



Roj: **STS 203/2018 - ECLI:ES:TS:2018:203**

Id Cendoj: **28079110012018100042**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/01/2018**

Nº de Recurso: **1977/2016**

Nº de Resolución: **49/2018**

Procedimiento: **Civil**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 449/2016,**  
**STS 203/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 49/2018**

Fecha de sentencia: 30/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1977/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/01/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE TENERIFE. SECCIÓN 3.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 1977/2016

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 49/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



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

En Madrid, a 30 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Olegario y D.<sup>a</sup> Milagrosa, representados por el procurador D. Ludovico Moreno Martín Rico bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Oscar Salvador Santana González, contra la sentencia dictada el 18 de marzo de 2016 por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación n.º 692/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1114/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona, sobre nulidad contractual. 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.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- Mr. Olegario y Mrs. Milagrosa interpusieron demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations y Resort Properties Limited, habiendo desistido los demandantes posteriormente en relación con esta segunda. En dicha demandada solicitaban se dicte en su día sentencia por la que se declare:

«1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes el 17 de enero de 2006 y el 2 de abril de 2008, así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, en ambos casos con obligación para las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 45.400'00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento en los años 2007 por 1.418 libras, 2008 por 1.520 libras, 2010 por 490 libras y 2011 por 490 libras (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 60.743'99 euros en total) intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas por razón del meritado contrato 1.000,00 libras y la obligación de éstas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 2.000,00 libras esterlinas (2.473'42 euros).

»3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperasen los petitum anteriores, se declare la nulidad, por abusiva y no haber sido negociada de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos donde se ubicaban los apartamentos objeto del contrato de aprovechamiento por turnos del que solicitamos su nulidad y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, (45.400'00 libras esterlinas) más las cuotas abonadas por mantenimiento en los años 2007 por 1.418 libras, 2008 por 1.520 libras, 2010 por 490 libras y 2011 por 490 libras, ascendiendo en total -salvo error u omisión- a una suma de 60.743'99 euros, con expresa imposición de costas las partes demandadas».

2.- La demanda fue presentada el 12 de junio de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona y fue registrada con el n.º 1114/2012. 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 la desestimación de la demanda con imposición de las costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona dictó sentencia de fecha 31 de julio de 2014, con el siguiente fallo:

«Estimar parcialmente la demanda y, por consiguiente:

»1.º) Decretar la nulidad absoluta de los contratos suscritos por las partes el día 17 de enero de 2006 y el día 2 de abril de 2008 (sic: 2 de marzo de 2008), así como los anexos que tuvieren, con obligación de restitución recíproca de prestaciones entre las partes, debiendo restituir la demandada a los actores las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos (que en todo caso incluyen las cuotas de mantenimiento), más intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda y debiendo los actores abonar a la demandada el precio o valor de las semanas de aprovechamiento disfrutadas, que aparecen fijadas en el fundamentos de derecho tercero de la presente, recuperando la demandada automáticamente la titularidad de las semanas y de la membresía del Club Paradiso transmitidas.

»2.º) Declarar en todo caso la improcedencia del pago anticipado efectuado y condenar a la demanda a devolver dicha cantidad por duplicado.

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

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la mercantil Silverpoint Vacations S.L. e impugnada en cuanto al pago de las costas por mitad, por la representación procesal de los Sres. Olegario Milagrosa .

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 número de rollo 692/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 18 de marzo de 2016 , cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: Se estima parcialmente el recurso formulado por la entidad Silverpoint Vacations SL.

»Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la representación de D. Olegario y D.ª Milagrosa .

»Se revoca parcialmente la sentencia recurrida, acordándose en su lugar la desestimación de la demanda y la absolución de la entidad demandada de los pedimentos contenidos en la demanda en su contra, sin efectuar expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.

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

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

1.- Los Sres. Olegario Milagrosa interpusieron recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

Primero.- Por infracción de la disp. ad. 2.ª y del art. 1 de la Ley 42/1998 y art. 6.4 CC .

Segundo.- Por infracción del art. 3 del TRLGDCU.

Tercero.- Infracción de los arts. 1.7 de la Ley 42/1998 , de los arts. 1 , 3 y 4 TRLGDCU y del 6.3 CC .

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Milagrosa y D. Olegario contra la sentencia dictada, con fecha 18 de marzo de 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 692/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1114/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona».

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

4.- Por providencia de 21 de diciembre 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 24 de enero de 2018, en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

1. - El 12 de junio de 2012, los Sres. Olegario Milagrosa presentaron demanda de juicio ordinario contra Silverpoint, Vacations, S.L. (en adelante Silverpoint) que tenía por objeto, por lo que ahora interesa, la declaración de nulidad o subsidiaria resolución de los contratos suscritos con la entidad «Resort Properties Limited» en fechas de 17 de enero de 2006 y 2 de marzo de 2008:

1.º- Mediante el primer contrato, de 17 de enero de 2006, los demandantes adquieren el denominado «Certificado de Fiducia» o «Certificado de Vacaciones», referidos a dos semanas en los apartamentos del complejo Beverly Hill Club y otras dos semanas en los apartamentos del Beverly Hill Heights que se mencionan en el contrato. En el contrato se establece como fecha de primera ocupación el año 2007 y precio del contrato 12.950 libras. En el momento de la firma del contrato se pagan 1.000 libras mediante tarjeta de crédito y el resto mediante un giro bancario de fecha 16 de febrero de 2006. Se comprometen a pagar las cuotas de mantenimiento que gire la empresa. Suscriben además la incorporación a una lista de reventa que les permitiría negociar con las semanas que adquieren, lo que no se llevó a efecto.

2.º- Mediante el segundo contrato, de 2 de marzo de 2008, los demandantes adquieren la condición de miembro asociado en el Club Paradiso (con derecho a una semana de ocupación) y un certificado vacacional en un apartamento del Hollywood Mirage Club que se menciona en el contrato. En el contrato se establece como fecha de primera ocupación el año 2009 y se fija un precio de 32.450 libras. En el momento de la firma del contrato pagan 1.000 libras mediante tarjeta de crédito y financian el resto del pago con la entidad Barclays, mediante un crédito pagadero a partir del 17 de marzo de 2008. Se comprometen a pagar las cuotas de mantenimiento que gire la empresa.

La demanda se basaba, por lo que ahora interesa, en la concurrencia en la celebración de los contratos de un vicio en el consentimiento y en el incumplimiento por parte de la demandada de todas las exigencias de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (en especial, la falta del contenido mínimo del contrato requerido por el art. 9 y la falta de duración del régimen, conforme al art. 3).

Como consecuencia de la declaración de nulidad solicitaban, de modo principal, la condena a la parte demandada a devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 45.400 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento en los años 2007 por 1.418 libras, 2008 por 1.520 libras, 2010 por 490 libras y 2011 por 490 libras, con intereses devengados desde la interposición de la demanda y con expresa condena en costas a la contraparte. Como consecuencia de «la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas por razón del meritado contrato 1.000,00 libras y la obligación de éstas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 2.000,00 libras esterlinas (2.473'42 euros)».

Los demandantes desistieron de su demanda contra Resort Properties Limited.

Silverpoint contestó a la demanda negando su legitimación pasiva y oponiéndose en cuanto al fondo a las pretensiones de los demandantes por las siguientes razones: la Ley 42/1998 es inaplicable a la membresía de Club Paradiso, porque con el contrato no se adquiere el derecho a uso de un inmueble determinado sino la condición de «filiación» a un club, que le confiere el derecho a disfrutar las vacaciones en un complejo, incluido el alojamiento, durante siete noches al año, pero no se trata de un derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles; (ii) la imposibilidad de declarar la nulidad de los contratos por considerar que, en cualquier caso, la falta de mención a la información a la que se refieren los arts. 8 y 9 de la Ley 42/1998 es causa de resolución en el plazo de tres meses ( art. 10 de la Ley 42/1998 ), por lo que la acción estaría caducada; (iii) la inexistencia de incumplimiento del art. 11 del mismo cuerpo normativo y (iv) la inexistencia de vicio o error en el consentimiento de los actores.

La demandada alegó también que los demandantes hicieron uso de algunas semanas y cobraron algunas cantidades por la cesión del uso a terceros (docs. 6, 6 bis, 7 y 7 bis de la contestación); también que devolvió las 1.000 libras correspondientes al contrato de 2008, lo que trata de justificar con una carta dirigida a los demandantes en la que se comprometía a devolver esa cantidad cuando se hiciera efectiva la firma del contrato por la concesión del crédito.

2. - La sentencia del Juzgado, tras rechazar la excepción de falta de legitimación, estima parcialmente la demanda.

Razona el Juzgado que: i) Los contratos litigiosos transgreden los mandatos imperativos de la Ley 42/1998, en particular, omiten todos el contenido mínimo requerido por su art. 9, por lo que son nulos de pleno derecho conforme a los arts. 1.7 de la Ley y 6.3 CC . ii) Procede la restitución de las prestaciones (precio pagado, cuotas de mantenimiento por parte de la demandada, que recupera como consecuencia de la nulidad la titularidad de las semanas transmitidas y de las membresías o afiliación al Club). Los demandantes, a su vez, deben restituir el precio de las semanas que disfrutaron, lo que deberá valorarse económicamente de acuerdo con los propios contratos. iii) Procede la devolución duplicadas de las cantidades anticipadas abonadas por los demandantes, por aplicación del art. 11 Ley 42/1998 y no ha quedado probada por documentos fehacientes que se realizara la devolución de los anticipos.

Silverpoint interpone recurso de apelación y los demandantes impugnan la sentencia por lo que se refiere a la no condena en costas.

Silverpoint alegó: (i) su falta de legitimación pasiva, ya que los contratos fueron suscritos con Resort Properties Limited; (ii) la inaplicación de la Ley 42/1998 al producto denominado Club Paradiso por no tratarse de un derecho de aprovechamiento por turnos de un bien inmueble; (iii) la inaplicación de la Ley 42/1998 a los contratos por no ostentar los actores la condición de **consumidores** y usuarios, (iv) la imposibilidad de declarar la nulidad de los contratos por considerarse que, en cualquier caso, la falta de mención a la información a la que se refieren los artículo 8 y 9 de la Ley 42/1998 es causa de resolución en el plazo de tres meses ( art. 10



de la Ley 42/1998 ), estando la citada acción manifiestamente caducada y (v) la inexistencia de vicio o error en el consentimiento de los actores.

3. - La Audiencia Provincial confirma el criterio del Juzgado por lo que se refiere a la legitimación de la demandada pero revoca la sentencia y desestima la demanda.

Basa su razonamiento en las siguientes consideraciones: i) Los demandantes no pueden ser considerados **consumidores**, pues si adquirieron cinco semanas no fue para su disfrute persona sino para comercializarlas, de modo que no les es aplicable la Ley 42/1998, que se dirige a proteger al **consumidor**. ii) Además, en el caso del producto Club Paradiso, se reitera el criterio de la misma Audiencia en el sentido de que no están reguladas en la citada ley las membresías (a diferencia de lo que sucede en la Ley 4/2012, no aplicable por razones temporales). iii) Es aplicable el régimen general de obligaciones y contratos del Código civil y en el caso ni existe error ni dolo que permitan anular los contratos litigiosos.

**SEGUNDO.-** Los demandantes interponen recurso de casación en su modalidad de interés casacional.

1.- El recurso se funda en tres motivos.

1.º) En el primer motivo denuncian infracción de la disp. ad. 2.ª y del art. 1 de la Ley 42/1998 y art. 6.4 CC .

En su desarrollo argumentan que la Ley 42/1998 se aplica de manera imperativa (disp. adic. 2.ª) a los supuestos que define su ámbito de aplicación (art. 1 ), con independencia de nombre con que se denomine a los contratos, de modo que el comportamiento de la demandada supone un fraude de ley que trata de eludir la aplicación de la Ley 42/1998 mediante la utilización de otras fórmulas contractuales ( art. 6.4 CC ).

Para justificar el interés casacional alegan que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales referida a esta cuestión y cita numerosas sentencias en uno y otro sentido. Los recurrentes alegan también que la sentencia recurrida se opone a lo resuelto por la sala en sentencia de 16 de julio de 2015, rec. 431/2015 , que establece que es imperativa la aplicación de la Ley 42/1998 a todos los productos que tengan por objeto el disfrute de un período de tiempo cada año. Igualmente citan las sentencias de esta sala 774/2014, de 15 de enero de 2015 , 776/2014, de 28 de abril de 2015 , y 460/2015, de 8 de septiembre .

2.º) En el segundo motivo denuncian infracción del art. 3 del TRLGDCU.

En su desarrollo argumentan que no actuaron en su esfera profesional al celebrar los contratos litigiosos y que no deben quedar excluidos del ámbito de protección del **consumidor**.

Para justificar el interés casacional alegan que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales referida a esta cuestión. Los recurrentes denuncian 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 ( sentencias de 22 de diciembre de 2009 , 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010 ).

Citan como sentencias que mantienen la misma posición que la sentencia recurrida, las sentencias de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2015 y de 25 de julio de 2014 , entre otras, en las que se niega a los demandantes la condición de **consumidor** con el argumento de que su intención era más bien la de alquilar o revender. Frente a esta posición la sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de septiembre de 2014 , les consideró **consumidores** a pesar de haber suscrito contratos de reventa. Cita, en el mismo sentido, las sentencias de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de la Rioja de 20 febrero de 2013 y 11 de enero de 2013 , entre otras.

3.º) En el tercer motivo denuncian infracción del art. 1.7 de la Ley 42/1998 , de los arts. 1 , 3 y 4 TRLGDCU y del art. 6.3 CC .

En su desarrollo argumentan que los contratos son nulos por incumplimiento de las exigencias legales para la comercialización de los productos de aprovechamiento por turno.

En concreto, denuncian que como no se refleja plazo de duración alguno en estos contratos, lo que daría lugar a su nulidad, conforme a la doctrina de la sala, recogida en las sentencias 96/2016, de 19 de febrero , 431/2015, de 16 de julio , 774/2014, de 15 de enero de 2015 , 460/2015, de 8 de septiembre , 775/2014, de 15 de enero .

Alegan también que se vulnera el art. 10 de la Ley 42/1998 en relación con el art. 1261 CC por cuanto no contaban con la información suficiente para que pudiera considerarse que otorgaban un consentimiento válido. Citan en este sentido la doctrina de la sala 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 . Añaden que el dolo abarca no solo la maquinación directa, sino también por omisión siempre que exista un deber de informar sobre los hechos o circunstancias



influyentes, doctrina que debe aplicarse cuando ese deber de información viene impuesto de forma expresa por la Ley.

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

**2.-** Silverpoint presenta escrito de oposición al recurso en el que alega causas de inadmisión y causas de desestimación. También porque el escrito es ambiguo y no razona cuál es la infracción que se denuncia.

De inadmisión porque considera que la recurrente no justifica la existencia de interés casacional, al limitarse a aportar numerosas sentencias en las que se decide en función de las circunstancias concretas del caso.

De oposición: i) porque, tal y como ha mantenido en las instancias y acogió la Audiencia Provincial, sostiene que la membresía del Club Paradiso no es un derecho de aprovechamiento por turno, por lo que no ese contrato no está sometido a la Ley 42/1998; ii) reitera que la actora recurrente no es consumidora, pero que tal calificación es irrelevante para decidir la aplicación de la Ley 42/1998; iii) por lo que se refiere a las consecuencias de la realización de los contratos al margen de la Ley 42/1998: insiste en que no procede la nulidad sino que en todo caso los demandantes pudieron desistir o resolver el contrato en los plazos que establece el art. 10 de la citada Ley; que el incumplimiento del art. 11 tampoco permite declarar la nulidad y que es incompatible condenar a pagar el duplo de los anticipos con la nulidad; que la falta de mención a la duración en los contratos no significa que fueran indefinidos y que los aprovechamientos litigiosos se habían transmitido por primera vez antes de la citada Ley, por lo que no les afecta la exigencia legal de duración y en cualquier caso también debió hacerse valer ese defecto mediante la resolución contractual en el plazo de tres meses desde la firma del contrato; iv) para el caso de que se declare la nulidad discute las consecuencias que pretende la parte recurrente porque no valoran las semanas que disfrutaron, solicitan la devolución de las cuotas de mantenimiento que forman parte de una relación jurídica diferente, no minoran los rendimientos percibidos: sostiene que la devolución debe hacerse a precio de mercado y que la devolución de las cantidades anticipadas es incompatible con la nulidad contractual.

Finalmente, la parte recurrida solicita también que se planteen dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una acerca de cómo debe interpretarse el concepto de «adquirente» a la luz de la Directiva 94/47/CE y otra acerca de si la Directiva permitía a los Estados restringir la comercialización de ciertos productos.

**TERCERO.-** Debemos dar respuesta en primer lugar a algunas de las cuestiones alegadas por la demandada recurrida en su 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, con técnica, redacción y estructura mejorables, identifica el problema jurídico que plantea, que no es otro que el de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, a los contratos litigiosos, teniendo en cuenta que se trata de un contrato de aprovechamiento por turno «al margen» de lo dispuesto en la citada ley.

A partir de allí, el recurso plantea la procedencia de la declaración de la nulidad de los contrato por el que se constituye un derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año «al margen» de la Ley 42/1998.

La propia parte recurrida ha podido conocer las infracciones denunciadas acerca de la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas aplicables como muestra que, tras alegar causa de inadmisión, entra con detalle a oponerse a todas y cada una de las infracciones denunciadas.

Por lo que se refiere a la existencia de interés casacional, esta sala considera que queda suficientemente acreditado por el hecho de que es contraria a la doctrina de esta sala, recogida en la sentencia del pleno 16/2017, de 16 de enero, la sentencia recurrida, al entender que los adquirentes del derecho de aprovechamiento por turno quedan excluidos del ámbito de la Ley 42/1998 por haber contratado con finalidad de revender sus derechos.

**2.-** En cuanto a la petición de planteamiento de dos cuestiones prejudiciales, conviene recordar que, de acuerdo con el art. 267 TFUE, corresponde al Tribunal su planteamiento. En primer lugar, 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. En segundo lugar, esta sala tampoco considera preciso que el Tribunal



de Justicia se pronuncie sobre la segunda cuestión que se sugiere por el recurrente, habida cuenta de que el art. 11 de la Directiva 94/47/CE, como resulta de su propio tenor literal, permitía a los Estados mantener disposiciones más favorables en materia de protección del adquirente, lo que el legislador español pretendió hacer mediante la regulación del tipo de productos vacacionales que contempló en la Ley 42/1998.

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

1.- Revocando la sentencia de primera instancia, la Audiencia desestimó la demanda porque consideró que los contratos litigiosos no estaban sometidos a la Ley 42/1988 por no tener los demandantes la condición de **consumidores**. Esta interpretación es contraria a la doctrina de la sala.

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

Esta es la doctrina que se considera aplicable por la razón fundamental de que lo que se discute en el presente recurso es el concepto de «adquirente» en la Ley 42/1998 y esta Ley lo que hizo fue trasponer la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. En consecuencia, de forma ineludible, la interpretación del concepto de «adquirente» en la Ley 42/1998 debía realizarse conforme a lo dispuesto en la Directiva.

La Ley 42/1998 de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, que en su exposición de motivos sí se refería a la protección del **consumidor**, no definía el concepto de «adquirente», pero ese «adquirente» no podía ser otro que el contemplado en la Directiva. El art. 2 de la Directiva definía al «adquirente» como «toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato».

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

Cuando se celebró el primer contrato litigioso (el 17 de enero de 2006) 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.

Cuando se celebró el segundo contrato (2 de marzo de 2008: la sentencia de primera instancia, por error, indica en el fallo la fecha de 2 de abril) ya estaba en vigor el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los **consumidores** y usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TRLGCU), que en ese momento decía que «son **consumidores** o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Este concepto procedía de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que **consumidor** es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas.



La falta de ánimo de lucro, ni se exigía en el art. 3 TRLGCU, ni tampoco se exige ahora para la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial en el art. 3 TRLGCU tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, con el fin de incorporar a nuestro Derecho interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los **consumidores**, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. 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 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión. La STJUE 3 septiembre 2015 (asunto C-110/14), incluso, ha declarado que el art. 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «**consumidor**» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

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

2.- La Audiencia entendió además, discrepando del criterio del Juzgado, que la nulidad pretendida por los demandantes no podía fundamentarse en incumplimiento de la Ley 42/1998 porque tal Ley no era aplicable al caso, por tratarse de la adhesión a un club de vacaciones, producto no regulado por la citada Ley. Este criterio es contrario al mantenido por esta sala.

Esta sala ha reiterado, respecto de contratos similares a los que dan lugar al presente litigio, que están incluidos en el art. 1.1 de la Ley 42/1998, pues a pesar de su estructura y denominación, no se contrata solo la prestación de unos servicios como si se tratara de un mero paquete vacacional, sino que constituyen un derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, por el que mediante el abono de una cuota de entrada y unas cuotas periódicas de mantenimiento se produce la integración en una «membresía» que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios (sentencias 16/2017, de 16 de enero, 37/2017 y 38/2017, de 20 de enero, 87/2015, de 15 de febrero, seguidas de otras posteriores).

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

En el caso, los actores adquirirían, a cambio del pago de un precio global, de una cantidad de entrada y de una cuota anual de mantenimiento, el aprovechamiento de unos apartamentos y de los servicios complementarios del complejo en el que se integraban. No se aludía a la naturaleza de los derechos adquiridos ni se establecía una duración temporal. Se da así el presupuesto contemplado en el art. 1.7 de la propia Ley 42/1998, conforme al cual, el contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos.

En el caso, no solo es que no se cumpliera ninguna de las exigencias informativas requeridas por el art. 9 de la Ley 42/1998, sino que, dada la propia configuración del objeto del contrato el mismo se realiza, en los términos





del art. 1.7, «al margen» de la citada Ley , mediante una fórmula que pretendía eludir su aplicación, por lo que procede declarar la nulidad de los contratos litigiosos, conforme a la interpretación y aplicación jurisprudencial de tal precepto a la que ya se ha hecho referencia.

**3.-** 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 , 633). 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 de los contratos litigiosos.

**QUINTO.-** Estimado el recurso de casación procede, asumiendo la instancia, desestimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

**1.-** Estimamos en lo sustancial la pretensión principal de la demanda y declaramos la nulidad de los contratos de fecha 17 de enero de 2006 y 2 de marzo de 2008, confirmando en este punto la sentencia de primera instancia.

Los efectos de la restitución deben calcularse, de acuerdo con la doctrina de la sala, a la que no se ajusta en su totalidad la sentencia de primera instancia, que en este punto no puede ser confirmada.

**2.-** 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 parte 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 parte 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 (bien usándolos personalmente, bien cediendo su uso a terceros) se compensa con la parte proporcional del precio de compra y con los gastos de mantenimiento correspondientes al tiempo disfrutado, cuyo reembolso no procede.

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.

**3.-** En el supuesto que aquí se contempla, por lo dicho, hay que partir de que en el contrato de 17 de enero de 2006 debe computarse como precio 11.950 libras (sin tener en cuenta, por tanto, el pago de 1.000 libras efectuado en el momento de la firma del contrato que, por lo que se dirá a continuación, se somete al régimen del art. 11 de la Ley 42/1998 ). Como alega la demandada, la parte demandante ha tenido a su disposición los apartamentos desde 2007 hasta la interposición de la demanda en el año 2012. En consecuencia, de la cantidad satisfecha como precio la actora únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada en la cantidad que proporcionalmente corresponda por el tiempo no disfrutado, 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 fue lo solicitado en el suplico.

En el contrato de 2 de marzo de 2008 debe computarse como precio el de 32.450 libras. Puesto que la demandante ha tenido a su disposición los derechos adquiridos desde 2009 hasta la interposición de la demanda en el año 2012, 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 fue lo solicitado en el suplico.

La nulidad de los referidos contratos conlleva que la demandada recupere la titularidad de los derechos objeto de los contratos.

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



De modo principal, los actores solo solicitan el reconocimiento de obligación de las demandadas de devolver tal cantidad por duplicado de uno de los contratos, es decir, la suma de 2.000 libras esterlinas. Por lo dicho, se estima su pretensión.

**SEXTO.**- 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.

Estimado parcialmente el recurso de apelación de Silverpoint no se imponen las costas de la apelación.

## 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. Olegario y D.ª Milagrosa contra la sentencia dictada el 18 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 692/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1114/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona.

2.º- Casar la sentencia recurrida, dictando otra en su lugar por la que se declara la nulidad de los contratos de 17 de enero de 2006 y de 2 de marzo de 2008 y se condena a la demandada a devolver la cantidad satisfecha como precio de tales contratos por la parte actora, pero con las deducciones mencionadas en el fundamento de derecho quinto, que se llevarán a cabo en ejecución de sentencia, con los intereses legales desde la interposición de la demanda. A esa cantidad se sumarán 2.000 libras esterlinas en concepto de devolución duplicada de lo pagado como anticipo. La nulidad de los referidos contratos conlleva que la demandada recupere la titularidad de los derechos objeto de los contratos.

3.º- Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

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 a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.