



Roj: **STS 2293/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2293**

Id Cendoj: **28079110012018100356**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2018**

Nº de Recurso: **1550/2017**

Nº de Resolución: **379/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 199/2017,**
STS 2293/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 379/2018

Fecha de sentencia: 20/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1550/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 1550/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 379/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 20 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de enero de 2017, dictada en recurso de apelación 427/2016, de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario 841/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Emiliano y Dña. Mariana, representados en las instancias por el procurador D. Buenaventura Alfonso González, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Óscar S. Santana González, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la mercantil Silverpoint Vacations S.L., representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal, bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Emiliano y Dña. Mariana, representados por el procurador D. Buenaventura Alfonso González y asistidos de los letrados D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Óscar S. Santana González, interpusieron demanda de juicio ordinario de nulidad contractual contra la mercantil Silverpoint Vacations y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado dictara sentencia:

«Por la que se declare:

»1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos a que se refiere la presente demanda (los de fecha 28 de octubre de 2008 y 27 de octubre de 2010, dado que éste dejó sin efecto el de fecha 9 de noviembre de 2009 al haberse entregado las propiedades como parte del precio del de 2010), así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, en ambos casos con obligación para las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de:

»A) Por precio de los referidos contratos, el importe de 40.518,00 libras esterlinas (cuarenta mil quinientas dieciocho libras esterlinas), equivalentes salvo error u omisión a la suma de 50.959,49.-? (cincuenta mil novecientos cincuenta y nueve euros con cuarenta y nueve céntimos), de las que hay que descontar la cantidad de 300,00 libras -trescientas libras- (377,31 euros -trescientos setenta y siete euros con treinta y un céntimos-) que se obtuvieron por la reventa de las propiedades recogidas en el contrato aportado como documento número dos, lo que hace un total reclamada de 40.218,00 libras esterlinas (cuarenta mil doscientas dieciocho libras esterlinas), equivalentes salvo error u omisión a la suma de 50.582,18 euros (cincuenta mil quinientos ochenta y dos euros con dieciocho céntimos).

»B) Por gastos de mantenimiento en el Club Paradiso, años 2011 a 2014 inclusive, el importe de 2.934,00 libras -dos mil novecientos treinta y cuatro libras- (3.690,09 euros -tres mil seiscientos noventa euros con nueve céntimos-).

»Lo que suma una cantidad total reclamada de 43.152,00 libras (54.272,27 euros), salvo error u omisión, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La improcedencia del cobro anticipado a mi mandante, de las cantidades satisfechas en concepto de anticipo por razón de los meritados contratos de 40.518,00 libras (50.959,49 euros), con la obligación de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, en virtud del artículo 11 de la Ley 42/1998, es decir, 81.036,00 libras esterlinas (101.918,98 euros), de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 40.518,00 libras esterlinas (50.959,49 euros), por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado en punto primero de este suplico.

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

»A) Por precio de los referidos contratos, el importe de 40.518,00 libras esterlinas (cuarenta mil quinientas dieciocho libras esterlinas), equivalentes salvo error u omisión a la suma de 50.959,49.-? (cincuenta mil novecientos cincuenta y nueve euros con cuarenta y nueve céntimos), de las que hay que descontar la cantidad de 300,00 libras -trescientas libras- (377,31 euros -trescientos setenta y siete euros con treinta y un céntimos-) que se obtuvieron por la reventa de las propiedades recogidas en el contrato aportado como documento número dos.



dos, lo que hace un total reclamada de 40.218,00 libras esterlinas (cuarenta mil doscientas dieciocho libras esterlinas), equivalentes salvo error u omisión a la suma de 50.582,18 euros (cincuenta mil quinientos ochenta y dos euros con dieciocho céntimos).

»B) Por gastos de mantenimiento en el Club Paradiso, años 2011 a 2014 inclusive, el importe de 2.934,00 libras -dos mil novecientas treinta y cuatro libras- (3.690,09 euros -tres mil seiscientos noventa euros con nueve céntimos-).

»Lo que suma una cantidad total reclamada de 43.152,00 libras (54.272,27 euros), salvo error u omisión, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte».

2.- La entidad demandada Silverpoint Vacations S.L. contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Pedro Ledo Crespo y bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se desestime íntegramente la demanda, con la imposición expresa a la parte actora de las costas causadas en la instancia».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arona se dictó sentencia, con fecha 17 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Emiliano y Dña. Mariana, representados por el procurador D. Buenaventura Alfonso González y defendidos por el letrado D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Óscar S. Santana González contra la entidad Silverpoint Vacations representada por el procurador D. Pedro Ledo Crespo y defendida por el letrado D. Manuel Linares Trujillo todo ello, con la expresa condena al demandante al pago de las costas procesales».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante e impugnada la sentencia por la parte demandada, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 23 de enero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Desestimando tanto el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Emiliano y Dña. Mariana como la impugnación formulada por la de la mercantil Silverpoint Vacations S.L., en ambos casos contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arona en el juicio ordinario núm. 841/14, se confirma íntegramente dicha resolución, debiendo cada una de las partes hacerse cargo de las costas causadas por ella en esta alzada».

Y con fecha 10 de febrero de 2017 se dictó auto denegando la aclaración de la sentencia solicitada por los demandantes apelantes.

TERCERO.- 1.- Por D. Emiliano y Dña. Mariana se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Los preceptos que se consideran infringidos por inaplicabilidad de la Ley 42/1998 sobre derechos de aprovechamiento por turnos son:

- Disposición adicional segunda de la Ley.
- Artículo 1 (ámbito objetivo) de la Ley.
- Art. 6.4.º del Código Civil.

Segundo motivo.- Preceptos infringidos respecto a la consideración de **consumidores** y usuarios.

- Art. 3 y 4 del R.D. Legislativo 1/2007 Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Art. 217 de la LEC.

Tercer motivo.- Respecto a las consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de la Ley a los contratos objeto de la litis.

- Art. 1.7 de la Ley 42/1998 sobre derecho de aprovechamiento por turnos.
- Arts. 60, 62, 63, 69, 71, 79 del T. Refundido del R.D. Legislativo 1/2007.
- Arts. 1261, 1265 y 6.3 del Código Civil.



Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 24 de enero de 2018, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de Silverpoint Vacations S.L., presentó escrito de oposición al mismo, proponiendo en otrosi digo primero y segundo planteamientos de cuestión prejudicial.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 13 de junio de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

Los demandantes, D.^a Mariana y D. Emiliano formularon demanda, contra Silverpoint Vacations S.L., en la que ejercitaban la acción de nulidad radical o resolución de los contratos suscritos el 29 de octubre de 2008 y 27 de octubre de 2010, pues este contrato dejó sin efecto el celebrado con fecha 9 de noviembre de 2009, al haberse entregado las propiedades como parte del precio del contrato de 2010.

La demandada Silverpoint Vacations S.L. se opuso a la demanda.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda y absolvió a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra, con expresa condena en costas a la parte demandante.

Se interpuso recurso de apelación por los demandantes y se impugnó por la demandada apelada la sentencia en cuanto a su falta de legitimación pasiva.

La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 23 de enero de 2017, desestimó tanto el recurso de apelación interpuesto por los demandantes como la impugnación formulada por la mercantil demandada y confirmó íntegramente dicha resolución, debiendo cada una de las partes hacerse cargo de las costas causadas por ellas en la alzada.

La sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluyó que:

1. El único contrato vigente al momento de la formalización de la demanda, no es un contrato de aprovechamiento por turnos sino de un producto vacacional completamente distinto, y por tanto debe estimarse como atípica la relación jurídica entablada entre las partes al efectuar esas adquisiciones y de difícil encaje en la Ley 42/1998, teniendo en cuenta además la dificultad que plantea para considerar a los actores como verdaderos **consumidores**, dado que el objetivo de la compra no era para destinarlo al propio uso, sino más bien para alquilar o para reventa posterior.

2. El examen debe analizarse desde el punto de vista de lo dispuesto para las obligaciones y contratos del CC.

3. No concurre la nulidad contractual pretendida y parece ser que el descontento por la no obtención de los beneficios esperados, es la causa de la nulidad contractual.

Se interpuso recurso de casación por los demandantes D.^a Mariana y D. Emiliano. El recurso consta de tres motivos:

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

Los recurrentes mantienen que el Tribunal Supremo ha establecido como doctrina jurisprudencial que estos productos, siempre que se trata de la división temporal del derecho de uso de un inmueble, se han de regular por la Ley 42/1998 y que fuera de esta alternativa se considera cometido en fraude de Ley.

Los recurrentes citan la sentencia 16/2017, del pleno de 16 de enero, rec. 2718/2014, que fija como doctrina la aplicabilidad de la Ley 42/1998 al tipo de contratos conocidos como clubs vacacionales, de manera que la sentencia recurrida vulnera dicha doctrina jurisprudencial. Se cita también en el motivo las SSTS 56/2017, de 30 de enero, rec. 2764/2014, la sentencia 37/2017, de 20 de enero, rec. 2959/2014, la STS 38/2017, de 20 de enero, rec. 3238/2014, y la STS 39/2017, de 20 de enero, rec. 3264/2014.

Los recurrentes mantienen que la sentencia recurrida se oponía a la doctrina que la sala venía aplicando desde las SSTS 774/2014, de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013, y la 431/2015, de 16 de julio, rec. 2089/2013, 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.



Los recurrentes mantienen que de acuerdo con la doctrina de la sala, cualquier fórmula distinta a la contemplada por la Ley 42/1998, para regular una división temporal del derecho al uso de un bien inmueble, fuera de la alternativa de la referida Ley, deberá ser considerado nulo y cometido en fraude de ley merecedor de la sanción de nulidad, art. 1.7 Ley 42/1998 .

El segundo se fundamenta en la infracción del art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley LGDCU.

Los recurrentes denuncian que la sentencia recurrida se opone a la reciente doctrina jurisprudencial de la sala, en concreto se cita la sentencia 16/2017, de 16 de enero, rec. 2718/2014 , sentencia 39/2017, de 20 de enero, rec. 3264/2014 , sentencia 38/2017, de 20 de enero, rec. 3238/2014 , y sentencia 37/2017, de 20 de enero, rec. 2959/2014 .

En definitiva, los recurrentes mantienen que, de acuerdo con la reciente doctrina de la sala, la adquisición por parte de una persona física de una, tres, seis o quince semanas, aún cuando se da la posibilidad de reventa y ánimo de lucro, no hace que se pierda la consideración de **consumidor** cuando no consta acreditado que desarrollen dicha actividad de manera profesional. En el presente caso se adquieren tres semanas sin que se trate de profesionales del sector ni desarrollen con dicha adquisición una actividad profesional.

En todo caso, los recurrentes alegan que la doctrina del Tribunal Supremo ya se había pronunciado considerando incluso que merecen la condición de **consumidores** y usuarios los pequeños inversores bancarios, SSTs de 22 de diciembre de 2009 , 17 de junio 2010 y 11 de junio de 2011 .

El tercero se fundamenta en la infracción de los arts. 1 , 2 , 3 , 8 , 9 , 10 , 11 y 12 de Ley 42/1998 , conforme al art. 1.7 de la referida Ley .

Los recurrentes alegan que la sentencia recurrida se opone a la reciente doctrina de la sala que declara nulos los contratos que no respeten el articulado de la Ley 42/1998 y, por lo tanto, en base al art. 477.3 LEC el recurso presenta interés casacional.

Se cita la sentencia 37/2017, de 20 de enero, rec. 2959/2014 , sentencia 19/2017, de 17 de enero, rec. 3064/2014 , sentencia 38/2017, de 20 de enero, rec. 3238/2014 , y sentencia 192/2016, de 29 de marzo, rec. 793/2014 , entre otras.

SEGUNDO .- *Contratos.*

1.- Contrato de 28 de octubre de 2008, se declaró extinguido en la sentencia del juzgado confirmada por la Audiencia Provincial al haberse revendido la totalidad de las semanas adquiridas en el mismo.

2.- Contrato de 9 de noviembre de 2009, quedó novado por el de 27 de octubre de 2010.

3.- Contrato de 27 de octubre de 2010, que será el único analizado. Un certificado de fiducia. Club Paradiso. Isla NUM000 . Inicio ocupación 2011. Precio en efectivo 9000 libras. Entregado como pago en especie la fiducia City NUM001 , adquirida en el contrato de 9 de noviembre de 2009, por el que se abonaron 16.000 libras esterlinas.

TERCERO .- *Motivos uno a tres.*

1.- Primer motivo.- Los preceptos que se consideran infringidos por inaplicabilidad de la Ley 42/1998 sobre derechos de aprovechamiento por turnos son:

- Disposición adicional segunda de la Ley.

- Artículo 1 (ámbito objetivo) de la Ley.

- Art. 6.4.º del Código Civil .

2.- Segundo motivo.- Preceptos infringidos respecto a la consideración de **consumidores** y usuarios.

- Art. 3 y 4 del R.D. Legislativo 1/2007 Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias.

- Art. 217 de la LEC .

3.- Tercer motivo.- Respecto a las consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de la Ley a los contratos objeto de la litis.

- Art. 1.7 de la Ley 42/1998 sobre derecho de aprovechamiento por turnos.

- Arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 y 79 del T. Refundido del R .D. Legislativo 1/2007.

- Arts. 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil .

**CUARTO** .- *Causas de inadmisibilidad.*

Procede rechazarlas dado que:

1.º- Se invoca acertadamente el interés casacional dadas las contradicciones entre sentencias de Audiencias Provinciales y la reciente doctrina jurisprudencial de esta sala, que luego se citará.

2.º- No se intentan modificar los hechos probados de la sentencia recurrida, al ser prácticamente inexistentes.

QUINTO .- *Decisión de la Sala. Régimen jurídico.*

Se estiman los motivos.

En el régimen jurídico que regula el aprovechamiento por turno, y haciendo una breve reseña histórica de su regulación debemos citar:

1. La Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguló en España, por primera vez, el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, también conocido con la expresión más breve -aunque inexacta y prohibida- de multipropiedad.

Antes de la promulgación de la Ley 42/1998 se había aprobado por las instituciones de la entonces Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, la Directiva 94/47/CE, que, con la finalidad de acabar con los fraudes y abusos que se daban en ese sector, obligaba a los legisladores nacionales a dictar determinadas normas protectoras de los adquirentes de este tipo de derechos sobre inmuebles. La Ley 42/1998 no se limitó a la transposición estricta de la Directiva, sino que procuró dotar a la institución de una regulación completa, más amplia de la exigida por aquélla.

El objeto de Ley, según indica su art. 1, 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 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.

Entre las cuestiones que suscita el derecho de aprovechamiento por turno se encuentran las referidas a la configuración jurídica del derecho y a la protección del adquirente en la celebración del contrato.

En lo que respecta a la configuración jurídica del derecho, la cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola. Según indica su preámbulo, la Ley 42/1998 «ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo, sin embargo, la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica».

El derecho de aprovechamiento por turno es, por naturaleza, temporal. Así se desprende del art. 3 de la Ley, al establecer que: «1. La duración del régimen será de tres a cincuenta años, a contar desde la fecha de inscripción del régimen jurídico o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción.

»2. Extinguido el régimen por transcurso del plazo de duración, los titulares no tendrán derecho a compensación alguna».

La indicación de la fecha en que el régimen de aprovechamiento por turno se extinguirá es uno de los extremos que configuran el contenido mínimo del contrato de transmisión de derechos de aprovechamiento por turno (art. 9.1. 2.º y 10.º de la Ley).

En lo que respecta a la protección del adquirente en la celebración del contrato, la ley regula de forma detallada las cuestiones referidas al documento informativo -art. 8-, el contenido del contrato -art. 9-, el desistimiento y la resolución *ad nutum* y la resolución-sanción -art. 10-, la prohibición del pago de anticipos -art. 11- y la resolución de préstamos vinculados -art. 12-.

2. La Ley 4/2012, de 6 de julio.

La nueva Directiva 2008/122/CE, deroga la anterior, y tiene como fundamento la aparición de nuevos productos vacacionales; asimismo, completa lagunas, amplía la armonización de los ordenamientos internos de los estados, refuerza la información al **consumidor**, regula con mayor precisión los plazos de ejercicio del derecho



de desistimiento, insiste y amplía la prohibición de pago de anticipos durante el plazo de ejercicio de tal derecho, y determina la ineficacia de determinados préstamos de financiación para el caso de desistimiento.

Su incorporación al ordenamiento jurídico español se ha producido con la actual regulación de la 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.

En esta nueva norma se ha optado por elaborar un texto unificado, que comprenda tanto la transposición de la Directiva 2008/122/CE, en el título I, como la incorporación de la Ley 42/1998, en los títulos II y III, con las adaptaciones que requiere dicha Directiva.

La Ley 4/2012 contempla la regulación de cuatro figuras contractuales: el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, el contrato de adquisición de productos vacacionales de larga duración, el contrato de reventa y el contrato de intercambio.

El derecho de desistimiento del **consumidor** se establece sin necesidad de motivación y se puede ejercer tanto si el empresario hubiera facilitado toda la información precontractual como si no lo hubiera hecho o la hubiera facilitado de forma insuficiente. Se trata de un único derecho que se diferencia sólo en el cómputo. Las cláusulas contractuales correspondientes al derecho de desistimiento y a la prohibición del pago de anticipos, serán firmadas aparte por el **consumidor**.

El contrato incluirá, asimismo, un formulario normalizado de desistimiento en documento aparte.

El plazo de los 14 días que en todos los tipos contractuales tiene el **consumidor** para desistir del contrato se computarán de la forma que establece el art. 12 de la Ley 4/2012. Dicho plazo arrancará desde la fecha de celebración del contrato, si bien, como garantía para el adquirente, el plazo no empezará a contar si el empresario no le hubiera entregado el «formulario de desistimiento» o la «información precontractual» (de ahí la enorme importancia de la presencia de la firma y de la fecha en el propio interés del empresario), en cuyo caso comenzará a contar a partir del momento de la fecha de su efectiva entrega. Ahora bien, desde el momento de la celebración del contrato la ley establece para hacer efectivo el desistimiento el plazo máximo de un año -por ausencia de formulario- o de tres meses -por ausencia de información precontractual-.

Dado que el contrato analizado se formaliza después, es indudable que será la Ley 42/1998 la aplicable al caso.

SEXTO .- *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.

**SÉPTIMO** .- *Contrato analizado.*

Examinado el contrato, se puede apreciar que en nada respeta los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la Ley establece en su art. 9 y no se determina, en el certificado de fiducia, la duración del contrato. Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma. Máxime en el del club Paradiso que ni se menciona el apartamento, ni la semana (ISLA NUM000).

Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical del contrato mencionado en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contrato «al margen de la presente Ley».

Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en el contrato no se transcribe los arts. 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998, ni menciona, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (art. 9.1.6.º), por lo que el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato.

OCTAVO .- *Régimen jurídico de los contratos.*

En este contrato se refiere:

1. Carta de asociación al club de vacaciones.
2. Un programa de intercambio.
3. Cuota de gestión anual.

En la sentencia recurrida se declara que este contrato no se refiere a un contrato de aprovechamiento por turno sino a un producto vacacional (membresía), completamente distinto, que la Ley 42/1998 no recoge ni menciona y que sí regula la Ley 4/2012 que por su ámbito temporal no es aplicable a este contrato.

Esta sala debe declarar que si bien es cierto que la Ley 42/1998 no regulaba expresamente los contratos de producto vacacional, ello no significa que quedasen al margen de la regulación del fenómeno, pues como dijimos regulaba los aprovechamientos por turno o «similares».

Es decir, la Ley 42/1998 concedora de las posibilidades de fraude (art.1.7) se preocupó de ampliar su cobertura a:

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

Precisamente por ese intento de fraude que intentaba eludir la aplicación de la mencionada directiva de 1994 y de la Ley 42/1998, se regulan en los arts. 12 y siguientes de la Ley 4/2012 los contratos de producto vacacional de larga duración, sometiéndolos a estrictos requisitos y a diversos formularios.

La nueva Directiva 2008/122/CE recoge en sus considerandos iniciales:

«Además, la experiencia adquirida en la aplicación de la Directiva 94/47/CE ha demostrado que algunos aspectos que ya estaban cubiertos necesitan una actualización o una precisión para impedir que se creen productos con la finalidad de eludir las disposiciones de la presente Directiva».

Pero el acuerdo armonizador que efectúa la Directiva 2008/122, ampliando la regulación a los productos vacacionales para evitar el fraude, ya se había anticipado en nuestra Ley 42/1998, pues dado que las directivas comunitarias son normas de mínimos nuestro legislador creó una regulación sistemática y amplia del aprovechamiento por turno.

En este sentido declara la exposición de motivos de la Ley 42/1998 que:

«Al final, la propia Unión Europea llegó al convencimiento de que el problema no estaba tanto en una teórica insuficiencia legislativa como en el hecho de tratarse de un sector donde el **consumidor** está especialmente desprotegido, de modo que lo procedente era la elaboración de una Directiva que estableciera una normativa de carácter excepcional y que limitara, en este ámbito, la autonomía de la voluntad hasta donde fuera aconsejable...

»La cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola, dejando fuera de la ley a las demás. Se ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo sin embargo la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de



temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica.

»La Ley, por otra parte, no se limita a la transposición estricta de la Directiva, sino que procura dotar a la institución de una regulación completa. Así determina la posibilidad de constituir un derecho de naturaleza real, por el que se adquiere la facultad de disfrutar de un inmueble durante un período determinado del año; regula cómo se constituye sobre un inmueble el régimen jurídico del aprovechamiento por turno y dispone cómo han de ejercitarse en España los derechos de desistimiento y resolución que establece la Directiva europea.

»No es la primera vez que un texto comunitario es origen de una regulación interna más amplia de la exigida por aquél y, más aún, tratándose de Directivas que establecen unas garantías mínimas de protección».

A la vista de lo declarado debemos mantener que en el contrato analizado, se pretende el uso periódico de unas semanas de vacaciones, en los turnos previamente adquiridos, en alojamientos susceptibles de uso independiente, con mobiliario y prestación de servicios accesorios, con pago de una notable cantidad por la compra del derecho y con gastos de mantenimiento anuales, con posibilidad de desistimiento, reventa, intercambio, en suma, este contrato queda integrado en el ámbito objetivo de regulación del art. 1 de la Ley 42/1998 .

Examinado el contrato se puede apreciar que en nada respeta los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la Ley establece en su art. 9 y no se concreta el objeto del contrato pues no se indica un apartamento sino una tipología de inmueble a la que denomina «Isla».

Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma.

Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical del contrato mencionado en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de un contrato «al margen de la presente Ley».

Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en los contratos no se transcriben los arts. 10 , 11 y 12 de la Ley 42/1998 , ni mencionan, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (art. 9.1.6.º), por lo que el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato, ni tampoco la duración del contrato ni el objeto.

NOVENO .- Condición de **consumidor** a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.

Esta sala ha declarado en sentencia 16/2017, de 16 de enero :

«2.- 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 la redacción vigente cuando se firmaron los contratos litigiosos, "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.º 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A su vez, el Reglamento 593/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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"».

DÉCIMO .- *El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de **consumidor** de una persona física.*

Esta sala ha declarado en sentencia 16/2017, de 16 de enero :

«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. 1.1.º CCom ».

Desde este punto de vista, no consta que los demandantes realizaran habitualmente este tipo de operaciones por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de **consumidores**. El hecho de que se contrataran otras semanas, solo supone la decisión de invertir en dicho producto, pero no que se dedicasen profesionalmente a su compra y venta.



UNDÉCIMO .- De acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 , ya mencionado, procede declarar la nulidad radical del contrato por no ajustarse a lo dispuesto en la misma, la que se trató de eludir sistemáticamente.

DUODÉCIMO .- *Cantidades a devolver.*

Es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante la interpretación de dicha norma y su aplicación al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del artículo 3 CC en el sentido de que dicha interpretación se ha de hacer atendiendo fundamentalmente a su «espíritu y finalidad». En el caso del citado artículo 1.7 se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato -normalmente de adhesión- que no cumple con las prescripciones legales, pero no ha sucedido así en el presente supuesto en el cual, los demandantes han podido disfrutar durante algunos años de los alojamientos que el contrato les ofrecía, por lo que el reintegro de cantidades satisfechas no ha de ser total sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años.

En consecuencia, de la cantidad satisfecha (25.000 libras esterlinas) habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados partiendo de la atribución de una duración contractual de 50 años, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, acogiéndose así los pedimentos principales del «suplico» de la demanda en cuanto a los contratos de que se trata sin necesidad de entrar en la consideración de las pretensiones formuladas con carácter subsidiario.

Calculamos los años de uso, partiendo de la fecha de primera ocupación que figura en el contrato (2011), hasta la fecha de la interposición de la demanda (2014), lo que nos lleva a entender que no han disfrutado 46 años, por lo que se ha de condenar a la demandada al pago de 23.000 libras esterlinas.

No constan anticipos, depósitos o pagos adicionales.

No procede condena a la devolución de los gastos de mantenimiento dado que los demandantes tuvieron a su disposición los referidos inmuebles para usarlos, como de hecho hicieron directa o indirectamente.

Por lo expuesto se estima parcialmente la casación y asumiendo la instancia se estima parcialmente la demanda.

DECIMOTERCERO .- No ha lugar a plantear cuestión prejudicial, dada la claridad del desarrollo jurisprudencial del concepto de **consumidor** por el TJUE, en cuanto que en el presente caso los demandantes actúan al margen de una actividad profesional (STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

Esta sala tampoco considera preciso que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la segunda cuestión que se propone 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.

DECIMOCUARTO .- Estimada parcialmente la demanda no se imponen a la demandada las costas de primera instancia. En la demanda se solicitaba la nulidad de dos contratos, y en la presente sentencia se considera extinguido uno de los contratos cuya nulidad se pretendía (arts. 394 y 398 LEC).

No procede imposición de costas de la apelación ni de la casación, con devolución del depósito constituido para este recurso.

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 parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Emiliano y Dña. Mariana , contra sentencia de 23 de enero de 2017, del recurso de apelación 427/2016, de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife .

2.º- Casar la sentencia recurrida, dictando una nueva por la que se estima parcialmente la demanda en el siguiente sentido:

a) Se declara la nulidad radical del contrato de 27 de octubre de 2010.

b) Condenamos a la demandada al pago a los demandantes de la cantidad de 23.000 libras esterlinas, e interés legal desde la interposición de la demanda y sin expresa imposición de las costas de la primera instancia.



3.º- No procede imposición de costas de la apelación ni en casación, con devolución del depósito constituido para este recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ