



Roj: **STS 4173/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4173**

Id Cendoj: **28079110012018100688**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2018**

Nº de Recurso: **2125/2016**

Nº de Resolución: **694/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1290/2016,**
STS 4173/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 694/2018

Fecha de sentencia: 11/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2125/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/12/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 2125/2016

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 694/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 11 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de abril de 2016, dictada en recurso de apelación 605/2015, de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario 872/2012, sobre nulidad contractual, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granadilla de Abona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Luis María y Dña. Irene, 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 sus nombres y representaciones el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil Diamond Resorts Tenerife Sales S.L., representada por el procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, bajo la dirección letrada de D. José Abitbol Martos.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Luis María y Dña. Irene, 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 las entidades mercantiles Diamond Resorts Tenerife Sales, S.L. (Diamond Resorts International), y Hollywood Marketing S.L.U. (como propietaria de la marca comercial Timeshare Disposal), y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que se declare:

"1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes el 14 de abril de 2010, y el de 23 de marzo de 2011, 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 pagos derivados de dichos contratos, por importe de 6.280 libras esterlinas (seis mil doscientas ochenta libras esterlinas), que equivalen salvo error u omisión a la suma de 7.861,81 euros (siete mil ochocientos sesenta y un euros con ochenta y un céntimos) más los gastos de gestión, de los que se ha hecho cargo en el años 2010, 420,50 libras esterlinas (cuatrocientas veinte libras con cincuenta chelines) que se corresponden salvo error u omisión a la cantidad de 526,42.-€ (quinientos veintiséis euros con cuarenta y dos céntimos), que salvo error u omisión, suman en total a 8.388,23.-€ (ocho mil trescientos ochenta y ocho con veintitrés céntimos) - salvo error u omisión-, intereses devengados desde la interposición de la demanda.

"2.- La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mis mandantes a la demandada por razón de los meritados contratos de 3.000 libras esterlinas (tres mil libras esterlinas) que se corresponden con la cantidad de 3.342 euros (tres mil trescientos cuarenta y dos euros) y la obligación de esta de devolver a mis mandantes dicha cantidad por duplicado, es decir, 6.000 libras esterlinas (seis mil libras esterlinas) que salvo error u omisión se corresponden con la cantidad de 6.684.-€ (seis mil seiscientos ochenta y cuatro euros).

"3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperase el *petitum* anterior, 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 y adquisición de puntos para beneficios de vacaciones y ocio del que solicitamos su nulidad y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, 6.280 libras esterlinas (seis mil doscientas ochenta libras esterlinas), que equivalen salvo error u omisión a la suma de 7.861,81 euros (siete mil ochocientos sesenta y un euros con ochenta y un céntimos) más los gastos de gestión, de los que se ha hecho cargo en el años 2010, 420,50 libras esterlinas (cuatrocientas veinte libras con cincuenta chelines) que salvo error u omisión corresponden a la cantidad de 526,42.-€ (quinientos veintiséis euros con cuarenta y dos céntimos), más los gastos de gestión, de los que se ha hecho cargo en el año 2010, 420,50 libras esterlinas (cuatrocientas veinte libras con cincuenta chelines) que hacen un total de 526,42.-€ (quinientos veintiséis euros con cuarenta y dos céntimos), que salvo error u omisión, suman en total a 8.388,23.-€ (ocho mil trescientos ochenta y ocho con veintitrés céntimos), con expresa imposición de costas a las partes demandadas".

2.- La entidad mercantil demandada Diamond Resorts Tenerife Sales S.L., representada por la procuradora Dña. Cristina Escuela Gutiérrez y bajo la dirección letrada de D. José Abitbol Martos, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:



"En la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta, con todos los demás pronunciamientos que en derecho fueran procedentes, en relación a los pedimentos de contrario hacia esta parte, la entidad Diamond Resorts Tenerife Sales S.L."

3.- La parte demandante solicitó el desistimiento del proceso respecto a la demandada Hollywood Marketing S.L.U., admitiéndose y acordándose en decreto de 31 de julio de 2013.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granadilla de Abona se dictó sentencia, con fecha 9 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Desestimo la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales D. Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de D. Luis María y Dña. Irene contra Diamond Resorts Tenerife Sales S.L., absuelto al demandado de las pretensiones ejercitadas y condeno a los actores al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 18 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Luis María y Dña. Irene, contra la sentencia dictada en el presente procedimiento; confirmando la sentencia recurrida, con expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante".

TERCERO.- 1.- Por D. Luis María y Dña. Irene se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en el siguiente:

Motivo único. Al amparo del art. 477.1 de la LEC, se interpone el recurso de casación al considerar que se infringe el art. 14 de la CE, que consagra el principio de igualdad y que básicamente prohíbe cualquier tipo de acto discriminatorio, norma ésta de clara aplicación para resolver las cuestiones objeto del presente procedimiento. Preceptos infringidos: por inaplicabilidad de la Ley 42/1998 sobre derechos de aprovechamiento por turnos. Disposición adicional segunda y art. 1 (ámbito objetivo) de la Ley. Art. 6.4.º del Código Civil. Consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de la ley a los contratos objeto de 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 RD legislativo 1/2007, y arts. 1261, 1265 y 6.3 del Código Civil. Existe un criterio contradictorio entre la sentencia recurrida y las recientes STS de 8 de septiembre, 16 de julio, 28 de abril, 15 de enero, todas del 2015 y 19 de febrero de 2016, así como las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Tenerife y, a mayor abundamiento, con otras Audiencias Provinciales, relacionadas posteriormente, al respecto de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (vigente hasta el 18 de marzo de 2012) a los denominados clubes vacacionales.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 19 de septiembre de 2018, se acordó admitir el recurso 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. Juan Antonio García San Miguel Orueta, en nombre y representación de Diamond Resorts Tenerife Sales S.L., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 4 de diciembre de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

Los demandantes Dña. Irene y D. Luis María, suscribieron dos contratos, uno el 14 de abril de 2010 y otro el 23 de marzo de 2011 con la demandada Diamond Resorts Tenerife Sales, S.L.

Por el contrato de 14 de abril de 2010, los compradores pagaron 3.280 libras, y se comprometían también a abonar los gastos anuales de gestión, y compraban 6.000 derechos de puntos, como se certificaba por la empresa Diamond Resort European Collection Limited, el 10 de mayo de 2010. El 23 de marzo de 2011, firman otro contrato con Timeshare Diposal, que comercializaba Hollywood Marketing S.L.U. por este contrato el comprador acuerda pagar al vendedor la cuota de agencia que les facilitaba el mercado de reventa de tiempo compartido ruso, pagando por este contrato la cantidad de 3.342 euros.



Los demandantes entienden que son contratos de timeshare y quedan sometidos a la Ley 42/98 de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles y dados los incumplimientos sobre el contenido mínimo de estos contratos procede declarar su nulidad.

Entre otros incumplimientos al folio 10 del escrito de demanda, se denuncia la infracción del art. 3.1 Ley 42/1998, pues no se hace referencia en los contratos a la duración del régimen.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda, declara que no resulta de aplicación a estos contratos la Ley 42/1998.

Se interpone recurso de apelación por los demandantes, y la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, desestima el recurso y confirma la sentencia de primera instancia.

La Audiencia concluye que los contratos no están sujetos a la mencionada Ley 42/1998 y la información prestada resulta suficiente según se acredita con los documentos aportados, en concreto, respecto del funcionamiento del sistema de puntos y de la condición de miembros o socios del Club que adquirirían. No le falta a los contratos ninguno de los elementos esenciales, consentimiento, causa y objeto.

Se interpone recurso de casación por los demandantes. El recurso se articula en un motivo único.

Se denuncia la infracción del art. 1.7 Ley 42/1998; infracción de los arts. 60, 62, 63, 69, 71, 79 del Texto Refundido del R.D. Legislativo 1/2007; infracción de los arts. 1261, 1265 y 6.3 CC.

Se plantea la aplicación de la Ley 42/1998 a los contratos referidos, pues los productos contratados no establecen la determinación exacta del apartamento, de la semana concreta y el complejo concreto en el que el actor puede disfrutar de sus vacaciones, de acuerdo con la reciente doctrina de la sala.

Se cita numerosas sentencias de Audiencias Provinciales en las que se declara que no resulta de aplicación la Ley 42/1998, a los contratos en los que se adquiere la afiliación a un club de vacaciones.

Los recurrentes alegan que existe doctrina contradictoria de Audiencias sobre la aplicación de esta ley a este tipo de productos.

Como fundamento del recurso citan la doctrina de la sala recogida en STS de 16 de julio de 2015, en la que se declara que la Ley 42/1998 es de aplicación imperativa a todos los productos que tengan por objeto el disfrute de un período de tiempo cada año. Se citan también las SSTs de 28 de abril de 2015, 8 de septiembre de 2015, en las que la sala igualmente contempla la aplicación de la Ley 42/1998 para regular la división temporal del derecho de uso de un bien inmueble y fuera de esta alternativa mencionada en la Ley 42/1998 deberá ser considerada cometida en fraude de ley.

SEGUNDO.- Hechos no controvertidos.

Los actores firmaron el 14 de abril de 2010 un contrato de aprovechamiento por turno, con la demandada y un anexo de 23 de marzo de 2011 (que la demandada califica de reventa), sin especificar fecha de disfrute, ni semana, ni apartamento sobre el que recaería, comprometiéndose al abono de 3280 libras esterlinas.

TERCERO.- Motivo único.

Motivo único. Al amparo del art. 477.1 de la LEC, se interpone el recurso de casación al considerar que se infringe el art. 14 de la CE, que consagra el principio de igualdad y que básicamente prohíbe cualquier tipo de acto discriminatorio, norma ésta de clara aplicación para resolver las cuestiones objeto del presente procedimiento. Preceptos infringidos: por inaplicabilidad de la Ley 42/1998 sobre derechos de aprovechamiento por turnos. Disposición adicional segunda y art. 1 (ámbito objetivo) de la Ley. Art. 6.4.º del Código Civil. Consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de la ley a los contratos objeto de 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 RD legislativo 1/2007, y arts. 1261, 1265 y 6.3 del Código Civil. Existe un criterio contradictorio entre la sentencia recurrida y las recientes STS de 8 de septiembre, 16 de julio, 28 de abril, 15 de enero, todas del 2015 y 19 de febrero de 2016, así como las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Tenerife y, a mayor abundamiento, con otras Audiencias Provinciales, relacionadas posteriormente, al respecto de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (vigente hasta el 18 de marzo de 2012) a los denominados clubes vacacionales.

CUARTO.- Decisión de la Sala. Régimen jurídico.

Se estima el motivo.

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.

QUINTO.- *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.

SEXTO.- *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 la duración ni el objeto 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 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. Tampoco concreta si es un derecho de naturaleza personal o real, lo que debe fijarse expresamente como establece el art. 9.2 de la Ley 42/1998.

SÉPTIMO.- *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".

OCTAVO.- *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 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.

NOVENO.- 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.

DÉCIMO.- *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 (3280 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 (2010), hasta la fecha de la interposición de la demanda (2012), lo que nos lleva a entender que no han disfrutado 48 años, por lo que se ha de condenar a la demandada al pago de 3148,80 libras esterlinas.

No constan anticipos o depósitos.

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.

No procede condena por el contrato de reventa de 23 de marzo de 2011, al formalizarse con sociedad que no es la demandada, y por unas membresías que no constan relacionadas con el contrato de 14 de abril de 2010

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



UNDÉCIMO.- 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) y por menor cantidad. Se desistió de la demanda contra uno de los demandados, pero sin variar la cantidad objeto de reclamación.

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. Luis María y Dña. Irene , contra sentencia de 18 de abril de 2016, del recurso de apelación 605/2015, 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) Se declara la nulidad radical del contrato de 14 de abril de 2010.

b) Condenamos a la demandada al pago a los demandantes de la cantidad de 3148,80 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.