



Roj: **STS 127/2018 - ECLI:ES:TS:2018:127**

Id Cendoj: **28079110012018100032**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2018**

Nº de Recurso: **211/2016**

Nº de Resolución: **35/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 3058/2015,**
STS 127/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 35/2018

Fecha de sentencia: 24/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 211/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 211/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 35/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller



D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 24 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada, con fecha 30 de septiembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4.^a), en el rollo de apelación n.º 7/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1580/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente D. Edemiro, representado por el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Oscar Salvador Santana González.

La recurrida Silverpoint Vacations, S.L, no ha comparecido ante esta sala en el plazo concedido por la Ley.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador de los tribunales D. Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de D. Edemiro, presentó demanda de juicio ordinario de nulidad contractual contra la mercantil Silverpoint Vacations y suplicó al Juzgado:

«Que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que se acompañan, se sirva a admitirlo, se me tenga por comparecido y parte demandante en el proceso y, en la representación que ostento, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, por formulada la demanda de juicio declarativo ordinario frente a Resort Properties Limited y Silverpoint Vacations S. L. y tras los trámites oportunos y el recibimiento del pleito a prueba, dicte en su día sentencia por la que se declare: 1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución, del contrato suscrito por las partes el 30 de octubre de 2.008, 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 dicho contrato, por importe de 20.000 libras esterlinas, equivalentes salvo error u omisión a la suma de 25.122,41 euros (VEINTICINCO MIL CIENTO VEINTIDÓS CON CUARENTA Y UN EUROS), 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 la cantidad satisfecha por mis mandantes a las demandadas por razón del mentado contrato 1.000,00 Libras, equivalentes salvo error u omisión a la suma de 1.256,12 EUROS (MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS CON DOCE EUROS) y la obligación de estas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 2.000,00 libras esterlinas, equivalentes salvo error u omisión a la suma de 2.512,24 euros (DOS MIL QUINIENTOS DOCE CON VEINTICUATRO EUROS).

»3.- La improcedencia del cobro de cuotas de mantenimiento abonadas por mis mandantes a razón de 6.265 ? (SEIS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO EUROS) y la devolución de las mismas.

»4.- 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, así como las cantidades en concepto de cuotas de mantenimiento, 31.387,41 ? (TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE CON CUARENTA Y UN EUROS), resultante de la suma de 20.000 libras del contrato firmado entre las partes y 6.265 ? (SEIS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO EUROS) de las cuotas de mantenimiento, con expresa imposición de costas a las partes demandadas.»

2.- Por decreto de 4 de octubre de 2012, se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado a las partes para su contestación.

3.- El procurador de los tribunales D. Pedro Ledo Crespó, en nombre y representación de Silverpoint Vacations, S.L., contestó a la demanda y suplicó al juzgado:

«[...] y, por opuesta a esta parte en la representación de SILVERPOINT VACATIONS, S.L., a fin de que en su día dicte Sentencia por la que se desestime la demanda, con la imposición a la parte actora de las costas causadas en la instancia.»



4.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Arona, dictó sentencia el 26 de noviembre de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Se estima parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, don Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de don Edemiro frente a la entidad, Silverpoint Vacations, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales, don Pedro Ledo Crespo y, en consecuencia, se declara la nulidad radical del contrato suscrito el día 30 de octubre de 2008 así como de sus anexos, condenando a la demandada a restituir las cantidades satisfechas, en concepto de precio, por importe de veinte mil libras esterlinas (20.000) con los correspondientes intereses legales devengados desde la fecha de su reclamación judicial (12 de septiembre de 2012); igualmente, de las cuotas de mantenimiento, por importe de seis mil doscientos sesenta y cinco euros (6.265) y, por último, por cobro anticipado, en el importe de mil libras esterlinas (1.000).

»En materia de costas procesales, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de Silverpoint Vacations, S.L., correspondiendo su resolución a la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Tenerife, que dictó sentencia el 30 de septiembre de 2015 , con la siguiente parte dispositiva:

«1.Estimar el recurso interpuesto por la demandada, entidad mercantil SILVERPOINT VACATIONS S.L., y revocar la sentencia impugnada que se deja sin efecto, y desestimar la impugnación deducida por el demandado, DON Edemiro .

»2.Desestimar la demanda interpuesta por el actor ya mencionado y absolver a la entidad demandada de las pretensiones contra ella deducidas, sin hacer imposición especial sobre las costas de la primera instancia.

»3.No hacer imposición especial de las costas originadas en segunda instancia, con devolución del depósito que se haya constituido para recurrir.

»Contra la presente sentencia, dictada en un juicio ordinario tramitado por razón de la cuantía que no excede de seiscientos mil euros, caben, en su caso, recurso de casación por interés casacional (art. 477.3 de la LEC) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste solo si se formula aquél (Disposición Final decimosexta 2, de la LEC), y si se interponen ambos en legal forma en el plazo de veinte días ante este Tribunal previa la constitución del depósito en la forma y cuantía legalmente prevenidas.»

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

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

El primero se fundamenta, en la infracción de la disposición adicional segunda de la Ley 42/1998 , infracción del art. 1 Ley 1/1998 y la infracción del art. 6.4º CC .

El segundo se fundamenta, en la infracción 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley LGDCU. Se solicita en este motivo que la Sala se pronuncie sobre la consideración de los adquirentes de estos contratos como consumidores.

El tercero se fundamenta en la 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.- La Sala dictó auto el 28 de junio de 20017, con la siguiente parte dispositiva:

«1.º- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Edemiro , contra la Sentencia dictada, con fecha 30 de septiembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 7/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1580/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona.

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

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de Silvertpoint Vacations., no compareció en el plazo previsto por la Ley.



4.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso, el 9 de enero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Ejercita la representación de la parte actora acción de nulidad y subsidiaria resolución del contrato celebrado el día 30 de octubre de 2008 y de sus anexos, siendo su objeto el aprovechamiento por turnos respecto de varias semanas a disfrutar en los complejos Bervely Hills Club, Beverly Hills Heights y Hollywood Mirage Club, por considerarlo contrario a las disposiciones de la Ley 42/1998, de Aprovechamientos por turnos de Bienes Turísticos y normas tributarias (en adelante, Ley 42/1998) además de contravenir los preceptos del Código civil en materia de contratos, al concurrir una falta de veracidad de la información suministrada por la contraparte, dando lugar a engaño y, en consecuencia, a un consentimiento viciado, sin perjuicio de tener en cuenta el carácter abusivo de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos donde se ubican los apartamentos objeto del contrato de aprovechamiento por turnos, interesando, en definitiva, la restitución de las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, por importe de 20.000 libras esterlinas, equivalentes a la suma de veinticinco mil ciento veintidós euros con cuarenta y un céntimos de euros (25.122,41) más los intereses devengados desde la fecha de reclamación judicial así como el importe satisfecho en concepto de cuotas de mantenimiento a razón de seis mil doscientos sesenta y cinco euros (6.265); igualmente, que se declare la improcedencia del cobro anticipado de la cantidad satisfecha, con tal carácter, por razón de dicho contrato, ascendente a mil libras esterlinas.(1.000) equivalentes a mil doscientos cincuenta y seis euros con doce céntimos de euros (1.256,12), restituyendo tales cantidades por duplicado, esto es, dos mil libras esterlinas, equivalentes a dos mil quinientos doce euros con veinticuatro céntimos de euros (2.512,24) y finalmente, de no prosperar los *petitum* anteriores, la declaración de nulidad, por abusivas y no haber sido negociadas de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos donde se ubican los apartamentos objeto del contrato de aprovechamiento por turnos, restituyéndose las cantidades entregadas en virtud del contrato suscrito así como de las entregadas en concepto de cuotas de mantenimiento, por importe de treinta y un mil trescientos ochenta y siete euros con cuarenta y un céntimos de euros (31.387,41), resultante de la suma de veinte mil libras (20.000) del contrato firmado por las partes y seis mil doscientos sesenta y cinco euros (6.265) de las cuotas de mantenimiento; todo ello, con expresa imposición de costas procesales. Frente a dichas pretensiones, la mercantil, Silverpoint Vacations, S.L., alega falta de legitimación pasiva por considerar que no es parte en el contrato, limitándose su intervención a una mera labor de intermediación entre el adquirente y el propietario del producto vacacional, siendo éste último, la entidad, Resort Properties Limited, entidad que suscribiría el contrato, percibiendo sus beneficios. Subsidiariamente, defiende la legalidad del contrato así como la inexistencia de vicio del consentimiento alguno, poniendo de manifiesto que el actor disfrutó de semanas en varios clubes, lucrándose con la venta y arrendamiento a terceros de los productos vacacionales por lo que considera que fue pleno conocedor de lo que firmaba y del funcionamiento del producto. Por lo demás, pone de relieve que, aún cuando se entendiera que la información que le fuera suministrada fuera insuficiente, la acción resolutoria estaría caducada al haber transcurrido, con creces, el plazo de tres meses establecido en la Ley 42/1998. Finalmente, pone de relieve que; de estimarse la acción de nulidad o subsidiaria resolución, sufriría un empobrecimiento injusto con un correlativo enriquecimiento del actor, pues, - habría disfrutado de sus vacaciones, vendido y arrendado su afiliación y recibido- importes por ello, siendo, improcedente su pretensión de restitución íntegra de las prestaciones, por lo que la demanda habría de ser desestimada.

Junto a los acuerdos objeto del contrato se firmó también una decisión de conformidad y un acuerdo de listado para la reventa independiente del contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que había adquirido.

2.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, declaró la nulidad del contrato y de sus anexos, condenó a la mercantil demandada a restituir al demandante: la cantidad de 20.000 libras esterlinas con los intereses desde la fecha de la reclamación (12 de septiembre de 2012), la cantidad de 6.265 por las cuotas de mantenimiento, y 1.000 libras por el cobro anticipado.

Dada la estimación parcial de la demanda, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

3.- Los argumentos esenciales de su decisión fueron los siguientes:



(i) El contrato que nos ocupa se aparta ampliamente del contenido mínimo que con carácter imperativo impone la Ley 42/98, en concreto del recogido en los arts. 8 y 9 de ella. Así se comprueba si se contrasta los documentos de adquisición con el art. 9 de la citada Ley.

Destacan como omitidos en especial, la descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales y al turno que es objeto del contrato, la duración del régimen y la determinación o cálculo para la fijación de las cuotas de mantenimiento.

(ii) Tales incumplimientos suponen la nulidad radical del contrato y no la simple resolución, cuya acción habría caducado, por cuanto no es simplemente que se haya privado de información al comprador de los derechos, sino de algo tan grave como ha sido intentar obviar la ley y la aplicación completa del régimen impuesto por ella.

(iii) Existió cobro de anticipos, como consta acreditado por la valoración que se hace de la prueba venida a autos.

4.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia. Se opuso a él la parte actora e impugnó la sentencia apelada.

5.- La sección 4.^a, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 30 de septiembre de 2015 estimó el recurso interpuesto por la demandada, revocó la sentencia de primera instancia, y desestimó la impugnación del demandante. En consecuencia, desestimó la demanda interpuesta por el actor y absolvió a la entidad demandada de las pretensiones deducidas contra ella, sin hacer especial imposición de las costas de la primera instancia. No se hace especial imposición de las costas originadas en segunda instancia.

6.- La sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluye que:

(i) El actor adquiere un gran número de semanas para su explotación y reventa, de modo que lo que pretendía era realizar una inversión, no adquirió los productos contratados como destinatario final y consumidor o usuario de los mismos.

(ii) No se puede pretender extender el ámbito de aplicación de la Ley 42/1998 a este tipo de contratos, pues el ámbito protector de esta Ley se extiende a los usuarios y destinatarios finales, y el actor no lo es.

(iii) No siendo de aplicación la citada Ley, es obvio que no puede decretarse la nulidad con base en la misma. En todo caso, los incumplimientos del art. 9 y art. 8.1 de la Ley darán derecho al adquirente para resolver en el plazo de tres meses a contar desde la fecha del contrato.

(iv) No cabe la resolución de los contratos por el incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 8 ni por no contener los contratos la información requerida en el art. 8 de la ley citada, ya que no se ha ejercitado la acción correspondiente en el plazo de tres meses.

(v) No hay prueba de que la información no fuera veraz. No cabe entender acreditado la concurrencia de vicios de consentimiento derivados de una información no veraz.

(vi) La prohibición de los anticipos prevista en el art. 11 de la Ley solo tiene sentido si se produce la extinción -ineficacia- del contrato.

7.- Se interpone recurso de casación por el demandante D. Edemiro El recurso tiene tres motivos:

El primero se fundamenta, en la infracción de la disposición adicional segunda de la Ley 42/1998, infracción del art. 1 Ley 1/1998 y la infracción del art. 6.4º CC.

El recurrente alega 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, pues es un hecho incontrovertido que se venden derechos de aprovechamiento por turnos en un complejo determinado, en un apartamento determinado, para una semana determinada del año con un número determinado de ocupantes. Mantiene 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 alega 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.

El recurrente alega que la sentencia recurrida infringe el art. 1 y la disposición adicional segunda pues estos preceptos no condicionan la aplicabilidad de esta Ley a que los adquirentes sean usuarios finales y/o consumidores y usuarios.



Igualmente cita 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 y la sentencia 776/2014 de 28 de abril de 2015 .

El segundo se fundamenta, en la infracción 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley LGDCU. Se solicita en este motivo que la Sala se pronuncie sobre la consideración de los adquirentes de estos contratos como consumidores.

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

El recurrente denuncia que la doctrina seguida por la sentencia recurrida, iría en contra de la doctrina fijada por esta Sala, cuando atribuye la cualidad de consumidor a los pequeños inversores que en el ámbito de una actividad privada tratan de obtener un rendimiento económico con ocasión de la adquisición de un producto. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 , 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010 .

Se cita 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 sentencia de 25 de julio de 2014 , en las que se niega la condición de consumidor pues la intención de los contratantes era mas bien la de alquilar o reventa posterior. Frente a esta posición 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.

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

El tercero se fundamenta en la infracción del art. 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 .

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

Para el recurrente, los incumplimientos de la demandada en relación a los contratos de aprovechamiento por turnos, en cuanto a la falta de información básica, contenido de los contratos, prohibición de anticipos, la falta de fijación del límite temporal de los contratos, determinan la nulidad de pleno derecho por la vía del art. 1.7 de la Ley 42/1998 , precepto que prevé la sanción directa de la nulidad al margen del art. 6.4 CC .

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

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

En todo caso, alega que se vulnera también el art. 10 de LATBI en relación con el art. 1261 CC por cuanto no contaba con la información suficiente para que pudiera considerarse que otorgaba un consentimiento válido. Cita en este sentido la doctrina de la sala que recogen las sentencias de 11 de julio de 2007 , 26 de marzo de 2009 , 5 de marzo de 2010 y 28 de septiembre de 2011 , pues el dolo abarca no solo la maquinación directa, sino también por omisión siempre que exista un deber de informar sobre los hechos o circunstancias influyentes, doctrina que debe aplicarse cuando ese deber de información viene impuesto de forma expresa por la Ley.

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

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

8.- La Sala dictó auto el 28 de junio de 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación.

Precluyó para la parte recurrida el plazo para formalizar el escrito de oposición al recurso de casación.

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



Si se atiende a los motivos que se articulan en el recurso, corresponde decidir en primer lugar, si es de aplicación al contrato litigioso la Ley 42/1998, por ser ésta de aplicación a las membresías y por ser consumidor el adquirente.

Si así fuese, y se casase la sentencia recurrida en tal extremo, correspondería enjuiciar si se ha dado o no cumplimiento a la normativa de la Ley 42/1998 en el contrato litigioso y, de no haberse dado, qué consecuencia jurídica se le anuda.

Naturalmente, y por razones de seguridad jurídica (art. 9,3 CE), se habrá de estar a la doctrina reiterada por esta sala en esta materia.

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

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

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

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

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

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

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

CUARTO.- La tesis de que el contrato quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Ley 42/1998 no se comparte por la sala.

«La sentencia del Pleno 16/2017, de 16 de enero, afirma que «no adquiriría simplemente la prestación de unos servicios (lo que se conoce como paquete vacacional), sino la integración en una comunidad (membresía), mediante el abono de una cuota de entrada y de cuotas periódicas de mantenimiento, parece evidente que sí estaba contratando un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, si bien mediante una fórmula que pretendía eludir la aplicación de la normativa específica en la materia (la mencionada Ley 42/1998 y la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido)...»

»Del contenido contractual se desprende que «en realidad, estamos ante un contrato por el que se constituye un derecho, sin expresión de su carácter real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, que, bajo la apariencia de apartarse de la figura del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, no cumple su regulación normativa en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Materializándose así el presupuesto contemplado en el art. 1.7 de la propia Ley 42/1998, conforme al cual, son también objeto de la misma los contratos por virtud de los cuales se constituya o transmita cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año. Al que, como veremos, se anuda la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho del contrato en cuestión.»



Añade la sentencia de Pleno que:

«A pesar de que la Directiva 94/47/CEE no imponía una determinada modalidad contractual ni una concreta configuración jurídica para el derecho de aprovechamiento por turno transmitido, la Ley 42/1998 no acogió la pluralidad estructural en su configuración jurídica, por lo que el derecho de aprovechamiento por turno sólo podía constituirse como derecho real limitado (salvo si se optaba por la modalidad de arrendamiento de temporada de bienes inmuebles vacacionales a que se refiere el art. 1.6), y había de sujetarse imperativamente (incluso en esta otra modalidad) a lo dispuesto en la Ley.

»Así, prima facie, conforme a los arts. 1.1 y 1.2 de la Ley 42/1998, según el contenido objetivo del contrato antes transcrito, el mismo no supondría la constitución de un derecho real sobre un bien inmueble concreto y diferenciado. Pero si atendemos a lo dispuesto en los apartados 5 y 7 del mismo art. 1, debemos concluir que la citada Ley resulta aplicable al contrato litigioso, por cuanto el art. 1.5 establece que «lo dispuesto en la presente Ley se aplicará al propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno»; y el contrato de que se trata es claro que se refiere a la comercialización de un peculiar aprovechamiento por turno. Y fundamentalmente, porque el art. 1.7 incluye en su ámbito de aplicación al «contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año.»

QUINTO.- Una vez determinado que el contrato litigioso se encuentra sujeto al ámbito de la Ley 42/1998, desde un punto objetivo, se ha de enjuiciar el segundo motivo por el que la Audiencia, esencialmente, excluye la aplicación de la citada ley, a saber, por considerar que el adquirente no tiene la condición de consumidor.

Si se parte, desde el escrupuloso respeto a los hechos probados de la sentencia recurrida, de que la finalidad del demandante fue invertir para obtener una rentabilidad, y no la de adquirir el producto vacacional como consumidor final, surge la duda jurídica de que se le califique o no de consumidor.

Precisamente por ello se sometió esta cuestión al pleno de la sala, que dictó la sentencia número 16/2017, de 16 enero, declarando doctrina al respecto.

Para ello acudió, entre otros, a argumentos basados en sentencias del TJUE, con cita de su doctrina.

De ahí, que no se entienda necesario plantear cuestión prejudicial.

El concepto de consumidor que sostiene la sala se compadece con el que define la 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 consumidor.

SEXTO.- La doctrina fijada fue en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

»Este concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13



(cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas.

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

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

Se añade en la citada sentencia de Pleno que «el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física», y lo hace en los siguientes términos:

«1.- En relación con la controversia litigiosa, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión.

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

»2.- A su vez, la reforma del mencionado art. 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo , aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente 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. 1.1º CCom .»

SÉPTIMO.- Si se aplica la anterior doctrina a los hechos que aparecen probados, y especialmente el último párrafo transcrito, se ha de considerar al demandante como consumidor, pues no consta que realizase habitualmente este tipo de operaciones.



La mera posibilidad de invertir sus ahorros para lucrarse con el alquiler o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidor.

A ello se suma que la cantidad total invertida se compadece más con la de un consumidor que invierte sus ahorros, que con la de un profesional de la inversión, si se atiende a la suma desembolsada.

OCTAVO.- Al ser de aplicación, pues, la Ley 42/1998, se aprecia que no se ha cumplido sus preceptos si se contrasta los contratos de adquisición con el artículo 9 de la Ley que impone un extenso contenido mínimo y, por supuesto, el de la duración del contrato.

La consecuencia, no por el simple déficit de información, sino de ausencia de requisitos esenciales, es la nulidad radical, dado que de acuerdo con el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización del contrato «al margen de la presente ley» (SSTS 460/2015 de 8 de septiembre , 431/2015, de 16 de julio y 515/2017, de 22 de septiembre , entre otras)

En concreto, se advierte al examinar los contratos que nada dicen sobre su extinción, configurándose con una duración indefinida, lo que incumple la previsión 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 (art. 3).

El incumplimiento de dicha previsión da lugar a la nulidad de pleno derecho, según lo dispuesto en el art. 1.7 de la Ley 42/1998 (STS 549/2017, de 11 de octubre).

NOVENO.- Como recoge la doctrina de la Sala. (sentencia 38/2017, de 20 de enero) «es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante la interpretación de dicha norma y su aplicación al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del artículo 3 C.C 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 es el supuesto aquí enjuiciado, pues los demandantes han tenido a su disposición los aprovechamientos litigiosos desde el inicio de vigencia de los contratos hasta la fecha de presentación de la demanda.

En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados, partiendo de la atribución de una relación contractual de 50 años, que es la máxima prevista por la ley.

A tal cantidad se le ha de sumar la correspondiente penalización por el anticipo indebido.

DÉCIMO.- En aplicación de los artículos 394.1 y 398. 1 LEC , no procede imponer a la parte recurrente las costas del presente recurso, ni hacer expresa condena de las costas del recurso de apelación, ni de la primera instancia.

Procede condenar a la demandada a las costas de la primera instancia

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 la representación procesal de D. Edemiro , contra la sentencia dictada, con fecha 30 de septiembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 7/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1580/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona.

2.º- Casar la sentencia recurrida y, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la demandada, declarar la nulidad radical de las cantidades satisfechas en concepto de pago derivadas de él, pero en los términos que se recogen en el fundamento de derecho noveno.

3.º- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación. No se hace expresa condena en costas en ambas instancias.

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

Así se acuerda y firma.