



Roj: **STS 4106/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4106**

Id Cendoj: **28079110012017100591**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2017**

Nº de Recurso: **492/2016**

Nº de Resolución: **629/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2948/2015,**  
**STS 4106/2017**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 629/2017**

Fecha de sentencia: 21/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 492/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (4ª)

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN núm.: 492/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 629/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 21 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 550/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Daniela, representada ante esta sala por el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico, siendo parte recurrida la mercantil Silverpoint Vacations S.L., representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal, bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de doña Daniela, interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil Silverpoint Vacations S.L., alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que declare:

«1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución del contrato a que se refiere la presente demanda, 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:

»A) Por Precio de los referidos contratos, el importe de a £6.350 que se corresponden a 7524,75 €, (SIETE MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS) salvo error u omisión.

»B) En concepto de Cuotas de mantenimiento la cantidad de 3999,37€ (TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS CON TREINTA Y SIETE, salvo error u omisión.

»C) En concepto de Tasas por los Acuerdos de Inclusión en Lista de Reventas, la cantidad de 355,5€ (TRESCIENTAS CINCUENTA Y CINCO EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS).

»Cantidad que suma un total de 11.879,32€ (ONCE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE EUROS con TREINTA y DOS CÉNTIMOS), salvo error u omisión, que es la que se reclama, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La improcedencia del cobro anticipado a mi mandante, de las cantidades satisfechas en concepto de anticipo por razón del mentado contrato de a £6.350 que se corresponden a 7524,75 €, (Siete Mil Quinientos Veinticuatro Euros con Setenta y Cinco Céntimos) con la obligación de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, en virtud del artículo 11 de la Ley 42/1998, es decir, 15.049, 5 €, de las cual solo se debe abonar la Cantidad de a £ 6.350 que se corresponden a 7524,75 €, (Siete Mil Quinientos Veinticuatro Euros con Setenta y Cinco Céntimos), por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado en el punto primero de este suplico.

»3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperasen los petitum anteriores, se declare la nulidad, por abusiva y no haber sido negociada de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos donde se ubicaban los apartamentos objeto del contrato de aprovechamiento por turnos del que solicitamos su nulidad y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tal contrato:

»A) Por Precio de los referidos contratos, el importe de a £6.350 que se corresponden a 7524,75 €, (SIETE MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS) salvo error u omisión.

»B) En concepto de Cuotas de mantenimiento la cantidad de 3999,37€ (TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS CON TREINTA Y SIETE, salvo error u omisión.

»C) En concepto de Tasas por los Acuerdos de Inclusión en Lista de Reventas, la cantidad de 355,5€ (TRESCIENTAS CINCUENTA Y CINCO EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS)

»Cantidad que suma un total de 11.879,32€ (ONCE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE EUROS con TREINTA y DOS CÉNTIMOS), salvo error u omisión, que es la que se reclama, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.»

**2.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal del demandado contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte:



«...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 admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona, dictó sentencia con fecha 8 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«DESESTIMAR íntegramente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Don Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de DOÑA Daniela, representada por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Ledo Crespo, y en su virtud le absuelvo a SILVERPOINT VACATION de los pedimentos frente a ella deducidas, sin imposición de...»(sic).

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora, y sustanciada la alzada, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 28 de septiembre de 2015, cuyo Fallo es como sigue:

«1. Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la entidad apelada Silverpoint Vacations S.L., condenándole al pago de las costas de dicha impugnación.

2. Se desestime el recurso de apelación interpuesto por Daniela, confirmándose la sentencia dictada en primera instancia, condenándole al pago de las costas del recurso, con pérdida del depósito que se haya constituido para recurrir.»

**TERCERO.-** El procurador don Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de doña Daniela interpuso recurso de casación por interés casacional, alegando la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, fundado en los siguientes motivos:

1. Por infracción de la disposición adicional segunda de la ley 42/1998, en relación con el artículo 1 de la Ley 42/1998, así como la vulneración del artículo 6.4 CC.

2. Por infracción del artículo 1.7 de la Ley 42/1998, en relación con los artículos 1, 2, 3, 8, 9, 10 y 11 de la misma Ley así como los artículos 1261, 1265 y 6.3 CC.

**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 5 de julio de 2017 por el que se acordó la admisión del recurso y dar traslado del mismo a la parte recurrida, Silverpoint Vacations S.L. que se opuso mediante escrito presentado en su nombre por el procurador don Luciano Rosch Nadal.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demandante doña Daniela contrató con la demandada Silverpoint Vacations S.L. en fecha 14 de octubre de 2006 la adquisición de un «certificado de fiducia» y los correspondientes «certificados de licencia de vacaciones» por el que tenía derecho a la utilización de un apartamento que disfrutaría por periodos vacacionales en unos determinados complejos a cambio del pago de un precio. Se firmaron también unos contratos de reventa independientes del contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que había adquirido.

Doña Daniela formuló demanda el 5 de julio de 2013, solicitando que se declarara: 1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución del contrato suscrito por las partes, así como de sus anexos, con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato más las cuotas de mantenimiento y las cuotas por la inclusión en la lista de reventas, que ascienden a la cantidad total de 11.879,32 euros; 2.- La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y que se condene a devolver las cantidades por duplicado, por importe de 7.524,75 euros, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado; y 3.- Subsidiariamente, que se declare la nulidad por abusivas y no haber sido negociadas de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información, y se restituyan igualmente las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, por importe de 11.879,32 euros.

La demandada Silverpoint Vacations S.L se opuso a la demanda y, seguido el proceso, la sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda con absolución de la demandada respecto de todos los pedimentos formulados en su contra, sin imposición de costas.



Se interpuso recurso de apelación por la demandante, y se impugnó la sentencia por la demandada apelada insistiendo en su falta de legitimación pasiva. La sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 28 de septiembre de 2015, dictó sentencia desestimando la impugnación formulada por la entidad apelada Silverpoint S.L, condenándole al pago de las costas de dicha impugnación y desestimó igualmente el recurso de apelación interpuesto por la demandante, confirmando la sentencia dictada en primera instancia e imponiendo las costas a la recurrente.

La Audiencia considera que: 1.- No cabe duda de que la actora contrató la semana para introducirla en un proceso de comercialización, lo que excluye la condición de **consumidor**; 2.- La consecuencia de no tener la actora el carácter de **consumidor**, lleva a que el contrato celebrado no esté sujeto ni a la Ley 42/1998, ni a la legislación de **consumidores** y usuarios; 3.- Aunque se entienda que es aplicable la Ley 42/1998, el recurso habría de ser desestimado pues los incumplimientos denunciados únicamente dan derecho a resolver el contrato en el plazo de tres meses y la actora no hizo uso de esta facultad en el plazo indicado; 4.- Son de aplicación al presente caso las normas generales de las obligaciones y contratos y no existe prueba de la concurrencia del vicio en el consentimiento ni se advierte la ausencia de ninguno de los elementos esenciales del contrato; 5.- No se aprecia en el presente caso la existencia de dolo en la conducta de la parte demandada que hubiera podido inducir a la actora a concertar el contrato ni se advierte error en la prestación del consentimiento que pudiera invalidar el contrato litigioso; 6.- No se aprecia ningún incumplimiento por la demandada en cuanto a las obligaciones contractualmente asumidas.

Se interpone contra dicha sentencia recurso de casación por la demandante.

**SEGUNDO.-** El primero de los motivos se fundamenta en la infracción de la disposición adicional segunda de la Ley 42/1998, así como del artículo 1 de la Ley 1/1998 y del artículo 6.4º CC, en relación con la infracción del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el Texto Refundido de la LGDCU.

La recurrente alega que es de aplicación a estos contratos la ley 42/1998, que dicho contrato fue realizado dentro del ámbito familiar y doméstico o privado, así como que resulta de aplicación la nueva noción comunitaria incluida en el artículo 3 TRLGDCU, que el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión, pues no cabe duda de que los actos de consumo en ámbitos puramente familiares, personales o domésticos quedan fuera del ámbito profesional y, por tanto, son actos realizados por **consumidores** de conformidad con lo dispuesto por del artículo 3 TRLGDCU. La recurrente denuncia que la doctrina seguida por la sentencia recurrida va en contra de la fijada por esta sala, que atribuye la condición 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. Cita al respecto las sentencias de 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010. Se denuncia la inseguridad jurídica que producen estos criterios dispares, pues incluso dentro de la misma Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, la sección 3.ª en unas sentencias no aplicaba la ley 42/1998 y negaba la cualidad de **consumidores** y usuarios a los adquirentes de productos vacacionales y en otras sentencias se les reconocía tal condición aun cuando el principal motivo de la adquisición haya sido la inversión. Cita, en igual sentido que la sentencia recurrida, la n.º 279/2014, que mantiene la misma posición negando la condición de **consumidor** al demandante pues la intención de los contratantes era más bien la de alquiler o reventa posterior. Frente a esta posición la sentencia n.º 281/2014 de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de septiembre de 2014, les consideraba **consumidores** a pesar de haber suscrito contratos de reventa. En el mismo sentido cita las sentencias de la Audiencia Provincial de la Rioja de 20 febrero de 2013 y 11 de enero de 2013 entre otras.

La recurrente cita también la reciente doctrina de la sala que establece que la aplicación de la Ley 42/1998 es imperativa a todos los productos que tengan por objeto el disfrute de un periodo de tiempo cada año, sentencia n.º 431/2015, de 16 de julio, sentencia n.º 774/2014 de 15 de enero y sentencia n.º 776/2014 de 298 de abril de 2015. Mantiene igualmente que el ánimo de lucro no debería influir en la pérdida de la condición de **consumidores** y usuarios de acuerdo con lo expuesto.

**TERCERO.-** El primero de los motivos 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 artículo 6.4.º CC .

Consideran los recurrentes que es de aplicación a estos contratos la Ley 42/1998, y que existe jurisprudencia contradictoria de las distintas Audiencias Provinciales en cuanto a la aplicación de esta Ley. Mantienen que el criterio seguido por la sentencia recurrida no ha sido unánime dentro de la propia Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, siendo así que en supuestos análogos se ha reconocido la condición de **consumidores** y usuarios a demandantes que se encontraban en similares condiciones que los recurrentes y se ha aplicado la referida Ley. Se citan numerosas sentencias en este sentido, alegando 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 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.

Esta sala ha venido sosteniendo la aplicación a estos contratos de la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que es la que estaba en vigor en la fecha de su celebración, pese a que se pudiera pretender por los adquirentes negociar con terceros el uso de tales derechos mediante su transmisión en determinados casos. Dada la complejidad de la controversia suscitada, esta sala se reunió en pleno y dictó la sentencia n.º 16/2017, 16 de enero (rec. n.º 2718/2014), la cual contiene la doctrina que se ha considerado más adecuada al respecto, que ha sido seguida por otras sentencias posteriores que la aplican, como son las de 15 de febrero de 2017 (rec. 3261/2014) y la de 22 de febrero de 2017 (rec. 10/2015).

El fundamento de derecho cuarto de la sentencia n.º 16/2017 se expresa en los siguientes términos:

«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 ). A su vez, la reforma del mencionado art. 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre **consumidor** persona física y **consumidor** persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del **consumidor** persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el **consumidor** puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1.º CCom , 21) ».

No se acredita dicha habitualidad en el caso, por lo que, como se consideró en aquella sentencia, procede declarar que resulta aplicable a los contratos litigiosos la Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

**CUARTO.-** Sentado lo anterior, y en relación con el segundo de los motivos -que se fundamenta en la infracción del artículo 1.7 de la Ley 42/1998, en relación con los artículos 1, 2, 3, 8, 9, 10 y 11 de la referida ley, en relación con los artículos 1261, 1265 y 6.3 CC- ha quedado patente el incumplimiento de los requisitos mínimos de validez exigidos por la mencionada Ley, en concreto sobre la duración del contrato y la determinación de su objeto, siendo así que en caso de que tales exigencias legales no se hayan cumplido se impone la declaración de nulidad por aplicación del artículo 1.7. pues se ha concertado un contrato de aprovechamiento por turno al margen de las disposiciones de la ley 42/1998.

La sentencia 192/2016, de 29 marzo (rec. 793/2014), seguida de otras en igual sentido (como la 627/2016, de 25 de octubre), hace las siguientes consideraciones:

«A) Determinación del objeto. El artículo 1.1 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, dice que «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». A efectos de comprobar a cuál de dichas modalidades corresponde el contrato litigioso conviene transcribir el contenido del apartado 6. En él se dice lo siguiente:

»Los contratos 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 correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas, quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Tales contratos deberán referirse necesariamente a una temporada anual determinada que se corresponda con un período determinado o determinable de esa temporada y a un alojamiento determinado o determinable por sus condiciones genéricas, siempre que esté





especificado el edificio o conjunto inmobiliario donde se va a disfrutar del derecho». En el presente caso no sólo falta cualquier referencia por la demandada (...) a que el contrato estuviera sujeto a dicha modalidad de arrendamiento, sino que claramente se desprende de su contenido que no se ajusta a dicha previsión legal pues se «compra» un «derecho de asociación» a un Club para uso de un apartamento sin fijar la duración del contrato, que queda en este caso indeterminada cuando la ley exige que se concierte por un período de entre tres y cincuenta años, ni referirse a anticipo alguno de rentas.

»Excluida tal posibilidad, nos encontraríamos ante la constitución de un derecho real limitado -aunque en el contrato no se precise la naturaleza real o personal del derecho transmitido, faltando a la exigencia del artículo 9.1.2.º- al que resultaría de aplicación la necesidad de determinación contenida en el artículo 9.1.3.º en cuanto el objeto ha de ser un alojamiento concreto, con mención de sus datos registrales y del turno que es objeto de contratación, y con indicación de los días y horas en que se inicia y termina. Al no cumplir en este caso el contrato con tales exigencias queda sujeto a la sanción de nulidad contenida en el artículo 1.7, según el cual:

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

Esta Sala ha establecido ya como doctrina jurisprudencial en sentencia 775/2015, de 15 enero , y ha reiterado en la 460/2015, de 8 septiembre , que:

«En el régimen legal establecido por la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, la falta de determinación en el contrato del alojamiento que constituye su objeto determina la nulidad del referido contrato, según lo dispuesto por el artículo 1.7 en relación con el 9.1.3.º de la citada Ley».

»Dicha doctrina ha de ser mantenida en el presente caso en el cual, como en los contemplados por las referidas sentencias, no se ha configurado un arrendamiento en la forma establecida en el artículo 1.6 como derecho personal de aprovechamiento por turno; único caso en que cabe admitir -porque la ley así lo permite- que se trate de un alojamiento «determinable por sus condiciones genéricas».

»B) Duración. Al configurar el contrato con una duración indefinida, tampoco se cumple con las previsiones de la Ley 42/1998 que exige la fijación del tiempo por el que se establece el derecho o, al menos, de la duración del régimen (artículo 3). Esta sala ya ha resuelto al respecto en sentencia 774/2014, de 15 enero , que interpreta la disposición transitoria segunda de la Ley 42/1998, tras una conexión sistemática de sus aparatos 2 y 3, en el sentido de que quien deseara "comercializar los turnos aún no transmitidos como derechos de aprovechamiento por turno (...) debería constituir el régimen respecto de los períodos disponibles con los requisitos establecidos en esta Ley , entre ellos, el relativo al tiempo, establecido en el artículo 3, apartado 1", de modo que el incumplimiento de dicha previsión da lugar a la nulidad de pleno derecho según lo dispuesto en el artículo 1.7. En este sentido, para comprobar cómo el legislador ha querido que desde la entrada en vigor de la ley el contrato tenga una duración determinada, que generalmente estará unida a la de duración del régimen, basta acudir a la norma contenida en su artículo 13 que, al regular el derecho de resolución del propietario por falta de pago de servicios, establece que "para llevar a cabo la resolución, el propietario deberá consignar, a favor del titular del derecho, la parte proporcional del precio correspondiente al tiempo que le reste hasta su extinción"; norma para cuya aplicación resulta precisa la fijación de un tiempo de duración.....».

Por tanto nos encontramos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, según lo dispuesto en el citado artículo 1.7 de la Ley 42/1998 .

Al no quedar cumplida tal exigencia en el contrato de que se trata, se impone la estimación del recurso de casación y la declaración de nulidad del mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.7 de la Ley 42/1998.

**SIXTO.-** Sentado lo anterior, se ha de resolver la cuestión relativa a los efectos que ha de producir dicha nulidad. La demandante solicitó en su demanda la devolución de las cantidades satisfechas por el referido contrato más las cantidades pagadas por gastos de mantenimiento e inclusión en lista de reventas, así como un tanto igual a la cantidad entregada anticipadamente contra la prohibición impuesta por el artículo 11 de la Ley 42/1998.

Como esta sala ha reiterado, es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante la interpretación de dicha norma y su aplicación al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del artículo 3 CC en el sentido de que dicha interpretación se ha de hacer atendiendo fundamentalmente a su «espíritu y finalidad». En el caso del citado artículo 1.7 se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta



sorprendido por el contenido de un contrato -normalmente de adhesión- que no cumple con las prescripciones legales, pero no ha sucedido así en el presente supuesto en el cual, como se ha dicho, la demandante ha podido disfrutar durante varios años -casi siete años- de las prestaciones que la demandada 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, excluyéndose además cualesquiera gastos de mantenimiento -inherentes al disfrute- y de inclusión en lista de reventas.

No procede devolución duplicada por pago anticipado ( artículo 11 Ley 42/1998) al no haber sido acreditado dicho pago anticipado, que niega la demandada.

Por último, 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 (TJCE 2015, 330), asunto C-110/14 ), teniendo en cuenta además lo resuelto por esta sala en sentencia nº 16/2017, 16 de enero (rec. n.º 2718/2014)

**SEXTO.-** No procede hacer especial declaración sobre las costas causadas por el recurso de casación, que se estima en parte, y por el de apelación de Silverpoint que debió ser estimado en parte; procede condenar a la demandada al pago de las costas causadas en la primera instancia, dada la estimación sustancial de la demanda ( artículos 394 y 398 LEC).

## FALLO

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

1.º- Estimar en parte el recurso de casación formulado por la representación de doña Daniela , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4.ª) de 28 de septiembre de 2015, en Rollo de Apelación n.º 153/2015, dimanante de autos de juicio ordinario n.º 550/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de dicha ciudad.

2.º- Casar la sentencia recurrida.

3.º- Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la hoy recurrente contra Silverpoints Vacations S.L. y, en consecuencia declaramos la nulidad del contrato celebrado por las partes en fecha 14 de octubre de 2006 a que se refiere la demanda, así como de sus anexos.

4.º- Condenar a la demandada Silverpoint Vacations S.L. a devolver a la demandante la cantidad de 7.524,75 euros, de la que habrán de detraerse las correspondientes al tiempo de vigencia del contrato refiriendo el precio total del mismo a una duración de cincuenta años, operación que se efectuará, en su caso, en ejecución de sentencia, más los intereses correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda.

5.º- No hacer especial declaración sobre costas causadas por el presente recurso, con devolución del depósito constituido, ni por las producidas en la apelación.

6.º- Condenar a Silverpoint S.L. al pago de las costas causadas en primera instancia.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.