



Roj: **STS 4060/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4060**

Id Cendoj: **28079110012017100577**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/2017**

Nº de Recurso: **840/2016**

Nº de Resolución: **612/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2517/2015,**
STS 4060/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 15 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Eulogio y D.^a Casilda , representados por el procurador D. Ludovico Moreno Martín Rico bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Oscar Salvador Santana González, contra la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2015 por la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación n.º 277/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 552/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona, sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida la mercantil Silverpoint Vacacions S.L., representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal y bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- D. Eulogio y D.^a Casilda , interpusieron demanda de juicio ordinario contra la mercantil Silverpoint Vacations y frente a Resort Properties Limited en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare:

«1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución, de los contratos suscritos por las partes el 29 de septiembre de 1991, 22 de marzo de 2009 y 20 de marzo de 2010 así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, 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 52.139,00 libras esterlinas, 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 de 1991 y 2009. Esto es 5.401,00 Libras y la obligación de éstas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 10.802,00 libras esterlinas.

»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 (49.064 libras esterlinas abonadas en concepto de los contratos firmados en 2009 y 2010) con expresa imposición de costas a las partes demandadas».



2.- La demanda fue presentada el 20 de febrero de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona y fue registrada con el n.º 552/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- Silverpoint Vacacions S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

Mediante Decreto de 9 de noviembre de 2012 se tuvo por desistidos a los demandantes respecto a la mercantil Resort Properties Limited con el sobreseimiento del proceso respecto de la citada mercantil y la continuación de las actuaciones frente a Silverpoint Vacacions S.L..

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona dictó sentencia de fecha 18 de diciembre de 2014 , con el siguiente fallo:

«Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Eulogio y D.ª Casilda representados por el procurador D. Buenaventura Alfonso González y defendidos por el letrado D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Oscar S. Santana contra la entidad Silverpoint Vacacions representada por el procurador D. Pedro Ledo Crespo y defendida por el letrado D.ª Cristina Rodríguez Soler y D.ª Patricia Aguilar Molina todo ello, con la expresa condena al demandante al pago de las costas procesales».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Eulogio y D.ª Casilda e impugnada por Silverpoint Vacacions S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el n.º de rollo 277/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 23 de noviembre de 2015 , cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: Se desestima el recurso de apelación formulado por la representación de D. Eulogio y D.ª Casilda .

»Se desestima la impugnación de la sentencia formulado por la entidad Silverpoint Vacacions SL.

»Se confirma la sentencia recurrida, excepto en la imposición de costas que la misma contiene que se deja sin efecto.

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

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

1.- D. Eulogio y D.ª Casilda , interpusieron recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

Primero: Infracción del art. 1 Ley 42/1998 , y art. 6.4 CC .

Segundo: Infracción del art. 3 del TRLGDCU.

Tercero: Infracción del art. 1.7 Ley 42/1998 en relación con los arts. 1 , 2 , 3 , 8 , 9 , 10 y 11 de la referida Ley , y en relación con los arts. 1261 , 1265 y 6.3 CC ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 12 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Casilda y D. Eulogio contra la sentencia dictada, con fecha 23 de noviembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 277/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 552/2012 del Juzgado de Primera n.º 4 de Arona».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito en el que se plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 18 de octubre de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 8 de noviembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. - Los demandantes, sres. Eulogio Casilda , en virtud de un contrato suscrito el 29 de septiembre de 1991 adquirieron un certificado vacacional correspondiente a un apartamento de un complejo por un importe de 8.179 libras, de las que pagaron en el acto 4.400 libras con una tarjeta. El 22 de marzo de 2009 celebraron un nuevo contrato por el que adquirieron un certificado vacacional correspondiente a ocho semanas en varios apartamentos de unos complejos; se preveía que la fecha de ocupación sería 2011; como parte del precio entregaron las semanas del primer contrato y además pagaron 25.000 libras, de las que abonaron en el acto 1.000 que les serían devueltas al contratar la financiación del precio del contrato. El 20 de marzo de 2010 celebran un nuevo contrato por el que adquieren un certificado vacacional correspondiente a tres semanas en varios apartamentos de unos complejos; abonaron la cantidad de 24.064 euros y además, como parte del precio, aportaron las semanas del segundo contrato, cuyo valor Silverpoint cifra en la suma de las 8.179 libras pagadas a la firma del primer contrato y en las 25.000 libras pagadas a la firma del segundo contrato. Se preveía que la fecha de ocupación sería 2011.

Suscribieron también un contrato de inclusión en una lista de reventa.

Consta que han disfrutado personalmente de la ocupación de algunos apartamentos y que han cobrado algunas cantidades por la cesión a terceros de sus derechos.

Los demandantes interponen demanda el 20 de febrero de 2012 en la que solicitan que se declare la nulidad de los contratos y se condene a la restitución de las cantidades pagadas y a la devolución duplicada de las cantidades anticipadas.

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

2.- La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda. Descarta 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: al contrato de 1991 porque se celebró antes de la promulgación de la ley; descarta que la adhesión a un club, que da derecho a un sistema de reservas para disfrutar de vacaciones en el lugar que se escoja no está incluido en la citada ley, y ese era uno de los objetos del contrato de 2010; también porque los actores admiten que los celebraron para recuperar el dinero del primero y negociar con las semanas que adquirirían, lo que excluye que sean **consumidores** y con ello la protección que dispensa la ley. Por lo que se refiere a la acción subsidiaria de error se descarta que lo hubiera porque además de que no ha quedado demostrado resulta poco creíble que siguieran padeciendo error al celebrar los segundos contratos cuando ellos mismos reconocen que lo hicieron para "desproverse" del primer contrato de 1991 que les resultaba poco rentable.

Se interpone recurso de apelación por los demandantes y la demandada apelada impugna la sentencia reiterando su falta de legitimación pasiva, que ya alegó en primera instancia.

La Audiencia Provincial desestima tanto el recuso formulado por los demandantes como la impugnación formulada por la entidad demandada "Silverpoint Vacations S.L". La Audiencia coincide con las conclusiones de las sentencia de primera instancia y basa su desestimación de la demanda en los siguientes razonamientos: i) De acuerdo con la doctrina de la propia Audiencia, las denominadas membresías son producto vacacional que no está incluido en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. ii) Los actores no pueden ser considerados como **consumidores**, dado que la finalidad de la contratación era obtener rentabilidad, por lo que no resulta de aplicación dicha normativa. iii) Los contratos están sometidos a las normas generales del Derecho de obligaciones del Código Civil, y concurren los requisitos del art. 1261 CC y difícilmente puede apreciarse el error; no cabe apreciar la nulidad de un contrato cuando la acción es ejercitada veinte años después de la celebración del primer contrato y tras la suscripción de sucesivos contratos con la demandada, lo que hace difícil que mediara el error alegado.

SEGUNDO.- Los demandantes interponen recurso de casación.

1.- El recurso se funda en tres motivos.

a) El primero denuncia 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 .

Los recurrentes alegan que es de aplicación a estos contratos la Ley 42/1998, y que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en cuanto a la aplicación de esta Ley. Mantienen 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. Además alegan que la sentencia recurrida se opone a lo resuelto por la sala en sentencia de 16 de julio de 2015, rec. 431/2015, que establece que es imperativa la aplicación de la Ley 42/1998 a todos los productos que tengan por objeto el disfrute de un período de tiempo cada año. Igualmente citan la sentencia de esta sala n.º 774/2014, de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013, sentencia n.º 775/2014, de 15 de enero de 2015, rec. n.º 3190/2012.

b) El segundo denuncia infracción del art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los **consumidores** y usuarios. Los recurrentes alegan que estos contratos fueron realizados dentro del ámbito familiar y doméstico o privado y que en la nueva noción comunitaria incluida en el art. 3 TRLGDCU, el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión. Los recurrentes denuncian que la doctrina seguida por la sentencia recurrida es contraria a la fijada por esta sala, que ha atribuido 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 (sentencias de 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010).

Se citan como sentencias que mantienen la misma posición que la sentencia recurrida, las sentencias de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de marzo de 2015 y de 25 de julio de 2014, en las que se niega la condición de **consumidor** con el argumento de que 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 11 de septiembre de 2014, consideraba **consumidores** a los demandantes a pesar de haber suscrito contratos de reventa. Añade que 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, sentencias de la Audiencia Provincial de la Rioja, de 20 febrero de 2013, y 11 de enero de 2013, entre otras).

c) El tercer motivo denuncia infracción del art. 1.7 Ley 42/1998, en relación con los arts. 1, 2, 3, 8, 9, 10 y 11 de la referida Ley, y en relación con los arts. 1261, 1265 y 6.3 CC. Sostienen los recurrentes que los incumplimientos de la demandada en cuanto a la falta de información básica, contenido de los contratos, prohibición de anticipos y la falta de fijación del límite temporal de los contratos, determinan la nulidad de pleno derecho por aplicación del art. 1.7 de la Ley 42/1998, precepto que prevé la sanción directa de la nulidad al margen del art. 6.4 CC.

Los recurrentes alegan la doctrina de la sala, recogida en las sentencias 774/2014 y 775/2014, de 15 de enero de 2015, conforme a la cual estos contratos son nulos por falta de determinación de la duración.

Denuncian que no se cumple la exigencia de contenido mínimo de la Ley 42/1998 conforme a su art. 9 y 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, alegan que se vulnera también el art. 10 la de Ley 42/1998 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 este sentido la doctrina de la sala recogida en las sentencias de 11 de julio de 2007, 26 de marzo de 2009, 5 de marzo de 2010 y 28 de septiembre de 2011, pues el dolo abarca no solo la maquinación directa, sino también por omisión siempre que exista un deber de informar sobre los hechos o circunstancias influyentes, doctrina que debe aplicarse cuando ese deber de información viene impuesto de forma expresa por la Ley.

Los recurrentes mantienen que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala que se recoge en las sentencias de enero de 2015 citadas y que además existe jurisprudencia contradictoria de diversas Audiencias Provinciales, de las que se citan numerosas.

2.- La demandada recurrida presenta escrito en el que alega causa de inadmisión y causas de oposición.

De inadmisión porque considera que la recurrente no justifica la existencia de interés casacional, al no aportar sentencias contradictorias de Audiencias, puesto que cada una de ellas se refiere a un objeto contractual diferente y están en función de las características concretas de cada contrato.

De oposición porque sostiene que no es aplicable al caso la Ley 42/1998, dado que el objeto de los contratos son productos vacacionales consistentes en la adquisición de la condición de afiliado a un club que confiere el derecho a disfrutar de los hoteles y complejos incorporados al club y que tal producto no está regulado por la citada Ley. Alega que la interpretación del art. 1.7 de la Ley 42/1998 debe hacerse en consonancia con la libertad de configuración de cada producto



Alega que la actora recurrente no es consumidora por no ser destinataria final de los productos contratados, pues pretendía obtener una rentabilidad de los mismos. Añade que esta es la razón que motivó la decisión de la sentencia recurrida y que la parte actora no discute este extremo en su recurso, por lo que solo pretende que se revise la valoración de la prueba realizada en la instancia, para lo que debió interponerse un recurso de infracción procesal.

Por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de realizar los contratos al margen de la Ley 42/1998 alega la demandada recurrida que el recurso adolece de falta de claridad expositiva, cita preceptos genéricos y no individualiza la infracción denunciada, lo que entiende es causa de inadmisión. Que en todo caso, para los incumplimientos de los deberes legales denunciados debería aplicarse el art. 10 de la Ley 42/1998, que fija unos plazos breves para desistir o resolver el contrato y que no concurre causa de nulidad.

Añade que es inaplicable al caso la doctrina sobre indeterminación temporal de los contratos porque no se ha probado que los contratos fueran indefinidos y aunque lo fueran la sanción es la posibilidad de resolución en el plazo de tres meses conforme al citado art. 10 de la Ley 42/1998.

Para el caso de que se declare la nulidad alega que la cantidad solicitada por los demandantes le reportaría un enriquecimiento injusto, puesto que: no tiene en cuenta que conforme al art. 1307 CC solo hay que restituir el valor de mercado de los productos vacacionales y porque hay que descontar los años que han podido disfrutar de los apartamentos; porque no minoran las cantidades que recibieron en virtud de los contratos; porque la devolución de los anticipos es incompatible con la declaración de nulidad de los contratos. De acuerdo con ello, entiende que en todo caso la cantidad máxima que debería devolver sería 43.471,24 libras.

La parte recurrida solicita también que se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de cómo debe interpretarse el concepto de «adquirente» a la luz de la Directiva 94/47/CE.

TERCERO.- Debemos dar respuesta en primer lugar a algunas de las cuestiones alegadas en el escrito de oposición.

1.- Por lo que se refiere a las causas de inadmisibilidad que se plantean por la parte recurrida, las mismas se rechazan, puesto que el recurso identifica el problema jurídico que plantea, que no es otro que el de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, al contrato litigioso, teniendo en cuenta que se trata de un contrato de aprovechamiento por turno «al margen» de lo dispuesto en la citada ley y que la actora pretendía obtener una rentabilidad mediante la reventa de los derechos adquiridos. A partir de allí, el recurso plantea la procedencia de la declaración de la nulidad del contrato por el que se constituye un derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año «al margen» de la Ley 42/1998. La propia parte recurrida ha podido conocer las infracciones denunciadas acerca de la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas aplicables como muestra que, tras alegar causa de inadmisión, entra con detalle a oponerse a todas y cada una de las infracciones denunciadas.

Por lo que se refiere a la existencia de interés casacional, esta sala considera que queda suficientemente acreditado por el hecho de que la sentencia recurrida, al entender que los derechos de afiliación a membresías no están sometidos a la Ley 42/1998 así como que los adquirentes del derecho de aprovechamiento por turno quedan excluidos del ámbito de la Ley 42/1998 por haber contratado con finalidad de revender sus derechos, es contraria a la doctrina de esta sala, recogida en la sentencia del pleno 16/2017, de 16 de enero.

Hay que rechazar finalmente la alegación de inadmisión del motivo que invoca la aplicación de la Ley 42/1998 a quien adquiere con ánimo de lucro porque la interpretación del concepto de **consumidor** a efectos de determinar el ámbito de aplicación de la citada Ley es una cuestión jurídica que corresponde al recurso de casación y no al de infracción procesal, dado que la parte actora recurrente no pretende modificar los hechos probados, sino la valoración que la sentencia recurrida realiza de los mismos.

2.- En cuanto a la petición de planteamiento de cuestión prejudicial, por lo que se dirá al resolver el recurso de casación, para emitir su fallo esta sala no considera preciso que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre la interpretación del concepto de adquirente del art. 2 de 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.

CUARTO.- Puesto que los tres motivos plantean la aplicación de la Ley 42/1998 a los contratos litigiosos, se analizan conjuntamente y, por las razones que se exponen a continuación, se estiman.

1.- La sentencia recurrida confirmó la de primera instancia y declaró que la nulidad pretendida por los demandantes se basaba en incumplimiento de la Ley 42/1998, pero que tal ley no era aplicable al caso. En primer lugar, y fundamentalmente, porque la relación jurídica querida por las partes no estaba contemplada en



la Ley 42/1998. Añadió que, además, los demandantes no eran **consumidores**, dado que la finalidad perseguida al adquirir las distintas semanas objeto de los diversos contratos fue la de obtener una rentabilidad económica.

Los recurrentes alegan que, a pesar de presentarse como contratos de «adhesión a un club» se trata de contratos que tenían por objeto un aprovechamiento por turno en el sentido de la Ley 42/1998. Argumentan también que el ánimo de lucro no excluye la aplicación de la citada ley.

2.- Esta sala ha reiterado, respecto de contratos similares a los que das lugar al presente litigio, que están incluidos en el art. 1.1 de la Ley 42/1998 , pues a pesar de su estructura y denominación, no se contrata solo la prestación de unos servicios como si se tratara de un mero paquete vacacional, sino que constituyen un derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, por el que mediante el abono de una cuota de entrada y unas cuotas periódicas de mantenimiento se produce la integración en una «membresía» que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo 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 estei dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios (sentencias 16/2017, de 16 de enero , 37/2017 y 38/2917, de 20 de enero, 87/2015, de 15 de febrero , seguidas de otras posteriores).

En estas sentencias se explica cómo, 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.

Cuando se adquiere a cambio del pago de un precio global, de una cantidad de entrada y de una cuota anual de mantenimiento, el aprovechamiento de unos apartamentos y de los servicios complementarios del complejo en el que se integraban se da el presupuesto contemplado en el art. 1.7 de la propia Ley 42/1998 , conforme al cual, el contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo 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.

En el caso, los actores suscribieron el primer contrato en el año 1991, antes de la promulgación de la Ley 42/1998. Aunque en la Ley se contenía una disposición transitoria para los regímenes preexistentes que preveía la adaptación al nuevo régimen legal y la necesidad de que para los turnos aún no transmitidos se constituyera el régimen conforme a las exigencias de la Ley, no resulta de la citada disposición la nulidad de un contrato celebrado con anterioridad conforme a la legalidad vigente y respecto de cuya celebración no solo no se ha acreditado vicio del consentimiento sino que, además, la acción se ejercita en el año 2012, transcurrido con creces el plazo de ejercicio de las acciones de impugnación.

Por lo que se refiere a los contratos concertados con posterioridad, en los años 2009 y 2010, vigente la Ley 42/1998, por lo dicho, no solo es que no se cumpliera ninguna de las exigencias informativas requeridas por el art. 9 de la Ley 42/1998 , sino que, dada la propia configuración del objeto del contrato el mismo se realiza, en los términos del art. 1.7, «al margen» de la citada Ley , mediante una fórmula que pretendía eludir su aplicación, por lo que procede declarar la nulidad de los contratos litigiosos, conforme a la interpretación y aplicación jurisprudencial de tal precepto a la que ya se ha hecho referencia.

Con la celebración del contrato de 2010 lo que hicieron las partes fue sustituir las semanas a las que tenían derecho por otras, aplicando el precio pagado con anterioridad y una suma adicional. Con ello no pudieron convalidar un contrato que, con aplicación del art. 1.7 de la Ley 42/1998 era nulo.

3.- Además, es doctrina de la sala, establecida en la sentencia del pleno 16/2017, de 16 de enero , la de que está incluido en el concepto de «adquirente» a que alude la Ley 42/1998, vigente en el momento en que se celebraron todos los contratos litigiosos, quien actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, aunque tenga ánimo de lucro, siempre que no realice tales actividades con regularidad o asiduidad porque, en tal caso, dada la habitualidad, podría considerarse que realiza una actividad empresarial.

Esta es la doctrina que se considera aplicable por la razón fundamental de que lo que se discute en el presente recurso es el concepto de «adquirente» en la Ley 42/1998 y esta Ley lo que hizo fue trasponer la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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. En consecuencia, de forma ineludible, la interpretación del concepto de «adquirente» en la Ley 42/1998 debía realizarse conforme a lo dispuesto en la Directiva.

La Ley 42/1998 de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, que en su exposición de motivos sí se refería a la protección del **consumidor**, no definía el concepto de «adquirente», pero ese «adquirente» no podía ser otro que el contemplado en la Directiva. El art. 2 de la Directiva definía al «adquirente» como «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».

Este concepto, que al igual que en otras directivas comunitarias, centra su ámbito de protección en quien actúa en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional, es el que debe utilizarse para interpretar quién es adquirente en el sentido de la Ley 42/1998.

Cuando se celebraron los contratos litigiosos en 2009 y 2010 ya estaba en vigor 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), que en ese momento decía que «son **consumidores** o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Este concepto procedía 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.

La falta de ánimo de lucro, ni se exigía en el art. 3 TRLGCU, ni tampoco se exige ahora para la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial en el art. 3 TRLGCU tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, con el fin de incorporar a nuestro Derecho interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los **consumidores**, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Así se entiende que, con carácter general, en el marco del concepto comunitario y europeo de **consumidor**, como alguien que actúa al margen o con un propósito ajeno a su actividad profesional, el Tribunal de Justicia haya declarado que la 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. La STJUE 3 septiembre 2015, asunto C- 110/14, incluso, ha declarado que el art. 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «**consumidor**» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

Por todo lo explicado, puesto que la actuación con ánimo de lucro no determina la existencia de actividad profesional o empresarial, salvo que se realice con habitualidad y, en el caso, no consta que los sres. Eulogio Casilda realizaran habitualmente este tipo de operaciones, la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de adquirentes en el sentido de la Ley 42/1998.

QUINTO.- Estimado el recurso de casación procede, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por los sres. Eulogio Casilda y estimar parcialmente, pero en lo sustancial, la demanda.

1.- Por lo dicho, se declara la nulidad de los contratos suscritos por las partes de fecha 22 de marzo de 2009 y 30 de noviembre de 2010.

2.- La parte actora solicitó en su demanda de manera principal la condena a devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos. La demandada alegó que la demandada había disfrutado personalmente de algunos alojamientos, que había cedido a terceros el uso de otros y que le fue devuelto el anticipo de 1000 libras correspondiente al contrato de 2009, sobre lo que adjunta la carta remitida comunicando la devolución y los actores no han negado.



Puesto que el art. 11 de la Ley 42/1998 establece un régimen especial para las cantidades anticipadas nos ocupamos primero de la restitución del principal del contrato y más adelante se decidirá lo procedente sobre los pagos anticipados.

3.- Por lo que se refiere a los efectos restitutorios propios de la nulidad declarada, como hemos advertido en ocasiones anteriores, la nulidad por contravención de la ley (art. 1.7 de la Ley 42/1998) no implica necesariamente la aplicación de la regla contenida en el art. 1306 CC , que permitiría al adquirente «no culpable» de la nulidad del contrato reclamar lo entregado sin restituir lo recibido (o su valor). La aplicación del art. 1306 CC requiere una «torpeza» en el causante de la nulidad, un reproche moral o una contrariedad con un orden público económico, una nulidad causal justificada por la reprensión del contenido del contrato, lo que no puede identificarse con la nulidad de todo negocio prohibido. En el caso, la propia relatividad del reproche a los contratos celebrados «al margen» de la Ley 42/1998 ha quedado confirmada por el legislador con posterioridad, puesto que en la vigente 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, se admite la validez de otras modalidades de constitución de los derechos (sentencias 449/2017, de 13 de julio , 471/2017, de 19 de julio , 552/2017, de 27 de septiembre).

En consecuencia, procede aplicar la regla general de la restitución de las prestaciones, incluidas por tanto las percibidas por la actora y que consistirían en la puesta a su disposición de los derechos de disfrute y servicios del contrato nulo. Cuando, como sucede en el presente caso, lo prestado no puede restituirse en especie, habrá que restituir en dinero, como para un caso concreto establece el art. 1547 CC (en un «arrendamiento» en el que no se ha pactado precio, si ha comenzado la ejecución, no se reconoce acción de cumplimiento por faltar un elemento esencial y el arrendatario debe devolver la cosa, pero también pagar un precio por el tiempo de que ha podido gozar de ella).

Puesto que las restituciones que debe hacer a su vez la demandada a la demandante también son en dinero, es preciso compensar las prestaciones ya cumplidas. De acuerdo con la doctrina, la jurisprudencia de esta sala ha procedido así en casos de nulidad de contratos de tracto sucesivo, manteniendo las prestaciones ya realizadas (sentencias 102/2015, de 10 de marzo , contrato de suministro en exclusiva cumplido durante cierto tiempo; sentencia 109/2009, de 26 de febrero , suministros de carburante para la reventa).

En el caso que da lugar al presente recurso, el valor de la prestación recibida por los demandantes y que deben restituir como consecuencia de la nulidad del contrato debe calcularse en función del precio que pagaron, y no del valor de mercado (como argumenta la parte recurrida), puesto que en el contrato la función del precio era precisamente fijar el valor del disfrute de los apartamentos, y no se ha impugnado por la actora que ese precio no reflejara la equivalencia de las prestaciones.

A efectos de calcular la cuantía de la restitución debe tenerse en cuenta que, al suscribir el contrato de 2010 las partes consideraron como parte del precio, además de las 24.064 libras que los sres. Eulogio Casilda abonaban en ese momento las 8.179 libras en que seguían valorando las semanas del contrato de 1991 y las 25.000 libras del contrato de 2009 por lo que, en definitiva, de acuerdo con lo pactado, el precio total del contrato de 2010 que ahora se considera vigente por las partes alcanza la suma de los precios pagados en los tres momentos: 8.179 libras en 1991, 25.000 libras en 2009 y 24.064 libras en 2010.

El tiempo que la parte actora ha tenido a su disposición los apartamentos (bien usándolos personalmente, bien cediendo su uso a terceros) se compensa con la parte proporcional del precio de compra y con los gastos de mantenimiento correspondientes al tiempo disfrutado que hubieran abonado. En consecuencia, la demandada no debería restituir los gastos de mantenimiento y cuotas por servicio cobrados durante los años transcurridos ni los demandantes deben restituir los rendimientos obtenidos por la cesión de sus derechos a terceros durante el mismo tiempo.

Por lo que se refiere al precio, como ha reiterado la doctrina de la sala respecto de litigios semejantes al presente, la parte actora ha podido disfrutar durante años de los alojamientos que el contrato le ofrecía, por lo que el reintegro del precio satisfecho no ha de ser total sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años (sentencias 192/2016, de 29 de marzo , 631/2016, de 25 de octubre , 633/2016, de 25 de octubre , 645/2016, de 31 de octubre , 685/2016, de 21 de noviembre , 37/2017 y 38/2017, de 20 de enero , 87/2017, de 15 de febrero). De acuerdo con esta doctrina, que es aplicable al caso, la interpretación y aplicación del art. 1.7 de la Ley 42/1998 «al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del art. 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 art. 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», de modo que la restitución de todas las cantidades solo tendría sentido, de acuerdo con la finalidad del precepto, cuando el contrato no se hubiera llegado a ejecutar.



En el supuesto que aquí se contempla, y como alega la demandada ahora recurrida, la demandante ha tenido a su disposición los aprovechamientos objeto de los contratos cuya nulidad se reclama desde el año 2011 hasta el momento de la interposición de la demanda en 2012.

En consecuencia, de la cantidad satisfecha como precio, la actora únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada en la cantidad que proporcionalmente corresponda por el tiempo no disfrutado. En el caso, consta en los autos, en documento aportado por los demandantes, que en el contrato de 20 de marzo de 2010 se establecía una duración del contrato hasta el año 2050.

Ello con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, que fueron los intereses solicitados en el «suplico» de la demanda.

SEXTO.- La devolución de las cantidades anticipadas está sometida al régimen del art. 11 de la Ley 42/1998, que reconoce el derecho a la devolución duplicada de las cantidades que se pagaran antes del plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento que reconoce la ley. Se trata de facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento que regula la ley.

En su demanda, de modo principal, la parte actora solicita que se le devuelvan por duplicado las cantidades abonadas en el momento de la firma de los contratos de 1991 (4.400 libras) y 2009 (1.000 libras). Por lo dicho, el contrato de 1991 no estaba sometido al régimen de la Ley 42/1998, por lo que no le afecta la prohibición de pagos anticipados que se introdujo en la misma.

Por lo que se refiere al anticipo del contrato de 2009, hubo vulneración del art. 11 de la Ley 42/1998 y procede aplicar la sanción legal prevista, pero en este caso hay que concluir que la demandada solo debe abonar ahora las 1.000 libras restantes hasta alcanzar las 2.000, dada la devolución que en su momento hizo de las 1.000 libras entregadas en concepto de "depósito" y hasta que se consiguió la financiación.

SÉPTIMO.- Estimado el recurso de casación no procede la imposición de las costas de la casación y procede la devolución del depósito para recurrir (arts. 394 y 398 LEC y apartado 8 de la disp. adic. 15.ª LOPJ).

Estimada sustancialmente la demanda, se imponen a la parte demandada las costas de la primera instancia y no se hace expresa imposición de las de apelación, puesto que el recurso debió ser estimado.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Casilda y D. Eulogio contra la sentencia de 23 de noviembre de 2015 de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictada en rollo de apelación n.º 277/2015, dimanante de autos de juicio ordinario n.º 552/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona. **2.º-** Casar la sentencia recurrida y dictar otra en su lugar por la que se estima parcialmente la demanda y en consecuencia: **2.º. 1.-** Se declara la nulidad de los contratos de 22 de marzo de 2009 y 20 de marzo de 2010 y sus anexos. **2.º. 2.-** Se condena a la demandada a devolver las cantidades abonadas en concepto de precio del contrato de 20 de marzo de 2010 (la suma de 8.179 libras, 25.000 libras y 24.064 libras), con las deducciones mencionadas en el fundamento de derecho quinto, en atención al tiempo disfrutado, lo que se calculará en ejecución de sentencia. No se restituyen los gastos por mantenimiento y servicios abonados por la parte actora. A esa cantidad se sumarán 1.000 libras por las cantidades anticipadas (fundamento de derecho sexto). Ambas cantidades se incrementarán con el interés legal desde la demanda. **3.º-** Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia, al ser sustancial la estimación de la demanda. **4.º-** No se imponen las costas de la apelación. **5.º-** No procede expresa imposición de las costas de la casación. **6.º-** 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.