



Roj: **STS 1735/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1735**

Id Cendoj: **28079110012018100273**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2018**

Nº de Recurso: **3904/2016**

Nº de Resolución: **286/2018**

Procedimiento: **Civil**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2051/2016,**  
**STS 1735/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 286/2018**

Fecha de sentencia: 18/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3904/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/05/2018

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

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

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3904/2016

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

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 286/2018**

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. Eduardo Baena Ruiz

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

En Madrid, a 18 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Avelino y D.<sup>a</sup> Ruth , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> María José Arroyo Arroyo bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Eva María Gutiérrez Espinosa, contra la sentencia dictada en fecha 7 de octubre 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 97/2016 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 246/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arona, sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida 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.- D. Avelino y D.<sup>a</sup> Ruth interpusieron demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations S.L. en la que solicitaban se dictara sentencia por la que se declarara:

«1.- La nulidad o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes el 29 de septiembre de 2005 ( NUM000 ), el 21 de octubre de 2006 ( NUM001 ) y el 25 de marzo de 2007 ( NUM002 ), así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos si los hubiera, con obligación para la demandada Silverpoint Vacations S.L., de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 39.695 libras esterlinas, o su equivalente en euros s.e.u.o. 47.487,20 €, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda, previo descuento de las cantidades entregadas en concepto de reventas (s.e.u.o. 4.000 libras), que se señalan en el hecho segundo y se documenta al número 5 de los documentos, con expresa condena en costas a la contraparte.

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

2.- La demanda fue presentada el 24 de marzo de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arona y fue registrada con el n.º 246/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Silverpoint Vacation S.L. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza por sustitución del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arona dictó sentencia de fecha 29 de septiembre de 2015 , con el siguiente fallo:

«Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Avelino y D.<sup>a</sup> Ruth representados por la procuradora de los tribunales D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> José Arroyo Arroyo, contra la entidad Silverpoint Vacations S.L., representada por el procurador de los tribunales D. Pedro Ledo Crespo, y en consecuencia:

»1.º- Debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra.

»2.º- Debo condenar y condeno a los demandantes a abonar las costas procesales causadas».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Avelino y D.<sup>a</sup> Ruth e impugnada por Silverpoint Vacation S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el número de rollo 97/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 7 de octubre de 2016 , con el siguiente fallo:

«1.º- Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por la procuradora D.<sup>a</sup> María José Arroyo Arroyo en nombre y representación de D. Avelino y D.<sup>a</sup> Ruth .

»2.º- Desestimar la impugnación a la sentencia formulada por el procurador D. Pedro Ledo Crespo en nombre y representación de Silverpoint Vacations S.L.



- »3.º- Revocar parcialmente la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2015 por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Arona en autos de juicio ordinario n.º 246/2014.
- »4.º- No formular expresa condena en costas en la primera instancia.
- »5.º- Mantener el resto de la resolución.
- »6.º- No formular expresa condena en costas en esta alzada».

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

1.- D. Avelino y D.ª Ruth interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracciones de las normas procesales reguladoras de la sentencia, artículo 469.1 LEC .

»1.- Infracción del deber de congruencia. Artículo 216 y 218 LEC . Se sucede una grave infracción de los deberes impuestos en cuanto a la congruencia de la sentencia. Se desprende de la resolución que nos ocupa una grave incongruencia tanto de los fundamentos en que se basa la resolución, siendo contradictorios en si mismos, como también se advierte una incongruencia omisiva, al no dar respuesta a todas las peticiones de esta parte.

»Segundo.- Vulneración, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en el artículo 24 de la Constitución : artículo 469.1.4.º LEC . Vulneración del derecho de prueba.

»Tercero.- Art. 469.1.3.º. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

»Al respecto de la errónea interpretación de la norma especial, Ley 42/98 de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, la inadecuada interpretación implicará un grave quebranto a la tutela judicial efectiva, a la vista de la inseguridad jurídica que se desprende de la errónea interpretación legal. Errónea interpretación de la norma, y de su exposición de motivos, en virtud de la cual se niega la aplicación de la misma ante el planteamiento hipotético de una rentabilidad futura e incierta de la adquisición».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- La sentencia que nos ocupa, se opone a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo al respecto de las consecuencias jurídicas que cabe imponer a la empresa comercializadora de este tipo de productos de derechos de uso o aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, como lo es la demandada, ante la desatención de la norma especial, Ley 42/98 LATBI, en su artículo 3 , que viene a establecer un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza.

»Segundo.- Se da un claro interés casacional, al amparo del mismo artículo 477.2.3.º, en tanto existen criterios contradictorios al respecto de la consideración del adquirente como **consumidor** al amparo de la Ley General de **Consumidores** y Usuarios , Ley 26/1984, (según la fecha de celebración del contrato). Se sucede la divergencia de criterios, existiendo jurisprudencia contradictoria a la vista de que la Audiencia Provincial de Tenerife considera no ser de aplicación esta norma en tanto no considera usuario a quien adquiere un derecho como particular, pero pretende a continuación lucrarse económicamente, aun cuando tal pretensión se lleva a cabo en el ámbito privado. Entendemos que se incumplen los artículos 2 y 3 de la Ley 26/1984 , en interpretación conforme a los motivos de la Ley, que viene a ser lo que fallan otras AAPP tales como la de la Rioja, en sistemáticas sentencias que dotan de la cualidad de **consumidor** a quien aun pretendiendo la adquisición para un provecho económico, en tanto se hace en la esfera privada debe tener la condición de **consumidor**.

»Tercero.- Infracción de la doctrina clásica del Tribunal Supremo del *nomen iuris*. Esta divergencia de criterios respecto de la aplicación o no de la ley especial (Ley 42/98), al respecto de los derechos vendidos bajo el amparo y el abrigo de la normativa especial de la Ley 42/98 de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. La consideración de la sala, de negar la condición de **consumidor** a los actores, por entender que la naturaleza de la relación no es la de una adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos sino de una inversión. En primer lugar esta consideración va radicalmente en contra del propio contenido del contrato, que advierte que no se trata de un contrato de inversión sino que afecta a una adquisición de aprovechamiento por turnos, pero además afecta a la teoría clásica del Tribunal en tanto el contrato es lo que es y no lo que el imaginario de una de las partes, en este caso el actor, quisiera o le hubiera querido a la vista de las promesas de la contraria. Se incumple de forma clara la doctrina jurisprudencial existente sobre la irrelevancia del *nomen iuris* recogida en SSTs de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985 , que declara que los Tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado».



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 8 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Ruth y D. Avelino contra la sentencia dictada con fecha 7 de octubre de 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 97/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 246/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arona».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito en el que solicita que se plantee una cuestión prejudicial.

4.- Por providencia de 16 de abril de 2018 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 9 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los demandantes interponen los recursos por infracción procesal y casación contra la sentencia que desestimó tanto su pretensión principal de nulidad de los tres contratos litigiosos (o subsidiaria resolución por incumplimiento) como la pretensión subsidiaria de restitución duplicada de las cantidades anticipadas pagadas en el momento de la celebración de los contratos.

La sentencia recurrida confirmó la de primera instancia (salvo en el tema de las costas de la primera instancia, que no impuso a ninguna de las partes), en primer lugar, porque consideró que los demandantes no eran destinatarios finales de los derechos que adquirieron en virtud de los contratos, por lo que tales contratos no quedaban sometidos a la Ley 42/1998, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Descartada la aplicación de esa ley excluyó igualmente que procediera declarar la nulidad con arreglo al régimen derivado de los vicios del consentimiento del Código civil porque consideró que sí hubo información, y que, en todo caso, puesto que los demandantes hicieron tres contratos entre los años 2005 y 2007 cabía suponer que el error solo estaría en el primero, pero no en los otros dos. Consideró que era irrelevante que en el contrato no se identificara el objeto de los derechos adquiridos porque se contrataba para revender y negó trascendencia a la referencia a las cuotas de mantenimiento que debían pagarse porque consideró que no era un elemento esencial. Por lo que se refiere a la falta de duración del contrato consideró que su ausencia daría lugar a la aplicación del art. 1128 CC, pero no a la nulidad del contrato.

### Recurso extraordinario por infracción procesal

**SEGUNDO.-** El recurso se funda en los tres motivos que han quedado recogidos en los antecedentes de hecho de esta sentencia, a los que la demandada recurrida se opone.

1.º) La parte actora alega en el primer motivo la infracción de normas procesales por existir infracción del deber de congruencia. Denuncia que la sentencia ha introducido un cambio en el debate al negar que los demandantes sean **consumidores**, lo que no fue negado por la parte demandada, que centró su defensa en el cumplimiento de la Ley. Denuncia también incongruencia omisiva porque dice que la sentencia no da respuesta a todas las peticiones de la demandante.

El motivo se desestima.

Aparte de que la condición de **consumidor** ya fue negada en la sentencia de primera instancia, y combatida por el recurrente en su apelación, la sentencia recurrida ni incurre en incongruencia ni en falta de motivación. Que la sentencia recurrida no estime la pretensión del actor no significa que la sentencia incurra en incongruencia omisiva, pues contesta a lo solicitado, para denegarlo (en el mismo sentido, sentencias 352/2015, de 2 de julio, 686/2015, de 2 de diciembre, entre otras). En el caso, descartada por las razones que justifica la Audiencia la aplicación de la Ley 42/1998, así como la existencia de los vicios del consentimiento en que se basaba la demanda, la sentencia no puede extraer ninguna de las consecuencias que pretendía el demandante.

2.º) En el segundo motivo denuncia la parte recurrente la vulneración de derechos fundamentales (art. 24 CE) por entender que la valoración de la prueba es nula a la par que la sentencia adolece de falta de motivación.

El motivo se desestima.



En el desarrollo del motivo lo que hace la parte recurrente es interpretar los contratos litigiosos de una manera diferente a como lo hace la sentencia recurrida y reprochar que no haya considerado que existía falta de información, pero no dirige su recurso a la inadecuada fijación de hechos, que es lo que, de producirse, permitiría estimar el motivo del recurso. Lo que plantea es la revisión conjunta de la prueba practicada para imponer su propia valoración, lo que está excluido del recurso por infracción procesal ( sentencias 613/2015, de 10 de noviembre , 336/2015, de 9 de junio , 195/2016, de 29 de marzo ).

Por otra parte, con independencia de que se comparta o no el razonamiento de la Audiencia, y de que su criterio pueda ser revisado en el recurso de casación, la sentencia de la Audiencia explica con claridad las consideraciones que justifican su fallo y se puede conocer perfectamente el razonamiento por el que rechaza las pretensiones del demandante y que es, precisamente, lo que justifica el interés casacional del recurso que interpone el recurrente (en el mismo sentido, sentencias 149/2016, de 29 de marzo , 260/2015, de 20 de mayo , entre otras).

3.º) El tercer motivo lo que plantea es que debió aplicarse al contrato litigioso la Ley 42/1998, pero eso es una cuestión de naturaleza sustantiva excluida de este recurso por lo que el motivo, que debió ser inadmitido, es ahora desestimado.

### Recurso de casación

**TERCERO.**- El recurso de casación: i) considera que, dada la falta de límite temporal en los contratos, procede declarar su nulidad, de acuerdo con la doctrina sentada por esta sala al interpretar la exigencia de duración de los contratos sometidos a la citada ley (primer motivo del recurso de casación); ii) denuncia que la sentencia recurrida ha excluido incorrectamente la condición de los demandantes ahora recurrentes de destinatarios finales de los derechos adquiridos (motivo segundo del recurso de casación); iii) impugna la falta de aplicación a los contratos litigiosos de la Ley 42/1998, cuando por su objeto transmiten un derecho de aprovechamiento por turno sobre un inmueble en el sentido que regula esta ley (motivo tercero del recurso).

La demandada ahora recurrida, además de oponerse al recurso de casación, solicita que la sala plantee una cuestión prejudicial acerca del concepto de adquirente a que se refiere el art. 2 de la Directiva 97/47/CE de que trae causa la Ley 42/1998 aplicable al caso.

Conviene recordar que, de acuerdo con el art. 267 TFUE , corresponde al Tribunal su planteamiento y, por lo que se dirá al resolver el recurso de casación, para emitir su fallo esta sala no considera preciso que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre la interpretación del concepto de adquirente del art. 2 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994 , relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

**CUARTO.**- Por las razones que se exponen a continuación, el recurso de casación debe ser estimado.

1.- Confirmando 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 ser los demandantes destinatarios finales de los derechos adquiridos. 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.

La falta de ánimo de lucro, ni se exigía en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los **consumidores** y usuarios, ni en el art. 3 TRLGCU, ni tampoco se exige ahora para la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial en el art. 3 TRLGCU tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, con el fin de incorporar a nuestro Derecho interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los **consumidores**, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Así se entiende que, con carácter general, en el marco del concepto comunitario y europeo de **consumidor**, como alguien que actúa al margen o con un propósito ajeno a su actividad profesional, el Tribunal de Justicia haya declarado que la intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de **consumidor**, por ejemplo en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión. La STJUE 3 septiembre 2015, asunto C-110/14), incluso, ha declarado que el art. 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «**consumidor**» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

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

2.- 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 apartados 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.-** 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 parte actora ha tenido a su disposición los apartamentos se compensa con la parte proporcional del precio de compra y con los gastos de mantenimiento correspondientes al tiempo disfrutado, 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.

**SEXTO.-** Consta en los autos que las partes celebraron tres contratos: i) por el primero, celebrado el 29 de septiembre de 2005, los demandantes adquirirían dos semanas de aprovechamiento por turnos por precio de 13.130 libras esterlinas; ii) en virtud del segundo, celebrado el 21 de octubre de 2006 adquirirían tres semanas de uso por 8.500 libras más la entrega de una de las semanas adquiridas conforme al primer contrato; de esta forma, puesto que las partes fijaron el precio del primer contrato en atención a que se adquirirían dos semanas, hay que entender que al aportar como precio del segundo contrato una de las semanas del primero, el precio del segundo contrato era el de las 8.500 libras que se pagaron en dinero más el valor atribuible a la semana



del primer contrato e identificable, como alegaba la demandante, en la mitad del precio del primer contrato (6.565 libras): en consecuencia, el precio del segundo contrato alcanza la suma de 15.065 libras que, a falta de especificación en el contrato, debe entenderse que corresponde a la suma del mismo precio para las tres semanas que se adquirirían; iii) por el tercer contrato, los demandantes adquirirían otras seis semanas por un precio de 11.500 libras.

Consta igualmente en los autos, y así lo reconoció el demandante en su demanda y en su posterior declaración, que el primer contrato (29 de septiembre de 2005) se extinguió, dado que los derechos de la semana que no fueron cedidos como precio del segundo contrato fueron adquiridos de nuevo por la demandada. En consecuencia, no nos pronunciaremos sobre los efectos derivados de su nulidad, dado que los demandantes lo extinguieron por un nuevo acuerdo con la demandada.

Por lo dicho, para establecer los efectos de la restitución de los contratos vigentes hay que partir de que, de la cantidad satisfecha como precio, en el contrato de 21 de octubre de 2006 (por lo antes explicado, 15.065 libras), puesto que la parte demandante ha tenido a su disposición los apartamentos desde 2008 en dos apartamentos y desde 2007 en el tercer apartamento adquirido y en ambos casos hasta la interposición de la demanda en el año 2014, 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. La misma regla debe tenerse en cuenta para calcular la cantidad que la demandada debe reintegrar respecto del precio pagado por el contrato de fecha 25 de marzo de 2007 (11.500 libras), teniendo en cuenta que la demandante ha tenido a su disposición los apartamentos desde 2008 hasta la interposición de la demanda en el año 2014.

Ello con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, que fue lo solicitado en el suplico.

No procede hacer pronunciamiento sobre las cantidades anticipadas puesto que tal pretensión se ejercitó de manera subsidiaria para el caso de que no se estimara la de nulidad contractual.

**SÉPTIMO.-** Conforme a los arts. 394.1 y 398.1 LEC , las costas del recurso extraordinario por infracción procesal se imponen a la parte recurrente que, además, pierde el depósito constituido para la interposición de este recurso, de conformidad con la disp. adic. 15.9 LOPJ.

No procede hacer especial declaración sobre las costas causadas por el recurso de casación. Procede la devolución del depósito constituido para la interposición de este recurso, de conformidad con la disp. adic. 15.8 LOPJ.

No se imponen a los demandantes las costas de la apelación, que debió ser estimada. Procede la condena a la demandada de las costas causadas en la primera instancia, dada la estimación sustancial de la demanda, y las producidas por su apelación ( arts. 394 y 398 LEC ).

## FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada, con fecha 7 de octubre de 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 97/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 246/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arona.

2.º- Casar la sentencia recurrida.

3.º- Estimar parcialmente la demanda interpuesta por D.ª Ruth y D. Avelino contra Silverpoint Vacations S.L y, en consecuencia, declarar la nulidad de los contratos suscritos por las partes el 29 de septiembre de 2005 ( NUM000 ), el 21 de octubre de 2006 ( NUM001 ) y el 25 de marzo de 2007 ( NUM002 ), así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos si los hubiera, con obligación para la demandada Silverpoint Vacations S.L., de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia, lo que se calculará en ejecución de sentencia, y con el interés legal desde la demanda.

4.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no imponer las del recurso de casación.

5.º- Imponer a la demandada las costas de la primera instancia.

6.º- No imponer las costas de la apelación.





7.º- Imponer la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para el recurso de casación.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ