



Roj: **STS 2295/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2295**

Id Cendoj: **28079110012018100358**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2018**

Nº de Recurso: **408/2017**

Nº de Resolución: **378/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2153/2016,**
STS 2295/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 378/2018

Fecha de sentencia: 20/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 408/2017

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 3.^a

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 408/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 378/2018

Excmos. Sres. y Excmo. 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 21 de noviembre de 2016, dictada en recurso de apelación 214/2016, de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario 261/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Arona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Modesto y Dña. Mariola, representados en las instancias por el procurador D. Leopoldo Pastor Llarena, 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. Arcadio 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. Modesto y Dña. Mariola, representados por el procurador D. Leopoldo Pastor Llarena 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 del contrato a que se refiere la presente demanda, 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:

»A) Por precio del referido contrato, el importe de 7.828 libras esterlinas, equivalentes salvo error u omisión a la suma de 8.993,58.-? (ocho mil novecientos noventa y tres euros con cincuenta y ocho céntimos), de los que solo reclamaremos 5.878 libras esterlinas (cinco mil ochocientos setenta y ocho libras esterlinas), equivalentes salvo error u omisión a 6.753,23.-? (seis mil setecientos cincuenta y tres euros con veintitrés céntimos), por descontarse la cantidad de GBP 1950 (mil quinientas libras esterlinas) (sic) del apartamento que se revendió del contrato señalado como doc. núm. dos.

»B) En concepto de cuotas de mantenimiento la cantidad de 5.552,97.-? (cinco mil quinientos cincuenta y dos euros con noventa y siete céntimos).

»C) Gastos de incursión en listas de reventa por importe de 344,67.-? (trescientos cuarenta y cuatro euros con sesenta y siete céntimos).

»Cantidad que suma un total de 12.650,87.-? (doce mil seiscientos cincuenta euros con ochenta y siete céntimos), salvo error u omisión, que es la que se reclama, 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 del meritado contrato de 8.993,58 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, 17.987,16.-?, de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 8.993,58 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 tal contrato:

»A) Por precio del referido contrato, el importe de 7.828 libras esterlinas, equivalentes salvo error u omisión a la suma de 8.993,58.-? (ocho mil novecientos noventa y tres euros con cincuenta y ocho céntimos), de los que solo reclamaremos 5.878 libras esterlinas (cinco mil ochocientos setenta y ocho libras esterlinas), equivalentes salvo error u omisión a 6.753,23.-? (seis mil setecientos cincuenta y tres euros con veintitrés céntimos), por descontarse la cantidad de GBP 1950 (mil quinientas libras esterlinas) (sic) del apartamento que se revendió del contrato señalado como doc. núm. dos.

»B) En concepto de cuotas de mantenimiento la cantidad de 5.552,97.-? (cinco mil quinientos cincuenta y dos euros con noventa y siete céntimos).



»C) Gastos de incursión en listas de reventa por importe de 344,67.-? (trescientos cuarenta y cuatro euros con sesenta y siete céntimos).

»Cantidad que suma un total de 12.650,87.-? (doce mil seiscientos cincuenta euros con ochenta y siete céntimos), salvo error u omisión, que es la que se reclama, 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. José Minero Macías, 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 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 1 de Arona se dictó sentencia, con fecha 6 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Modesto y Dña. Mariola, representados por el procurador de los tribunales D. Leopoldo Pastor Llarena, 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 demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra.

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

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante e impugnada la sentencia por la parte demandada, la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 21 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º- Desestimamos la impugnación por la demandada, entidad mercantil Silverpoint Vacations S.L.

»2.º- Estimamos en parte el recurso interpuesto por la parte actora integrada por D. Modesto y Dña. Mariola .

»3.º- Revocamos parcialmente la sentencia apelada, en el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento condenatorio de la mencionada parte actora al pago de las costas de la primera instancia, por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia, siendo las comunes por mitad, confirmando el resto de pronunciamientos no afectados por esta revocación parcial.

»4.º- No ha lugar a efectuar expresa imposición de las costas de esta alzada».

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

Primer motivo.- Los preceptos que se consideran infringidos respecto a la consideración de **consumidores** y usuarios y aplicación de la Ley 42/1998 son:

- Artículo 1 de la Ley 26/1984 General en Defensa de **Consumidores** y Usuarios .

- Art. 217 de la LEC .

Segundo motivo.- Respecto a las consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de la Ley a los contratos objeto de litis se considera infringidos los siguientes preceptos:

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

- Art. 10 de la Ley 26/1984 General en Defensa de **Consumidores** y Usuarios .

- 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 8 de noviembre de 2017, 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 otrosí digo el planteamiento 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 Mariola y D. Modesto formularon demanda, contra Silverpoint Vacations, S.L, en la que ejercitaban la acción de nulidad y subsidiaria resolución del contrato suscrito el 29 de julio de 2006.

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, y condenó a la parte demandante a abonar las costas causadas.

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 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 21 de noviembre de 2016 , desestimó la impugnación formulada por la demandada, estimó en parte el recurso interpuesto por la parte actora, revocó parcialmente la sentencia de primera instancia, en el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento condenatorio a la parte actora al pago de las costas, y se confirmó el resto de pronunciamientos. Sin efectuar expresa imposición de las costas de esta alzada.

La sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluyó que:

1. En cuanto al carácter o no de **consumidores** de los actores, así como la inaplicabilidad de la Ley 42/1998 al contrato objeto de autos, se remite a lo recogido en la sentencia 285/2015, de 18 de septiembre, dictada por la misma Sección .
2. En cuanto a la nulidad al amparo de las causas contempladas en los arts. 1300 CC , falta una prueba clara y bastante de la concurrencia de algunos de esos vicios. No cabe apreciar el engaño denunciado pues el dolo no se presume y debe ser probado por quien lo alega.
3. Debe fracasar también la acción resolutoria, pues no puede reputarse como hecho probado el compromiso asumido por la demandada de revender exitosamente esas adquisiciones.

Se interpuso recurso de casación por los demandantes, D.^a Mariola y D. Modesto . El recurso consta de dos motivos:

El primero 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 mantienen que en la nueva noción comunitaria incluida en el art. 3 TRLGDCU, el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión, pues los actos de consumo en ámbitos puramente familiares o domésticos en que el **consumidor** es el destinatario final quedarán fuera del ámbito profesional. En el presente caso, no consta acreditado que los actores sean profesionales del sector y solo se ha acreditado que con las reventas los actores no aumentaban su capacidad económica, sino que mitigaban parte del dinero invertido en la adquisición.

Los recurrentes citan numerosas sentencias de Audiencias Provinciales en las que se declara que el ánimo de lucro no excluye la consideración de **consumidor**.

Esta postura doctrinal es la que sigue la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 , y sentencias de 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010 , 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.

Se cita como sentencias que mantienen la misma posición que la sentencia recurrida, las sentencias de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2015 , y sentencia de 25 de julio de 2014 , entre otras, en las que se niega la condición de **consumidor** pues la intención de los contratantes era más bien la de alquilar o reventa posterior. Frente a esta posición la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de septiembre de 2014 , les consideraba **consumidores** a pesar de haber suscrito contratos de reventa.

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

El segundo se fundamenta en la infracción de los arts. 2, 3, 8, 9, 10, 11 , y 12 de la Ley 42/1998 . Los recurrentes alegan que la aplicación de la Ley 42/1998, determina la nulidad de estos contratos, por la infracción de los preceptos citados.



Los recurrentes, en concreto, denuncian que el contrato objeto de esta litis no recoge plazo de duración alguno, por ello, conforme a la doctrina de la sala recogida, entre otras: sentencia 96/2016, de 19 de febrero, rec. 461/2014, sentencia 431/2015, de 16 de julio, rec. 2089/2013, sentencia 774/2014, de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013, sentencia 460/2015, de 8 de septiembre, rec. 1432/2013, sentencia 775/2014, de 15 de enero, rec. 3190/2012, se debe declarar la nulidad por tratarse de un contrato de duración indefinida.

Los recurrentes alegan que es la propia demandada la que en su escrito de contestación a la demanda afirma que el contrato de autos tiene una duración ilimitada y que ello es perfectamente válido y eficaz conforme a la Ley 42/1998 y además en el presente caso no se ha cumplido prácticamente ninguno de los preceptos de la Ley 42/1998.

En la demanda, al folio 11, se denunciaba la infracción del art. 3.1 de la Ley 42/1998, en cuanto, no se hacía referencia a la duración del régimen en estos contratos.

SEGUNDO .- *Contrato* .

Contrato de 29 de julio de 2006. Concretado en tres semanas con descripción del apartamento. Inicio de ocupación 2007. Precio 7828 libras esterlinas, de las que 1000 libras esterlinas fueron anticipo.

La semana correspondiente al apartamento NUM000 fue vendida y se le abonó a los demandantes 1950 libras.

TERCERO .- *Motivos uno y dos*.

1.- Primer motivo.- Los preceptos que se consideran infringidos respecto a la consideración de **consumidores** y usuarios y aplicación de la Ley 42/1998 son:

- Artículo 1 de la Ley 26/1984 General en Defensa de **Consumidores** y Usuarios .

- Art. 217 de la LEC .

2.- Segundo motivo.- Respecto a las consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de la Ley a los contratos objeto de litis se considera infringidos los siguientes preceptos:

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

- Art. 10 de la Ley 26/1984 General en Defensa de **Consumidores** y Usuarios .

- 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 aquella.

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.

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 del 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 transcriben 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.
4. Anticipo.

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, estos contratos quedan integrados 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 la duración del contrato.

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 el contrato no se transcriben 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, ni tampoco la duración del contrato.

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 (4878 libras esterlinas), deducida la reventa de 1950 libras, 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, acogándose así los pedimentos principales del «suplico» de la demanda en



cuanto al contrato de que se trata sin necesidad de entrar en la consideración de las pretensiones formuladas con carácter subsidiario.

Calculamos los años de uso (7 años), partiendo de la fecha de primera ocupación que figura en el contrato (2007), hasta la fecha de la interposición de la demanda (2013), lo que nos lleva a entender que no han disfrutado 43 años, por lo que se ha de condenar a la demandada al pago de 4195,08 libras esterlinas.

En concepto de anticipo duplicado, se condena al pago de dos mil euros, adicionales, suma que no se reduce, dada la naturaleza sancionadora del art. 11 de la ley 42/1998 .

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 sustancialmente 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 sustancialmente la demanda se imponen a la demandada las costas de primera instancia (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. Modesto y Dña. Mariola contra sentencia de 21 de noviembre de 2016, del recurso de apelación 214/2016, de la Sección 3.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) La nulidad radical del contrato de 29 de julio de 2006.

b) Condenamos a la demandada al pago a los demandantes de la cantidad de 6.195,08 libras esterlinas, e interés legal desde la interposición de la demanda y con 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.