

Roj: **STS 3010/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3010**Id Cendoj: **28079110012017100443**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/07/2017**Nº de Recurso: **2955/2015**Nº de Resolución: **462/2017**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP TF 1695/2015,**
STS 3010/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de Junio de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 120/2015, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1909/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arona; recurso interpuesto ante la citada audiencia por D. Adolfo y Dña. Rebeca, representados por el procurador D. Buenaventura Alfonso González en primera y segunda instancia, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Constantino, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Silverpoint Vacations S.L., representado por el procurador D. Luciano Rosch Nadal, bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Adolfo y Dña. Rebeca, representados por el procurador D. Buenaventura Alfonso González y asistidos de los letrados D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Constantino, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare:

1.- La nulidad radical o subsidiaria de la 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 37.092,00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento y servicio en los años 2004 (Hollywood Mirage) por 505,00 euros, 2005 (Hollywood Mirage) por 507,97 euros, 2006 (Hollywood Mirage) por 530,00 euros, 2007 (Hollywood Mirage) por 559,00 euros, 2008 (Hollywood Mirage) por 587,00 euros, 2009 (Hollywood Mirage) por 616,00 euros, 2004 (Palm Beach Club) por 200 libras esterlinas, 2005 (Palm Beach Holiday Club) por 192,60 libras, 2006 (Palm Beach Holiday Club) por 210,60 libras, 2007 (Palm Beach Holiday Club) por 265,98 libras, 2008 (Palm Beach Holiday Club) por 292,60 libras, 2006 (Palm Beach Holiday Club) por 549,00 libras esterlinas, 2007 (Palm Beach Holiday Club) por 691,92 libras esterlinas, 2008 (Palm Beach Holiday Club) por 761,90 libras esterlinas, 2009 (Palm Beach Holiday Club) por 927,20 libras esterlinas, 2010 (Palm Beach Holiday Club) por 927,20 libras esterlinas, 2011 (Palm Beach Club) por 556,00 libras esterlinas, 2012 (Palm Beach Club) por 556,00 libras esterlinas, 2006 (Hollywood Mirage) por 1.415,00 euros, 2006 (Beverly



Hills Club) por 371,00 euros, 2009 (Palm Beach Holiday Club) por 375,00 libras, 2010 (Palm Beach Holiday Club) por 375,00 libras, 2009 (Beverly Hills Club) por 1.230,00 euros, 2010 (Beverly Hills Club) por 1.094,00 euros, 2011 (Beverly Hills Club) por 876,00 euros y 2012 (Beverly Hills Club) por 876,00 euros (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 64.458,18 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 de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas por razón de los meritados contratos 4.580,00 libras y la obligación de estas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 9.160,00 libras esterlinas (11.517,70 euros).

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, (37.092,00 libras esterlinas) más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicio en los años 2004 (Hollywood Mirage) por 505,00 euros, 2005 (Hollywood Mirage) por 507,97 euros, 2006 (Hollywood Mirage) por 530,00 euros, 2007 (Hollywood Mirage) por 559,00 euros, 2008 (Hollywood Mirage) por 587,00 euros, 2009 (Hollywood Mirage) por 616,00 euros, 2004 (Palm Beach Club) por 200 libras esterlinas, 2005 (Palm Beach Holiday Club) por 192,60 libras, 2006 (Palm Beach Holiday Club) por 210,60 libras, 2007 (Palm Beach Holiday Club) por 265,98 libras, 2008 (Palm Beach Holiday Club) por 292,60 libras, 2006 (Palm Beach Holiday Club) por 549,00 libras esterlinas, 2007 (Palm Beach Holiday Club) por 691,92 libras esterlinas, 2008 (Palm Beach Holiday Club) por 761,90 libras esterlinas, 2009 (Palm Beach Holiday Club) por 927,20 libras esterlinas, 2010 (Palm Beach Holiday Club) por 927,20 libras esterlinas, 2011 (Palm Beach Club) por 556,00 libras esterlinas, 2012 (Palm Beach Club) por 556,00 libras esterlinas, 2006 (Hollywood Mirage) por 1.415,00 euros, 2006 (Beverly Hills Club) por 371,00 euros, 2009 (Palm Beach Holiday Club) por 375,00 libras, 2010 (Palm Beach Holiday Club) por 375,00 libras, 2009 (Beverly Hills Club) por 1.230,00 euros, 2010 (Beverly Hills Club) por 1.094,00 euros, 2011 (Beverly Hills Club) por 876,00 euros y 2012 (Beverly Hills Club) por 876,00 euros, ascendiendo en total -salvo error u omisión- a una suma de 64.458,18 euros, más los intereses legales y con expresa imposición de costas a la parte demandada».

2.- El demandado Silverpoint Vacations S.L. contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Pedro Ledo Crespo y bajo la dirección letrada de D. José Minero Macías, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

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

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arona se dictó sentencia, con fecha 31 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»- Estimar parcialmente la demanda y, por consiguiente:

»1.º) Decretar la nulidad de los contratos suscritos entre las partes de fechas 16 de noviembre de 2003, 6 de febrero de 2005, 14 de febrero de 2005, 12 de diciembre de 2005 y 2 de septiembre de 2008, y de los anexos que tuvieren, con obligación de restitución recíproca de prestaciones entre las partes, debiendo restituir la demandada a los actores las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, más intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda y debiendo los actores abonar a la demandada el precio o valor de las semanas de aprovechamiento disfrutadas que aparecen fijadas en el fundamento de derecho tercero de la presente, recuperando la demandada automáticamente la titularidad de los aprovechamientos semanales objeto de aquellos contratos.

»2.º) Declarar la improcedencia de los pagos anticipados efectuados, quedando la demandada obligada a devolver las cantidades por duplicado.

»- Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y la mitad de las que fueren comunes».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada Silverpoint Vacations S.L., la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 22 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad Silverpoint Vacations S.L. contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia núm. 4 de Arona, en el juicio ordinario seguido



al núm. 1909/12, revocamos dicha resolución, con estimación de la demanda formulada por D. Adolfo y Dña. Rebeca , sin hacer declaración alguna sobre las costas de la instancia y las generadas en esta alzada.

»Procédase a devolver a la recurrente el depósito constituido en su día para apelar».

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

Motivo primero.- «Existe un criterio contradictorio entre la sentencia de la que pretendemos casación y las recientes sentencias de Tribunal Supremo de 28 de abril y de 15 de enero, así como la Audiencia Provincial de Tenerife y, a mayor abundamiento con otras Audiencias Provinciales que a continuación relacionamos al respecto de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (Vigente hasta el 18 de marzo de 2012).

»Aplicabilidad de la Ley 42/1998. Concretamente la disposición adicional 2.ª de la Ley: Imperatividad de la Ley.

»«Segunda. Imperatividad de la Ley. Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración.

»Los contratos que, habiendo sido celebrados en España, se refieran a inmuebles situados fuera de ella quedarán sujetos a los artículos 1.3, 2 y 8 a 12 de la presente Ley. En tales casos el adquirente podrá exigir, además, que el contrato se le entregue redactado en alguna de las lenguas oficiales del Estado en que radique cuando este sea miembro de la Unión Europea. Párrafo final de la disposición adicional 2.ª introducido por el núm. 10 del art. 73 de la Ley 14/2000, 29 de diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 30 diciembre). Vigencia: 1 enero 2001».

»Y art. 1. Ámbito objetivo de la Ley:

»« Artículo 1 Ámbito Objetivo: Es objeto de esta Ley 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. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo».

» Artículo 6.4.º del Código Civil por el que:

»«4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

Motivo segundo.-«Segundo motivo casacional. Consideración de consumidores y usuarios. La sentencia que se trae a casación considera que los actores difícilmente pueden tener la condición de consumidores y usuarios -les priva de dicha condición-, entendiéndose esta parte que existen criterios contradictorios no sólo por lo reconocido por el propio Tribunal Supremo sino por las Audiencias Provinciales.

»Y atendiendo a la Ley General de Defensa de los consumidores y usuarios deben ser considerados consumidores y ello en base a que han disfrutado -cuestión no controvertida, como tampoco lo ha sido la consideración de los Sres. Adolfo Rebeca como consumidores y usuarios- y por el hecho de que no son profesionales del sector -consideración que si tiene la demandada-.

»Esta parte entiende que si el requisito para que no pueda considerarse consumidor y, por ende, usuario final, es el hecho de que en muchas ocasiones se establezca que además del disfrute o, como causa principal de la adquisición, prime el hecho de que lo haya adquirido para obtener un beneficio, se estaría asimismo infringiendo el art. 3 del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el R.D. 1/2007. Así en la exposición de motivos se establecía:

»«El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción comercialización o prestación a terceros».

»Se ha introducido una aclaración de lo que se considera por "destinatario final" al señalar la misma exposición de motivos que la intervención en las relaciones de consumo ha de ser "con fines privados"».



»Y ni siquiera la Sala ha podido establecer la condición de profesional del sector de los Sres. Adolfo Rebeca .

»Por lo tanto, estando reconocido el disfrute y no habiéndose acreditado que los actores tengan la consideración de profesionales del sector, entendemos que, atendiendo a la legislación, deben ser considerados consumidores.

»Incluso la M.I. Audiencia Provincial de Tenerife en sentencia de 4 de abril de 2008 expresa que el art. 3 del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios "puede servir, en su caso, como pauta interpretativa" para la noción de consumidor relativa a contratos concluidos antes de su entrada en vigor.

»Con la nueva noción comunitaria incluida en el art. 3 TRLGDCU el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión».

Motivo tercero.- «Consecuencias jurídicas de realizar un contrato al margen de la Ley 42/1998 de Derechos sobre Aprovechamientos por Turnos.

»Se solicita casación dado que la sentencia que da origen a ésta prevé que, las consecuencias de los incumplimientos legados de la Ley 42/1998 de Aprovechamiento por Turnos no deben tener como consecuencia la nulidad.

»Sin embargo creemos que dicho razonamiento infringe los arts. 1.7 de la Ley imperativa, el art. 10 de la Ley 26/1984 General en Defensa de Consumidores y Usuarios y arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 y 79 del R.D. Legislativo 1/2007 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, así como los artículos 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil .

»Al respecto, existe evidente contradicción, no sólo, respecto a las sentencias dictadas por la propia Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, así como de otras muchas Audiencias Provinciales de nuestro país, sino que, de hecho, contradice el criterio adoptado por las recentísimas sentencias del Tribunal Supremo reseñadas, donde tanto por la indeterminación de la duración del contrato como por el incumplimiento del art. 9 de la Ley se consideraron los contratos análogos a los que nos ocupan nulos. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015 (núm. 431/2015) y SSTs núm. 774/2014 y núm. 775/2014, fecha sentencia 15-01-2015 que entendían de los recursos 640/2011 y 3190/2012 .

»Debemos asimismo significar que esta parte no solicita la nulidad por incumplimiento de los arts. 8 y 9 de la Ley.

»Se solicita la nulidad por incumplimiento de los arts. 1, 2, 8, 9, 10, 11 y 12 y, aunque es verdad que ha desarrollado y pormenorizado los incumplimientos del art. 8 y art. 9 de manera más exhaustiva, ha insistido en que se recalcan éstos para ponerlos en conexión con el art. 10 de la Ley 26/1984 y los arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 y 79 del R.D. Legislativo 1/2007 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aplicable en el momento de la contratación.

»Asimismo, se ha desarrollado en la misma demanda la prohibición del cobro de anticipos recogido en el art. 11 de la Ley 42/1998 , así como la sanción que en el mismo contempla para incidir en las técnicas agresivas de venta y, merme en la capacidad de decisión al obtener un anticipo y peligrar, por ende, su restitución frente a la sosegada reflexión que tanto la Directiva como la »Trasposición de la Ley buscaban otorgar a los compradores.

Se denunciaba asimismo durante la Litis que nuestros patrocinados no eran informados de las facultades de resolución ni desistimiento contemplado en el art. 10 y, sobre las que además debieron de tener la transcripción literal del meritado artículo, en conjunción con las transcripciones literales del art. 10, 11 y 12.

»Tampoco constan en los contratos la duración de los mismos, infringiendo con ello el art. 3 de la ley, siendo la misma indeterminada, indefinida, siendo vinculante para las partes y para sus herederos, representantes legales, sucesores y asignados (tal y como se establece en el dorso de los contratos)».

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 19 de abril de 2017 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de Silverpoint Vacations S.L., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 11 de julio de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

Los demandantes, en virtud de los contratos suscritos el 16 de noviembre de 2003, 6 de febrero de 2005, 14 de febrero de 2005, 12 de diciembre de 2005 y 2 de septiembre de 2008, adquirirían un certificado «certificado de Fiducia» por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por periodos vacacionales en un complejo Beverly Hills Club, 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 de los contratos de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

Los demandantes Dña. Rebeca y D. Adolfo formularon demanda el 13 de noviembre de 2012, solicitando que se declarara:

1. La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes, así como sus anexos con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos más las cuotas de mantenimiento, que ascienden a la cantidad de 64.458,18 euros.
2. La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y que se condene a devolver las cantidades por duplicado, por importe de 11.517,70 euros.
3. Subsidiariamente que se declare la nulidad por abusiva y no haber sido negociada de forma individualizada, las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información, y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, por importe de 64.458,18 euros.

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

La sentencia de primera instancia, concluyó que:

1. Estos contratos se rigen por la Ley 42/1998.
2. No se da en ninguno de los contratos el cumplimiento del contenido mínimo.
3. Los contratos son nulos.
4. Ha quedado probado el pago del anticipo del precio, lo que determina la obligación de devolverlos por duplicado.
5. La nulidad radical implica la restitución mutua o recíproca de las prestaciones, la demandada debe devolver las cantidades recibidas por razón de los contratos suscritos lo que incluye las cuotas de mantenimiento, y los actores deben restituir el valor económico de las estancias que ha quedado probado que han disfrutado.

La sentencia de primera instancia, declaró:

1. La nulidad de los contratos y de los anexos, con obligación de restitución recíproca de prestaciones.
2. La improcedencia de los pagos anticipados efectuados quedando la demandada obligada a devolver la cantidad por duplicado.
3. Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y la mitad de las que fueren comunes.

Se interpuso recurso de apelación por la mercantil demandada Silverpoint Vacations, S.L. y la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 22 de junio de 2015, estimó en parte el recurso, revocó la sentencia impugnada y desestimó la demanda formulada por D. Adolfo y Dña. Rebeca, sin hacer declaración alguna sobre las costas de la instancia y las generadas en esta alzada.

La sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluyó que:

1. Los actores no tienen la condición de consumidores pues adquirirían las semanas para revenderlas o alquilarlas y obtener beneficios.
2. La suscripción de varios contratos desde el año 2003 hasta el año 2012, pone de manifiesto que conocían su contenido y consecuencias.
3. No se aprecia la causa de nulidad, ni tampoco de resolución pues los incumplimientos que se alegan no tienen la entidad suficiente para producir ese efecto.

Se interpuso recurso de casación por los demandantes Dña. Rebeca y D. Adolfo. El recurso tiene 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. 6.4.º CC.



El 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.

Como fundamento del interés casacional cita la jurisprudencia sobre la aplicabilidad de esta Ley a estos productos, sentencias n.º 774/2014, de 15 de enero rec. 961/2013, sentencia n.º 775/2015 de 15 de enero de 2014, rec. n.º 3190/2012 y sentencia n.º 776//2014 de 28 de abril 2015, rec. n.º 2764/2012.

Que fijan como doctrina, que cualquier fórmula distinta a la contemplada por la Ley 42/1998, para regular una división temporal del derecho al uso de un bien inmueble, fuera de la alternativa que contempla esta ley, deberá ser considerada cometida en fraude de ley y además el negocio jurídico fraudulento era merecedor de la sanción de nulidad, del art. 1.7 de la mencionada ley.

Mantiene también 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 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, denuncia 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. 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.

El recurrente alega que estos contratos fueron realizados dentro del ámbito familiar y doméstico o privado, y en la nueva noción comunitaria incluida en el art. 3 TRLGDCU, el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión.

El recurrente denuncia 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.

Se citaron como sentencias que mantienen la misma posición que la sentencia recurrida, la sentencia de la sección 4.ª de 22 de junio de 2015, y las sentencias de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de marzo de 2015, y sentencias de 9 de abril de 2015, en las 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 la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 20 de enero de 2015, les consideraba consumidores a pesar de haber suscrito contratos de reventa.

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

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.

El 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 el 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.

El 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.

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



En todo caso, alega 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. Cita en este sentido 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.

El recurrente mantiene que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala que se recoge en las sentencias de enero de 2015, citadas y además existe jurisprudencia contradictoria de diversas Audiencias Provinciales, cita numerosas sentencias de diferentes Audiencias Provinciales.

Se cita la sentencia n.º 431/2015 de 16 de julio de 2015 , que establece que la aplicación de la Ley 42/1998 es imperativa a todos los productos que tengan por objeto el disfrute de un período de tiempo cada año, decretando la nulidad por la duración indefinida de los contratos.

SEGUNDO .- *Causas de inadmisibilidad.*

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

TERCERO .- *Contrato* .

Las partes firmaron los siguientes contratos:

- Primero contrato de fecha 13 de mayo de 2003: una semana en el Hollywood Mirage Club (la semana 5 del apartamento NUM000 , de dos habitaciones y con capacidad para seis personas), y otra semana en el Palm Beach Club (la semana 26 del apartamento NUM001 , estudio con capacidad para cuatro personas).
- Segundo contrato, de fecha 16 de noviembre de 2003: una semana en el Palm Beach Club (la semana 26 del apartamento NUM001 , estudio con capacidad para cuatro personas).
- Tercer contrato, de fecha 6 de febrero de 2005: dos semanas en el Palm Beach Holiday Club (la semana 39 del apartamento NUM002 y la semana 38 del apartamento NUM003 , ambos apartamentos de dos habitaciones con capacidad para seis personas).
- Cuarto contrato de fecha 14 de febrero de 2005: cuatro semanas, una en el Beverly Hills Club (la semana 47 del apartamento NUM004) y tres semanas en el Hollywood Mirage Club (la semana 20 del apartamento NUM005 , la semana 11 del apartamento NUM006 y la semana 34 del apartamento NUM007), todos con capacidad para cuatro y seis personas.
- Quinto contrato de fecha 12 de diciembre de 2005: una semana en el Hollywood Mirage Club (la semana 2 del apartamento NUM008 , apartamento de tres habitaciones con capacidad para ocho personas).
- Sexto contrato de 2 de septiembre de 2008: dos semanas en el Beverly Hills Club (las semanas 32 y la semana 33 del apartamento NUM009 , apartamento de dos habitaciones con capacidad para seis personas) y una semana Palm Beach Holiday Club (la semana 19 del apartamento NUM010 , estudio con capacidad para cuatro personas).

En cualquier caso, es necesario puntualizar el contrato de fecha 13 de mayo de 2003 se encontraba extinguido a la fecha de presentación de la demanda, tal y como refleja la sentencia de primera instancia (pronunciamiento no recurrido).

Se establecieron depósitos o pagos anticipados.

Se concretaron los apartamentos y el número de semana que correspondía.

En estos contratos se recogía la mención de *timeshare* (tiempo compartido).

No se determinaba el tiempo de duración del contrato.

CUARTO .- *Motivos uno a tres.*

Motivo primero.- «Existe un criterio contradictorio entre la sentencia de la que pretendemos casación y las recientes sentencias de Tribunal Supremo de 28 de abril y de 15 de enero, así como la Audiencia Provincial de Tenerife y, a mayor abundamiento con otras Audiencias Provinciales que a continuación relacionamos al respecto de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (Vigente hasta el 18 de marzo de 2012).

»Aplicabilidad de la Ley 42/1998. Concretamente la disposición adicional 2.ª de la Ley: Imperatividad de la Ley.

»«Segunda. Imperatividad de la Ley. Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración.

»Los contratos que, habiendo sido celebrados en España, se refieran a inmuebles situados fuera de ella quedarán sujetos a los artículos 1.3, 2 y 8 a 12 de la presente Ley. En tales casos el adquirente podrá exigir, además, que el contrato se le entregue redactado en alguna de las lenguas oficiales del Estado en que radique cuando este sea miembro de la Unión Europea. Párrafo final de la disposición adicional 2.ª introducido por el núm. 10 del art. 73 de la Ley 14/2000, 29 de diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 30 diciembre). Vigencia: 1 enero 2001».

»Y art. 1. Ámbito objetivo de la Ley:

»« Artículo 1 Ámbito Objetivo: Es objeto de esta Ley 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. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo».

» Artículo 6.4.º del Código Civil por el que:

»«4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

Motivo segundo.-«Segundo motivo casacional. Consideración de consumidores y usuarios. La sentencia que se trae a casación considera que los actores difícilmente pueden tener la condición de consumidores y usuarios -les priva de dicha condición-, entendiendo esta parte que existen criterios contradictorios no sólo por lo reconocido por el propio Tribunal Supremo sino por las Audiencias Provinciales.

»Y atendiendo a la Ley General de Defensa de los consumidores y usuarios deben ser considerados consumidores y ello en base a que han disfrutado -cuestión no controvertida, como tampoco lo ha sido la consideración de los Sres. Adolfo Rebeca como consumidores y usuarios- y por el hecho de que no son profesionales del sector -consideración que si tiene la demandada-.

»Esta parte entiende que si el requisito para que no pueda considerarse consumidor y, por ende, usuario final, es el hecho de que en muchas ocasiones se establezca que además del disfrute o, como causa principal de la adquisición, prime el hecho de que lo haya adquirido para obtener un beneficio, se estaría asimismo infringiendo el art. 3 del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el R.D. 1/2007. Así en la exposición de motivos se establecía:

»«El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción comercialización o prestación a terceros».

»Se ha introducido una aclaración de lo que se considera por "destinatario final" al señalar la misma exposición de motivos que la intervención en las relaciones de consumo ha de ser "con fines privados"».

»Y ni siquiera la Sala ha podido establecer la condición de profesional del sector de los Sres. Adolfo Rebeca .

»Por lo tanto, estando reconocido el disfrute y no habiéndose acreditado que los actores tengan la consideración de profesionales del sector, entendemos que, atendiendo a la legislación, deben ser considerados consumidores.

»Incluso la M.I. Audiencia Provincial de Tenerife en sentencia de 4 de abril de 2008 expresa que el art. 3 del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios "puede servir, en su caso, como pauta interpretativa" para la noción de consumidor relativa a contratos concluidos antes de su entrada en vigor.

»Con la nueva noción comunitaria incluida en el art. 3 TRLGDCU el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión».



Motivo tercero.- «Consecuencias jurídicas de realizar un contrato al margen de la Ley 42/1998 de Derechos sobre Aprovechamientos por Turnos.

»Se solicita casación dado que la sentencia que da origen a ésta prevé que, las consecuencias de los incumplimientos legados de la Ley 42/1998 de Aprovechamiento por Turnos no deben tener como consecuencia la nulidad.

»Sin embargo creemos que dicho razonamiento infringe los arts. 1.7 de la Ley imperativa, el art. 10 de la Ley 26/1984 General en Defensa de Consumidores y Usuarios y arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 y 79 del R.D. Legislativo 1/2007 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, así como los artículos 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil .

»Al respecto, existe evidente contradicción, no sólo, respecto a las sentencias dictadas por la propia Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, así como de otras muchas Audiencias Provinciales de nuestro país, sino que, de hecho, contradice el criterio adoptado por las recentísimas sentencias del Tribunal Supremo reseñadas, donde tanto por la indeterminación de la duración del contrato como por el incumplimiento del art. 9 de la Ley se consideraron los contratos análogos a los que nos ocupan nulos. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015 (núm. 431/2015) y SSTs núm. 774/2014 y núm. 775/2014, fecha sentencia 15-01-2015 que entendían de los recursos 640/2011 y 3190/2012 .

»Debemos asimismo significar que esta parte no solicita la nulidad por incumplimiento de los arts. 8 y 9 de la Ley.

»Se solicita la nulidad por incumplimiento de los arts. 1, 2, 8, 9, 10, 11 y 12 y, aunque es verdad que ha desarrollado y pormenorizado los incumplimientos del art. 8 y art. 9 de manera más exhaustiva, ha insistido en que se recalcan éstos para ponerlos en conexión con el art. 10 de la Ley 26/1984 y los arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 y 79 del R.D. Legislativo 1/2007 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aplicable en el momento de la contratación.

»Asimismo, se ha desarrollado en la misma demanda la prohibición del cobro de anticipos recogido en el art. 11 de la Ley 42/1998 , así como la sanción que en el mismo contempla para incidir en las técnicas agresivas de venta y, merme en la capacidad de decisión al obtener un anticipo y peligrar, por ende, su restitución frente a la sosegada reflexión que tanto la Directiva como la »Trasposición de la Ley buscaban otorgar a los compradores.

Se denunciaba asimismo durante la Litis que nuestros patrocinados no eran informados de las facultades de resolución ni desistimiento contemplado en el art. 10 y, sobre las que además debieron de tener la trascripción literal del meritado artículo, en conjunción con las transcripciones literales del art. 10, 11 y 12.

»Tampoco constan en los contratos la duración de los mismos, infringiendo con ello el art. 3 de la ley, siendo la misma indeterminada, indefinida, siendo vinculante para las partes y para sus herederos, representantes legales, sucesores y asignados (tal y como se establece en el dorso de los contratos)».

QUINTO .- *Decisión de la Sala. Régimen jurídico* .

Se estiman los motivos.

En el régimen jurídico que regula el aprovechamiento por turno, y haciendo una breve reseña histórica de su regulación debemos citar:

1. La Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguló en España, por primera vez, el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, también conocido con la expresión más breve -aunque inexacta y prohibida- de multipropiedad.

Antes de la promulgación de la Ley 42/1998 se había aprobado por las instituciones de la entonces Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, la Directiva 94/47/CE, que, con la finalidad de acabar con los fraudes y abusos que se daban en ese sector, obligaba a los legisladores nacionales a dictar determinadas normas protectoras de los adquirentes de este tipo de derechos sobre inmuebles. La Ley 42/1998 no se limitó a la transposición estricta de la Directiva, sino que procuró dotar a la institución de una regulación completa, más amplia de la exigida por aquélla.

El objeto de Ley, según indica su art. 1, es la regulación de la constitución , ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera



integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios.

Entre las cuestiones que suscita el derecho de aprovechamiento por turno se encuentran las referidas a la configuración jurídica del derecho y a la protección del adquirente en la celebración del contrato.

En lo que respecta a la configuración jurídica del derecho, la cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola. Según indica su preámbulo, la Ley 42/1998 «ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo, sin embargo, la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica».

El derecho de aprovechamiento por turno es, por naturaleza, temporal. Así se desprende del art. 3 de la Ley, al establecer que: «1. La duración del régimen será de tres a cincuenta años, a contar desde la fecha de inscripción del régimen jurídico o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción.

»2 . Extinguido el régimen por transcurso del plazo de duración, los titulares no tendrán derecho a compensación alguna».

La indicación de la fecha en que el régimen de aprovechamiento por turno se extinguirá es uno de los extremos que configuran el contenido mínimo del contrato de transmisión de derechos de aprovechamiento por turno (art. 9.1. 2.º y 10.º de la Ley).

En lo que respecta a la protección del adquirente en la celebración del contrato, la ley regula de forma detallada las cuestiones referidas al documento informativo -art. 8-, el contenido del contrato -art. 9-, el desistimiento y la resolución *ad nutum* y la resolución-sanción -art. 10-, la prohibición del pago de anticipos -art. 11- y la resolución de préstamos vinculados -art. 12-.

2. Ley 4/2012, de 6 de julio.

La nueva Directiva 2008/122/CE, deroga la anterior, y tiene como fundamento la aparición de nuevos productos vacacionales; asimismo, completa lagunas, amplía la armonización de los ordenamientos internos de los Estados, refuerza la información al consumidor, regula con mayor precisión los plazos de ejercicio del derecho de desistimiento, insiste y amplía la prohibición de pago de anticipos durante el plazo de ejercicio de tal derecho, y determina la ineficacia de determinados préstamos de financiación para el caso de desistimiento.

Su incorporación al ordenamiento jurídico español se ha producido con la actual regulación de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

En esta nueva norma se ha optado por elaborar un texto unificado, que comprenda tanto la transposición de la Directiva 2008/122/CE, en el título I, como la incorporación de la Ley 42/1998, en los títulos II y III, con las adaptaciones que requiere dicha Directiva.

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

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

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

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



Dado que el contrato analizado se formaliza en 2008, es indudable que será la Ley 42/1998 la aplicable al caso.

SEXTO .- *Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998* .

El ámbito objetivo de esta ley es la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio, así como el derecho a la prestación de los servicios complementarios. Este derecho podrá constituirse como derecho real limitado o como un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas (art. 1).

Se contempla también dentro del ámbito objetivo de estos contratos, con carácter general, que el contrato en virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos (art. 1.7).

La propia exposición de motivos de la ley en su apartado II establece:

«El ámbito de aplicación restrictivo ha aconsejado establecer una norma para determinar el régimen de los derechos de aprovechamiento por turno o similares a éstos que se constituyan sin ajustarse a la Ley, pues aunque es evidente que se trataría de supuestos de fraude de ley y deberán, en consecuencia, someterse a la solución del artículo 6.4 del Código Civil, ésta no parece por sí sola norma suficiente para evitar que, de hecho, el fraude de ley se produzca en la práctica».

Por tanto, del tenor de la ley debe entenderse que la misma regula no solo los derechos de aprovechamiento por turno *stricto sensu* sino también los «similares», es decir, cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año (art. 1.7 de la ley).

La propia ley establece la nulidad de pleno derecho para aquellas fórmulas que en los casos referidos en el párrafo anterior se construyan al margen de la ley y ello para evitar el fraude legal.

SÉPTIMO .- *Contratos analizados*.

Examinados los contratos, se puede apreciar que en nada respetan los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la ley establece en su art. 9. Se exigen anticipos que el contrato denomina «depósito». Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley, estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma.

Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley».

Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en el contrato no se transcriben los arts. 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998, ni menciona, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (art. 9.1.6.º), por lo que el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato.

OCTAVO .- *Régimen jurídico del contrato*.

En este contrato se refiere:

1. Carta de asociación al club de vacaciones.
2. Un programa de intercambio.
3. Cuota de gestión anual.
5. Pago anticipado.

En la sentencia recurrida se declara que estos contratos no se refieren a un contrato de aprovechamiento por turno sino a un producto vacacional (membresía), completamente distinto, que la Ley 42/1998 no recoge ni menciona y que sí regula la Ley 4/2012 que por su ámbito temporal no es aplicable a estos contratos.

Esta sala debe declarar que si bien es cierto que la Ley 42/1998 no regulaba expresamente los contratos de producto vacacional, ello no significa que quedasen al margen de la regulación del fenómeno, pues como dijimos regulaba los aprovechamientos por turno o «similares».



Es decir, la Ley 42/1998 conoecedora de las posibilidades de fraude (art.1.7) se preocupó de ampliar su cobertura a:

«El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos».

Precisamente por ese intento de fraude que intentaba eludir la aplicación de la mencionada directiva de 1994 y de la Ley 42/1998, se regulan en los arts. 12 y siguientes de la Ley 4/2012 los contratos de producto vacacional de larga duración, sometiéndolos a estrictos requisitos y a diversos formularios.

La nueva Directiva 2008/122/CE recoge en sus considerandos iniciales:

«Además, la experiencia adquirida en la aplicación de la Directiva 94/47/CE ha demostrado que algunos aspectos que ya estaban cubiertos necesitan una actualización o una precisión para impedir que se creen productos con la finalidad de eludir las disposiciones de la presente Directiva».

Pero el acuerdo armonizador que efectúa la Directiva 2008/122, ampliando la regulación a los productos vacacionales, para evitar el fraude, ya se había anticipado en nuestra Ley 42/1998, pues dado que las directivas comunitarias son normas de mínimos nuestro legislador creó una regulación sistemática y amplia del aprovechamiento por turno.

En este sentido declara la exposición de motivos de la Ley 42/1998 que:

«Al final, la propia Unión Europea llegó al convencimiento de que el problema no estaba tanto en una teórica insuficiencia legislativa como en el hecho de tratarse de un sector donde el consumidor está especialmente desprotegido, de modo que lo procedente era la elaboración de una Directiva que estableciera una normativa de carácter excepcional y que limitara, en este ámbito, la autonomía de la voluntad hasta donde fuera aconsejable...

»La cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola, dejando fuera de la ley a las demás. Se ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo sin embargo la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica.

»La Ley, por otra parte, no se limita a la transposición estricta de la Directiva, sino que procura dotar a la institución de una regulación completa. Así determina la posibilidad de constituir un derecho de naturaleza real, por el que se adquiere la facultad de disfrutar de un inmueble durante un período determinado del año; regula cómo se constituye sobre un inmueble el régimen jurídico del aprovechamiento por turno y dispone cómo han de ejercitarse en España los derechos de desistimiento y resolución que establece la Directiva europea.

»No es la primera vez que un texto comunitario es origen de una regulación interna más amplia de la exigida por aquél y, más aún, tratándose de Directivas que establecen unas garantías mínimas de protección».

A la vista de lo declarado debemos mantener que en los contratos analizados, se pretende el uso periódico de unas semanas de vacaciones, en los turnos previamente adquiridos, en alojamientos susceptibles de uso independiente, con mobiliario y prestación de servicios accesorios, con pago de una notable cantidad por la compra del derecho y con gastos de mantenimiento anuales, con posibilidad de desistimiento, reventa, intercambio, en suma, estos contratos quedan integrados en el ámbito objetivo de regulación del art. 1 de la Ley 42/1998 .

Examinados los contratos se puede apreciar que en nada respetan los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la ley establece en su art. 9 . Se exigen anticipos, en un caso, que el contrato denomina «depósito» y no se fija plazo de duración del contrato. Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley, estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma.

Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley».

Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en el contrato no se transcriben los arts. 10 , 11 y 12 de la Ley 42/1998 , ni menciona, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (art. 9.1.6.º), por lo que el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto *Schulte*), sobre un contrato de inversión.

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

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

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

Desde este punto de vista, no consta que los Sres. Adolfo Rebeca 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. El hecho de que se contrataran once semanas, solo supone la decisión de invertir en dicho producto, pero no que se dedicasen profesionalmente a su compra y venta.

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

DUODÉCIMO .- *Cantidades a devolver.*

En la sentencia del juzgado se declara la obligación de devolver por parte de la demandada la cantidades abonadas, incluidos los gastos de mantenimiento y excluidas las dos semanas efectivamente disfrutadas.

Es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante la interpretación de dicha norma y su aplicación al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del artículo 3 CC en el sentido de que dicha interpretación se ha de hacer atendiendo fundamentalmente a su «espíritu y finalidad». En el caso del citado artículo 1.7 se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato -normalmente de adhesión- que no cumple con las prescripciones legales, pero no ha sucedido así en el presente supuesto en el cual, los demandantes han podido disfrutar durante algunos años de los alojamientos que el contrato les ofrecía, por lo que el reintegro de cantidades satisfechas no ha de ser total sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años.

En consecuencia, de la cantidad satisfecha (excluido en anticipo duplicado) habrá de ser reintegrada por la demandada, la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la ley, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, acogiéndose así los pedimentos del «suplico» de la demanda en cuanto a los contratos de que se trata sin necesidad de entrar en la consideración de las pretensiones formuladas con carácter subsidiario.

Dado que se trata de diferentes contratos, se calcularán los años de uso, partiendo de la fecha de primera ocupación que figura en cada contrato, hasta la fecha de la interposición de la demanda, todo ello en ejecución de sentencia.

Igualmente deberá abonar la demandada 11.517,70 libras esterlinas en concepto de anticipo duplicado, que tiene un régimen de devolución diferente, en cuanto amparado en norma sancionadora que no permite moderación.

No procede condena a la devolución de los gastos de mantenimiento dado que los demandantes tuvieron a su disposición los referidos inmuebles para usarlos.



DECIMOTERCERO .- No ha lugar a plantear cuestión prejudicial, dada la claridad del desarrollo jurisprudencial del concepto de consumidor por el TJUE, en cuanto que en el presente caso los demandantes actúan al margen de una actividad profesional (STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

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

Estimada parcialmente la demanda no se imponen al demandado las costas de la primera instancia y sin expresa imposición en las de apelación a la demandada, al estimarse parcialmente el recurso.

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

esta sala ha decidido

1.º- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Adolfo y Dña. Rebeca , contra sentencia de 22 de junio de 2015, dictada en el recurso de apelación núm. 120/2015, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife . **2.º**- Casar la sentencia recurrida, dictando otra en su lugar por la que se mantiene la declaración de nulidad contractual efectuada en la sentencia de 31 de julio de 2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arona (PO 1909/2012), condenando a la demandada a: a) De la cantidad satisfecha (excluido en anticipo duplicado) habrá de ser reintegrada por la demandada, la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la ley. b) Se calcularán los años de uso, partiendo de la fecha de primera ocupación que figura en cada contrato, hasta la fecha de la interposición de la demanda, todo ello en ejecución de sentencia. c) Igualmente deberá abonar la demandada 11.517,70 libras en concepto de anticipo duplicado. d) Intereses legales desde la interposición de la demanda. **3.º**- No se imponen a la demandada las costas de la primera instancia. No se imponen a la demandada las costas de la apelación. No procede expresa imposición de las costas de la casación. Se acuerda la devolución del depósito para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de sala.

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

Así se acuerda y firma.