpoint Vacations S.L.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- EL procurador don Leopoldo Pastor Llarena en nombre y representación de doña Regina , presentó demanda de juicio ordinario de nulidad contractual contra la entidad Silverpoint Vacations S.L. solicitando se dictase sentencia con los siguientes pedimentos:

«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 mi mandante las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados del referido contrato, por importe de 17.140'00 LIBRAS ESTERLINAS), más los gastos de mantenimiento de los que se ha hecho cargo en los años 2004 (Beverly Hills Club) por importe de 940'00 libras esterlinas, 2005 (Beverly Hills Club) por importe de 940'00 libras esterlinas, 2006 (Beverly Hills Club) por importe de 1.144'00 libras esterlinas, 2007 (Beverly Hills Club) por importe de 1.144'00 libras esterlinas, 2008 (Beverly Hills Club) por importe de 1.228'00 libras esterlinas, 2009 (Beverly Hills Club) por importe de 1.951'00 euros, 2010 Beverly Hills Club) por importe de 1.951'00 euros, 2011 (Beverly Hills Club) por importe de 1.951'00 euros, 2012 (Beverly Hills Club) por importe de 1.951'00 euros, 2013 (Beverly Hills Club) por importe de 2.109'00 euros, 2009 (Beverly Hills Heights) por importe de 623'00 euros, 2010 (Beverly Hills Heights) por importe de 623'00 euros, 2011 (Beverly Hills Heights) por importe de 623'00 euros, 2012 (Beverly Hills Heights) por importe de 623'00 euros y 2013 (Beverly Hills Heights) por importe de 660'42 euros (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 38.753'65 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 17.140'00 libras esterlinas (20.039'75 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, 34.280'00 libras esterlinas (40.079'50 euros), de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 17.140'00 libras esterlinas (20.039'75 euros), salvo error u omisión-, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado en el 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, (17.140'00 LIBRAS ESTERLINAS) más las cuotas abonadas por mantenimiento de los que se ha hecho cargo en los años 2004 (Beverly Hills Club) por importe de 940'00 libras esterlinas, 2005 (Beverly Hills Club) por importe de 940'00 libras esterlinas, 2006 (Beverly Hills Club) por importe de 1.144'00 libras esterlinas, 2007 (Beverly Hills Club) por importe de 1.144'00 libras esterlinas, 2008 (Beverly Luis Club) por importe de 1.228'00 libras esterlinas, 2009 (Beverly Luis Club) por importe de 1951'00 euros, 2010 (Beverly Hills Club) por importe de 1.951'00 euros, 2011 (Beverly Hills Club) por importe de 1.951'00 euros, 2012 (Beverly Hills Club) por importe de 1.951'00 euros, 2013 (Beverly Hills Club) por importe de 2.109'00 euros, 2009 (Beverly Hills Heights) por importe de 623'00 euros, 2010 (Beverly Luis Heights) por importe de 623'00 euros, 2011 (Beverly Hills Heights) por importe de 623'00 euros, 2012 (Beverly Luis Heights) por importe de 623'00 euros y 2013 (Beverly Hills Heights) por importe de 660'42 euros, ascendiendo en total -salvo error u omisión- a una suma de 38.753'65 euros, más los intereses legales y con expresa imposición de costas a la parte demandada. »

2.- Por decreto de 23 de mayo de 2013 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a la demandada para contestar.

3.- El procurador don Pedro Ledo Crespo, en nombre y representación de la mercantil Silverpoint Vacations S.L., contestó a la demanda 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 de Primera Instancia n.º 5 de Arona, dictó sentencia el 9 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que debo estimar y estimo la demanda presentada a instancia de Dña. Regina , dirigido por el Letrado D. Oscar Salvador Santana González y representada por el Procurador de los Tribunales don Leopoldo Pastor Llarena contra la entidad Silverpoint Vacations S.L. dirigido por el letrado D. José Minero Macías y representada por el procurador D. Pedro Ledo Crespo; declarando la nulidad de los contratos y sus anexos de 28 de julio de 2003 y de 26 de enero de 2008 así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos y condenando a la demandada a la cantidad de 58.793,40 euros, más los intereses legales y las correspondientes costas procesales.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de la entidad Silverpoint Vacations S.L. correspondiendo su resolución a la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 2 de marzo de 2015 con el siguiente fallo:

«1º. Estimamos en parte el recurso interpuesto por la demandada, entidad mercantil Silverpoint Vacations S.L.

»2º. Revocamos la sentencia apelada, en el sentido de desestimar la demanda y absolver a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas, sin imponer a ninguna de las partes las costas de la primera instancia, por lo que cada una abonará las causadas a su instancia, siendo las comunes por mitad.

»3ª. No ha lugar tampoco a efectuar expresa imposición de las costas de esta alzada»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

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

PRIMERO.- Infracción del art. 1 Ley 42/1998 e infracción del art. 6.4 CC .

SEGUNDO.- Infracción art. 1 LGDCU 26/1984 y el art. 3 de LGDCU 1/2007.

TERCERO.- Infracción del art. 1.7 y 2 , 8 , 9 , 10 , 11 y 12 todos de la Ley 42/1998 , art. 10 LGDCU 26/1984, arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 y 79 RD Legislativo 1/2007 así como los arts. 1261 , 1265 y la infracción del 6.3 CC .

2.- La sala dictó auto el 29 de marzo de 2017, con la siguiente parte dispositiva:



«1.º- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Regina contra la Sentencia dictada, con fecha 2 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 597/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 372/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arona.

»2.º- Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de la entidad Silverpoint Vacations S.L., manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el 4 de julio de 2017, 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.- La demandante, en virtud de los contratos suscritos el 28 de julio de 2003 y el 26 de enero de 2008, adquirió unos certificados de fiducia que concedían el derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutaría por períodos vacacionales en los complejos descritos previo pago del precio.

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

2.- Los contratos tienen el siguiente contenido:

(i) Contrato de 28 de julio de 2003

Complejo Apto-Semana Distribución Día de Oc. Ocupación máxima Primera Ocupación Cuota de Gestión Cuota(s) de RCI

Beberly Hills Club H014-20 ESTUDIO VIE 4 2004 A facturar Auto afiliación

Beberly Hills Club H015-05 ESTUDIO VIE 4 2004 A facturar Auto afiliación

Beberly Hills Club H015-06 ESTUDIO VIE 4 2004 A facturar Auto afiliación

Beberly Hills Club H015-07 ESTUDIO VIE 4 2004 A facturar Auto afiliación

(ii) Contrato de 26 de enero de 2008:

Complejo Apto-Semana Distribución Día de Oc. Ocupación máxima Primera Ocupación Cuota de Gestión Cuota(s) de RCI

Beberly Hills Heights J715-16 ÁTICO VIE 8 2009 A facturar Incluido

3.- La demandante doña Regina formuló demanda el 30 de abril de 2013 y solicita que se declare la nulidad o subsidiaria resolución de los contratos suscritos el 28 de julio de 2003 y el 26 de enero 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 38.753,65 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 20.039,75 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 38,753,65 euros.

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

4.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda, y en su virtud declaró la nulidad de los contratos y sus anexos de 28 de julio de 2003 y de 26 de enero de 2008, así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, y condenó a la demandada a la cantidad de 58.793,40 euros más los intereses legales y las costas correspondientes.

5.- Al motivar su decisión expone los siguientes argumentos:



- (i) La normativa aplicable a los contratos, en atención a sus fechas, es la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico.
- (ii) No existe caducidad de la acción, porque estamos ante un supuesto de nulidad radical o absoluta de los contratos, y en tal caso la acción impugnatoria es imprescriptible y no caduca.
- (iii) La Ley 42/1998 impone un contenido mínimo a los contratos objeto de la misma, muy especialmente el art. 9 de ella.

Pues bien, los contratos se apartan ampliamente del contenido mínimo que con carácter imperativo impone la citada ley o, dicho en otros términos, son muy pocos los requisitos que se cumplen, de entre los recogidos en los arts. 8 y 9 de la Ley 42/1998 .

(iv) Se ha olvidado, en términos generales, el régimen previsto en la Ley 42/1998, y, por ende, los contratos son radicalmente nulos.

(v) La sociedad demandada, transmitente del derecho de aprovechamiento por turnos, ha incumplido en los contratos litigiosos el art. 11 de la Ley 42/1998 , por haber procedido al cobro de cantidades anticipadas. Consecuencia de lo anterior es la obligación que pesa sobre ella de devolverlos por duplicado. En concreto la suma es de 20.039,75 euros.

(vi) En cuanto a los efectos restitutorios por la declaración de nulidad, mantiene que no puede haber enriquecimiento injusto en cuanto a la devolución de las cuotas de mantenimiento, y en virtud de lo dispuesto en el art. 1.7 de la Ley, le deben ser devueltos a la actora cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas.

6.- La mercantil demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, cuyo conocimiento correspondió a la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 2 de marzo de 2015 por la que estimó parcialmente el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia desestimó la demanda, sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

7.- La Audiencia sigue el siguiente razonamiento al motivar su decisión:

(i) No puede atribuirse la condición de consumidora a la actora, en cuanto que, respecto de ambos contratos, la Sra. Regina tuvo la intención de invertir al contratar, según se desprende de lo manifestado por ella en el acto del juicio, para revender los indicados derechos. En ningún caso su finalidad fue la utilización vacacional de los inmuebles, actividad que se contrapone al espíritu y finalidad de la mencionada Ley 42/1998 y de difícil encaje en ella. Tampoco puede considerarse a dicha señora como verdadera y propia consumidora.

(ii) Por remisión a la sentencia 277/2014 dictada por la misma sección , declara que la relación jurídica existente entre las partes, -contrato ciertamente atípico, que no se ajusta a la finalidad ni a la regulación de la Ley 42/1998- así como los efectos y consecuencias para las partes deben ser examinados e interpretados, en atención a las reglas generales del Código Civil para las (iii) No ha sido conveniente ni suficientemente acreditada la concurrencia de los vicios invalidantes del consentimiento.

(iv) La información recibida por la actora en relación a los derechos que adquirió en virtud de los contratos de autos, de fechas 28 de julio de 2003 y 26 de enero de 2008, fue completa, precisa y ajustada a lo realmente adquirido, sin que mostrara su disconformidad con esa información.

(v) No se aprecia el dolo invocado por la actora-apelante, y tampoco se advierte ningún error en la prestación del consentimiento que pudiera invalidar los contratos litigiosos.

8.- La representación procesal de la demandante interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, conforme al art. 477.2.3ª L.E.C .

El recurso se formula con tres motivos:

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 .

La recurrente mantiene que es de aplicación a estos contratos la ley 42/1998, pues es un hecho incontrovertido que se vende derechos de aprovechamiento por turnos en un complejo determinado, en un apartamento determinado para una semana determinada del año, con un número determinado de ocupantes.

La recurrente como fundamento del interés casacional cita la jurisprudencia de la Sala, sobre la aplicabilidad de esta Ley a estos productos, Sentencia de 15 de enero de 2015, Rec. 3190/2012 , de acuerdo con la doctrina de la Sala entiende la recurrente que cualquier fórmula distinta a la contemplada por la ley 42/98, para regular una división temporal del derecho al uso de un bien inmueble fuera de esta alternativa mencionada, deberá ser considerado como un fraude de ley, y el negocio jurídico fraudulento era merecedor de la sanción de nulidad.

Mantiene también la recurrente que el criterio seguido por la sentencia recurrida ha sido contradictorio dentro de la misma Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, lo que ha llevado a en supuestos análogos a conferir la condición de consumidores y usuarios y se ha aplicado la referida Ley, cita numerosas sentencias en este sentido.

En definitiva la recurrente mantiene que la sentencia recurrida infringe el art. 1 de la Ley 42/1998 , y la Disposición Adicional Segunda, preceptos que no condicionan la aplicabilidad de ésta Ley a que los adquirentes sean usuarios finales y/o consumidores y usuarios.

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.

La recurrente mantiene que estos contratos se firmaron para uso y disfrute e inversión de sus ahorros siempre dentro de la esfera privada y doméstica. Es la demandada quien tiene el carácter de profesional, en esta relación jurídica, y quien desarrolla y redacta unilateralmente los contratos pues la actora firmó los contratos para uso, disfrute e inversión de sus ahorros, siempre dentro de la esfera privada.

Se cita la posición que mantiene, la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2015, que es la sentencia recurrida, y las sentencias de 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 , en las que se niega la condición de consumidor pues la intención de los contratantes era mas 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.

La recurrente alega 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 .

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.

La recurrente mantiene que los incumplimientos en los que se funda su pretensión, la consecuencia jurídica no puede ser la resolución contractual con fundamento en el art. 10 de la Ley 42/1998 , como interpreta la sentencia recurrida.

Para la recurrente 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, determinan 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 .

La recurrente alega la doctrina de la Sala, recogida en las sentencias 774/2014 y 775/2014 de 15 de enero de 2015 , que declaran que este tipo de contratos son nulos, en cuanto a la indeterminación de la duración, como por el incumplimiento del art. 9 de la Ley 42/1998 .

La recurrente denuncia que en el presente caso no es que se hay incumplido algún precepto de la Ley, sino que no se ha cumplido prácticamente ninguno.

En todo caso, alegan que se vulnera también el art. 10 de LATBI 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 do 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.

La recurrente mantiene que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la Sala que se cita, y además existe jurisprudencia contradictoria de diversas Audiencias Provinciales, cita numerosas sentencias de diferentes Audiencias Provinciales.



9. - La sala dictó auto el 29 de marzo de 2017 por el que se acordó admitir el recurso de casación y abrir un plazo de veinte días para que la parte recurrida formalizase por escrito su oposición al recurso.

Esta parte presentó escrito de oposición al recurso, pero previamente alegó su inadmisión por no existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales que justifiquen la existencia de interés casacional.

SEGUNDO. - *Decisión sobre admisibilidad.*

Procede su admisibilidad en este momento procesal, confirmando la que de forma provisoria se acordó en el auto de 29 de marzo de 2017.

La parte recurrente ha expresado con claridad el problema jurídico sobre el que existe contradicción respecto de aquellos que constituyen *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

Ha citado sentencias de una sección en que se decide colegiadamente en un sentido y otras, diferentes de la primera, en las que se decide colegiadamente en sentido contrario, figurando en uno de esos grupos la sentencia recurrida.

Pero en el hipotético caso de que se entendiese que ese formalismo no ha sido satisfecho, se ha de traer a colación el Acuerdo sobre criterios de admisión de esta sala, de 27 de enero de 2017, en el que se afirma que «no obstante, no será imprescindible la cita de sentencias con los requisitos indicados cuando, a criterio de la Sala Primera, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema planteado».

Tal constancia es patente por cuanto, decidiendo sobre problemas jurídicos idénticos, y por alegarse la existencia de doctrina contradictoria de audiencias provinciales, ya ha decidido esta sala en la sentencia de Pleno 16/2017, de 16 de enero y en posteriores (SSTS 38/2017, de 20 de enero , 87/2017, de 15 de febrero y 373/2017, de 9 de junio).

TERCERO. - *Decisión de la sala sobre el recurso.*

En atención a lo que acabamos de afirmar, resulta forzoso decidir el presente recurso siguiendo el hilo conductor y la motivación de las sentencias citadas.

En los motivos primero y tercero del recurso se pone de manifiesto la existencia de criterios contradictorios entre distintas audiencias provinciales respecto de la aplicación o no a 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 de los contratos incumple tales disposiciones y tiene como finalidad eludir la aplicación de la norma.

De ser aplicable la Ley 42/1998, teniendo en cuenta la fecha de formalización de los contratos, es preciso examinar su ámbito de aplicación.

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 (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 si 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 tesis de que ambos contratos quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, no la comparte la sala.

La sentencia del Pleno 16/2017, de 16 de enero, afirma que

«[...] 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. »

SEXTO.- Aunque los contratos, en función de lo expuesto, se encontrasen dentro del ámbito de la Ley 42/1998, sin embargo la Audiencia rechaza su aplicación por negarle a la adquirente el concepto de consumidora por las razones que se han recogido en el resumen de antecedentes.

Consecuencia de lo anterior es que no puede exigirse, según la sentencia, que el contrato se ajuste a lo previsto en la Ley 42/1998; por lo que se trataría de contratos sometidos a las normas del Código Civil.

Con tal planteamiento, y por ser la *ratio decidendi* esencial de la sentencia de la Audiencia, es relevante para la decisión del recurso la respuesta que merezca el motivo segundo del mismo.

SÉPTIMO.- *Motivo Segundo*

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). Menciona 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».

OCTAVO.- 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 .»

Con la doctrina sentada por la sala, aquí recogida, no se entiende necesario plantear cuestión prejudicial al TJUE.

NOVENO.- 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.

DÉCIMO.- 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 el supuesto que aquí se contempla, pues la demandante ha tenido a su disposición los aprovechamientos objeto del contrato de 28 de julio de 2003 durante los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y hasta el 30 de abril de 2013, fecha de presentación de la demanda. El aprovechamiento objeto del contrato de 26 de enero de 2008 lo ha tenido a su disposición los años 2009, 2010, 2011, 2012 y hasta el 30 de abril de 2013.



En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrado 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.

UNDÉCIMO.- En aplicación de los arts. 394.1 y 398.1 L.E.C ., no procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

1.- Estimar el recurso interpuesto por la representación procesal de doña Regina contra la sentencia dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, el día 2 de marzo de 2015, dictada en el recurso de apelación n.º 597/2014, dimanantes de los autos de juicio ordinario de nulidad contractual n.º 372/2013, procedentes del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arona. **2.-** Casar la sentencia recurrida y, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de primera instancia, confirmar esta, pero con las deducciones mencionadas en el fundamento de derecho décimo, que se llevarán a cabo en ejecución de sentencia. **3.-** Se condena a la demandada a las costas del recurso de apelación. **4.-** No se impone a la recurrente las costas del recurso de casación, con devolución del depósito constituido 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.