



Roj: **STS 4439/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4439**

Id Cendoj: **28079110012017100629**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2017**

Nº de Recurso: **1424/2016**

Nº de Resolución: **680/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 423/2016,**
STS 4439/2017

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1424/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 680/2017

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a. M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 15 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D. Leandro y D.^a Serafina, representados por la procuradora D.^a María José Arroyo Arroyo bajo la dirección letrada de D.^a Eva María Gutiérrez Espinosa, contra la sentencia dictada el 4 de marzo de 2016 por la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación n.º 491/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 212/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona, sobre nulidad de contrato. Ha sido parte recurrida la mercantil Silverpoint Vacations 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. Leandro y D.^a Serafina interpusieron demanda de Juicio Ordinario en la que solicitaban:

«1.- La nulidad o subsidiaria resolución, del contrato suscrito por las partes, el 31 de octubre de 2007, contrato NUM000, así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos con obligación para la demandada Silverpoint Vacations S.L. de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos



derivados de dicho contrato, por importe de 6.215 libras esterlinas, o su equivalente en euros 7.574,82 €, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- Para el caso de no ser estimadas las pretensiones anteriores, se declare la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas por razón de los contratos suscritos por las partes y que se recogen en el hecho séptimo y octavo debiendo por lo tanto devolver dicha cantidad duplicada».

2.- La demanda fue presentada el 17 de marzo de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona y fue registrada con el n.º 212/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Silverpoint Vacations S.L. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba dictar en su día sentencia desestimando íntegramente la demanda con imposición de las costas causadas en la instancia a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona dictó sentencia de fecha 24 de marzo de 2015 , con el siguiente fallo:

«Único. Desestimo íntegramente la demanda presentada por D. Leopoldo Pastor Llarena, procurador de los tribunales, en nombre y representación de D.ª Serafina y D. Leandro , frente a Silverpoint Vacations S.L., absolviendo a esta última de todos los pedimentos formulados en su contra con imposición de costas a la parte actora».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Leandro y D.ª Serafina e impugnada por Silverpoint Vacations 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 491/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 4 de marzo de 2017, cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS:

«1.- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Leandro y doña Serafina , contra la sentencia dictada en el presente procedimiento, y desestimar la impugnación formulada por la representación procesal de la entidad Silverpoint Vacations S.L. revocando únicamente el pronunciamiento de las costas de la primera instancia, que se deja sin efecto para no hacer imposición expresa de las mismas, manteniendo el resto de los pronunciamientos de fondo acordados en dicha resolución.

»2.- No hacer imposición expresa de las costas del recurso ni de la impugnación».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D. Leandro y D.ª Serafina presentaron escrito interponiendo, según el mismo, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, sin embargo el recurso extraordinario por infracción procesal no se interpone.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- La sentencia que nos ocupa, se opone a la Doctrina Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo al respecto de las consecuencias jurídicas que cabe imponer a la empresa comercializadora de este tipo de productos de derechos de uso o aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, como lo es la demandada, ante la desatención de la norma especial, Ley 42/98 LATBI, en su artículo 3 , que viene a establecer un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza. Esta doctrina jurisprudencial se expresa en sentencia de 15 de enero de 2015, dictada por el Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal (rec. n.º 961/2013), sentencia 774/2014 , ponente el señor D. José Ramón Ferrándiz Gabriel), dictada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en fecha 16 de julio de 2015, sentencia 431/2015, Recurso de casación 2089/13 , Ponente don Antonio Salas Carceller, ahora en la antes referida con ocasión del recurso anterior, y que también resuelve al respecto de esta cuestión, recurso de casación 793/15, sentencia de 29 de marzo de 2016 .

»Segundo.- Se da un claro interés casacional, al amparo del mismo artículo 477.2.3.1, en tanto existen criterios contradictorios al respecto de la consideración del adquirente como **consumidor** al amparo de la Ley General de **Consumidores** y Usuarios , Ley 26/1984, (según la fecha de celebración del contrato). Se sucede la divergencia de criterios, existiendo jurisprudencia contradictoria a la vista de que la Audiencia Provincial de Tenerife considera NO ser de aplicación esta norma en tanto no considera usuario a quien adquiere un derecho como



particular, pero pretende a continuación lucrarse económicamente, aun cuando tal pretensión se lleva a cabo en el ámbito privado. Entendemos que se incumplen los artículos 2 y 3 de la Ley 26/1984, en interpretación conforme a los motivos de la Ley, que viene a ser lo que fallan otras AA.PP tales como la de la Rioja, en sistemáticas sentencias que dotan de la cualidad de **consumidor** a quien aun pretendiendo la adquisición para un provecho económico, en tanto se hace en la esfera privada debe tener la condición de **consumidor**.

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 13 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Serafina y D. Leandro contra la sentencia dictada, con fecha 4 de marzo de 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a), en el rollo de apelación n.º 491/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 212/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 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, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 14 de noviembre 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 5 de diciembre 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 señores Serafina Leandro interponen demanda contra Silverpoint Vacations, S.L., (en adelante Silverpoint) en la que solicitan que se declare la nulidad de un contrato celebrado entre las partes el 31 de octubre de 2007 así como la obligación de la demandada de devolverle las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos por importe de 6215 libras más los intereses devengados. En el momento de la firma del contrato abonaron 1000 libras mediante tarjeta de crédito y el resto lo abonaron con posterioridad.

Para el caso de no ser estimada la pretensión de nulidad, solicitan que se declare la improcedencia de los cobros anticipados satisfechos a la demandada, que deberían devolverse por duplicado.

En virtud del contrato, los demandantes adquirirían un derecho de aprovechamiento por turnos en el "Hollywood Mirage Club", concretamente la semana 49 del apartamento NUM001. Se comprometían a pagar las cuotas correspondientes a los gastos de mantenimiento que fijara la demandada. No se establecía un plazo de duración en el contrato. Suscribieron igualmente la inclusión en una lista de reventa de las semanas que sería gestionada por la demandada, si bien la reventa no se llegó a materializar.

La demanda alegaba el incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias por falta de cumplimiento de sus contenidos mínimos, así como vicio de consentimiento de los contratantes.

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

2.- La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda.

Se interpone recurso de apelación por la demandante 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 la demandante (salvo en la condena en costas que hizo la sentencia de primera instancia) como la impugnación formulada por la entidad demandada "Silverpoint Vacations S.L".

La Audiencia coincide con las conclusiones de la sentencia de primera instancia y basa su desestimación de la demanda en los siguientes razonamientos: i) Los actores no pueden ser considerados como **consumidores**, pues trataban de invertir revendiendo sus derechos a terceros, por lo que no resulta de aplicación la Ley 42/1998 ni es exigible al contrato celebrado el cumplimiento de los requisitos establecidos en esa ley. ii) Por lo que se refiere al vicio de consentimiento alegado, no ha quedado probado, pues el contrato se redactó en la lengua de los demandantes y, aunque contuviera algunas incorrecciones en la información, carecen de entidad como para anular el contrato, al existir consentimiento, objeto y causa. Además, el tiempo transcurrido desde



la celebración del contrato hasta la presentación de la demanda muestra la conformidad de los demandantes con el contrato.

SEGUNDO.- La parte demandante interpone recurso de casación.

1.- El recurso se funda en dos motivos.

a) El primero denuncia infracción del art. 3 de la Ley 42/1998, porque la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala respecto a las consecuencias jurídicas por la desatención de esta norma, que establece un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza. La recurrente denuncia que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala que recogen las sentencias de 15 de enero de 2015, 16 de julio de 2015 y 29 de marzo de 2016 y conforme a la cual la Ley 42/1998 es aplicable a contratos como el litigioso y, en consecuencia, procede declarar la nulidad contractual cuando no se cumplen sus exigencias, en particular la relativa al plazo de duración contractual.

b) El segundo se fundamenta en la infracción de los arts. 2 y 3 de la Ley 26/1984, General para la defensa de los **consumidores** y usuarios, vigente en el momento de la celebración del contrato cuya nulidad se solicita. Alega que los demandantes usaron personalmente el apartamento, que no son unos inversores. La recurrente cita sentencias de Audiencias Provinciales que han resuelto en sentido contrario acerca de la aplicación de la consideración de **consumidores** a contratantes adquirentes de aprovechamiento por turno en contratos similares al litigioso. Alega igualmente que, conforme a la doctrina de la sala contenida en la sentencia de 22 de diciembre de 2009, el concepto de **consumidor** no es incompatible con el del pequeño inversor.

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 respeta los hechos probados y no justifica la existencia de interés casacional, al no existir contradicción entre la sentencia recurrida y la doctrina de esta sala, dado que las sentencias citadas se refieren a supuestos incluidos en la Ley 42/1998, que no es aplicable al caso porque, como razona la sentencia, los demandantes no son **consumidores**.

De oposición al primer motivo porque considera que, caso de aplicarse la Ley 42/1998, la omisión del plazo de duración del contrato daría lugar a los efectos previstos en la misma ley, es decir, la posibilidad de desistir en el plazo de diez días desde la firma del contrato, la de resolver en el plazo de tres meses o, finalmente, la de anular el contrato conforme a los arts. 1300 y siguientes del Código civil para el caso de que haya falta de veracidad en la información. Añade que la nulidad por falta de determinación del plazo de duración del contrato solo procedería cuando se trate de turnos no transmitidos a la fecha de entrada en vigor de la Ley 42/1998, pero que en el caso el objeto contractual quedó configurado y la primera transmisión tuvo lugar antes de la ley.

De oposición al segundo motivo porque la recurrente no argumenta su condición de consumidora y pretende cambiar la valoración de la prueba.

Por lo que se refiere a las consecuencias de la nulidad alega que procede la restitución recíproca de las prestaciones y que debería deducirse de la cantidad solicitada por los recurrentes el valor real de mercado de los usos que han tenido a su disposición del aprovechamiento por turno o, subsidiariamente, aplicar la regla a prorrata en función de los años disfrutados de acuerdo con la doctrina de la sala.

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. 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 la suscripción por los adquirentes de un documento de reventa de sus derechos excluye la aplicación de la Ley 42/1998, es contraria a la doctrina de esta sala, recogida en la sentencia del pleno 16/2017, de 16 de enero.



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.- El recurso se estima.

1.- Analizamos en primer lugar el motivo segundo del recurso, en el que se denuncia que infringe la doctrina de la sala la exclusión de la aplicación de la Ley 42/1998 al contrato litigioso por considerar que los demandantes recurrentes no quedaban protegidos por la misma por no ser **consumidores**. El motivo se estima.

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 celebró el contrato litigioso, 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 celebró el contrato litigioso estaba en vigor el art. 1 de la Ley 26/1984, general para la defensa de los **consumidores** y usuarios (derogado el 1 de diciembre de 2007 por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), que definía al **consumidor**, «a efectos de la Ley», como el destinatario final de bienes y servicios. A pesar de que la ausencia de ánimo de lucro no se exigía en el concepto de **consumidor** del art. 1 de la Ley 26/1984, es cierto que se excluían expresamente de la consideración de **consumidores** a «quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros». Sin embargo, por lo dicho, para interpretar el concepto de «adquirente» a que se refería la Ley 42/1998 no era al concepto de **consumidor** del art. 1 de la Ley 26/1984 al que debía estarse, sino necesariamente al concepto de «adquirente» que utilizaba la Directiva comunitaria que, por lo que se refiere a la protección de los derechos 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, se estaba transponiendo.

La falta de ánimo de lucro, ni se exigía en el art. 3 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), 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. En la misma línea se sitúa, en su ámbito de aplicación, la reciente Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.



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 de 10 de 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 de 25 de octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión. La STJUE de 3 de 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. Serafina Leandro 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.

2.- Sentado lo anterior, por lo que se refiere a la falta de fijación de la duración del régimen sobre el que se produce la contratación denunciada por los demandantes ahora recurrentes, la demandada no lo niega, pero alega que no es aplicable la doctrina de esta sala que considera que da lugar a la nulidad del contrato, porque entiende que tal doctrina solo es aplicable a los turnos aún no transmitidos a la entrada en vigor de la citada ley y, en el caso, el turno ya había sido transmitido por primera vez antes de la entrada en vigor de la misma.

Esta sala ha reiterado que la fijación de un plazo en los contratos de transmisión de derechos de aprovechamiento por turno es un elemento esencial del contrato, exigido por el art. 3 y cuya falta determina la nulidad del contrato por aplicación del art. 1.7 de la Ley 42/1998 .

Esta exigencia de determinación de la duración es aplicable a los contratos celebrados después de la entrada en vigor de la ley, como ya dijo la sentencia 192/2016, de 29 de marzo (seguida de otras muchas, como las sentencias 633/2016, de 25 de octubre , 516/2017, de 22 de septiembre y 629/2017, de 21 de noviembre). Hasta el punto de que se aplica también, de acuerdo con lo previsto en las disposiciones transitorias de la ley, a los contratos celebrados con posterioridad en los que se transmitan por primera vez turnos no transmitidos con anterioridad (sentencias 774/2014, de 15 de enero , 96/2016, de 19 de febrero de 2016).

La sentencia 192/2016, de 29 de marzo dijo:

«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».

En consecuencia, por este motivo, procede declarar la nulidad del contrato de 31 de octubre de 2007. Por ello, el motivo primero del recurso de casación también se estima.

QUINTO.- Estimado el recurso de casación procede, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por los sres. Serafina Leandro y estimar la pretensión principal de su demanda, declarando la nulidad del contrato de fecha 31 de octubre de 2007.

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 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, admite en su art. 1 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 la demandante y que debe restituir como consecuencia de la nulidad del contrato debe calcularse en función del precio que pagó por ella, 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.

En consecuencia, el tiempo que la actora ha tenido a su disposición los apartamentos se compensa con la parte proporcional del precio de compra y con los gastos de mantenimiento correspondientes al tiempo disfrutado que en su caso hubiera abonado y que tampoco reclama.

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 los contratos le ofrecían, 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.

La demandante ha tenido a su disposición los apartamentos desde 2008 hasta la interposición de la demanda en el año 2014. En consecuencia, de la cantidad satisfecha como precio (6.215 libras) la actora únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada en la cantidad que proporcionalmente corresponda por el tiempo no disfrutado, partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la Ley, lo cual se determinará en ejecución de sentencia.

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 misma.

SEXTO.- La parte actora solicitó en su demanda de manera subsidiaria la condena a devolver las cantidades satisfechas en concepto de pago anticipado del contrato. Estimada la acción principal de declaración de nulidad y restitución de la cantidad abonada, no procede realizar pronunciamiento alguno sobre la acción ejercida con carácter subsidiario.

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 y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.^a Serafina y D. Leandro contra la sentencia dictada, con fecha 4 de marzo de 2016, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a), en el rollo de apelación n.º 491/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 212/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 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 del contrato de 31 de octubre de 2007.

2.º.2.- Se condena a la demandada a devolver las cantidades abonadas en concepto de precio del mencionado contrato, con las deducciones mencionadas en el fundamento de derecho quinto, en atención al tiempo disfrutado, lo que se calculará en ejecución de sentencia y 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.