

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA PRIMERA**

GABINETE TÉCNICO



**SENTENCIAS FIRMADAS
DEL 17 AL 21 DE JULIO DE 2017
SECCIÓN 1ª**

**D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Eduardo Baena Ruiz
Dª María Ángeles Parra Lucán**

1.- SENTENCIA 447/2017, DE 13 DE JULIO. RECURSO DE CASACION Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. NUM.: 621/2015

Ponente Excm.a Sra. D^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Votación y fallo: 04/07/2017

Materia: Cláusula rebus sic stantibus. No procede su aplicación en los casos de mera dificultad de financiación del deudor. La invocación de la situación de crisis económica no permite al comprador eludir las consecuencias previstas en el contrato para el caso de desistimiento o incumplimiento, pues la falta de obtención de financiación es un riesgo que corre de su cuenta, no de la del vendedor

1.- El Derecho español carece de una disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias. Sí existen, dispersas a lo largo del ordenamiento, expresas previsiones legales que tienen en cuenta el cambio de circunstancias en el cumplimiento de las obligaciones, introduciendo excepciones que, por razones diversas, flexibilizan las consecuencias del principio pacta sunt servanda y del principio de la responsabilidad del deudor. [...]

Estas disposiciones en las que el legislador, o bien se ocupa de la revisión de los contratos o bien permite la exoneración del pasivo insatisfecho por el deudor, se refieren a supuestos concretos y puntuales. En Derecho español no existe una formulación legal de la doctrina de la cláusula rebus ni tampoco una regla general que permita al deudor liberarse de sus obligaciones cuando empeora su situación económica.

2.- Sin embargo, es indiscutida en la doctrina jurisprudencial la existencia de un principio que permitiría a un contratante desligarse del contrato, exonerándose de toda responsabilidad, como consecuencia de la aparición de hechos sobrevenidos imprevisibles. La cuestión es determinar en qué medida la dificultad para conseguir financiación para cumplir un contrato puede considerarse una circunstancia imprevisible cuando se perfeccionó el contrato de modo tal que, sobrevenida, permita al deudor resolver el contrato sin consecuencias económicas para él.

A) Con carácter general, la jurisprudencia de la sala ha negado que las dificultades de financiación de un contratante le permiten resolver el contrato, por ser un riesgo que corre de su cuenta. . [...]

B) Esta sala se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de la posible aplicación de la cláusula rebus en supuestos en los que el comprador ha alegado la imposibilidad o la dificultad para conseguir financiación para liberarse de las consecuencias de un contrato de compraventa inmobiliaria que había concertado.

a) El punto de partida en esta materia debe ser, como recuerda la sentencia 266/2015, de 19 de mayo, que la imposibilidad liberatoria prevista en los arts. 1182 y 1184 CC no es aplicable a las deudas de pago de dinero, tampoco cuando el deudor se ve afectado por una desgracia familiar. . [...]

b) Precisamente porque el riesgo de financiación lo asume el deudor, como dice la sentencia 822/2012, de 18 de enero de 2013, la imposibilidad de conseguir financiación no determina la imposibilidad de la obligación del pago del precio de compra. . [...]

En un caso semejante, en el que el contrato recogía la posibilidad de la parte compradora de «subrogarse al préstamo del promotor», pero

también la posibilidad de que la entidad de crédito denegara la subrogación, la sentencia 820/2012, de 17 de enero de 2013, advierte que el que pueda aplicarse la regla rebus a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar pero por un precio inferior y, en definitiva, se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento.

c) Pero las partes han podido atribuir el riesgo de la falta de financiación al vendedor. Así sucederá cuando el vendedor haya asegurado al comprador que podrá obtener la financiación precisa subrogándose en el préstamo que el vendedor negocia con un tercero.

En los casos en los que el vendedor-promotor asume contractualmente el compromiso de que el comprador obtendrá la financiación que precisa para cumplir el contrato de compraventa mediante la subrogación en el préstamo hipotecario que el propio vendedor negocia con tercero (una entidad financiera, en la práctica), la denegación de la subrogación supone un incumplimiento por parte del vendedor y permite al comprador resolver la compraventa y liberarse de sus obligaciones.

Esto ha sucedido en los casos a que se refieren las sentencias 805/2012, de 16 de enero, 251/ 2013, de 12 de abril y 309/2013, de 26 de abril. . [...]

d) La solución es diferente cuando se ofrece la posibilidad de subrogación, pero el vendedor no la garantiza.

i) Así, en el caso que da lugar a la sentencia 568/2012, de 1 de octubre . [...]

iii) En especial no es un riesgo del vendedor la falta de aceptación por el Banco de la subrogación ofrecida como una posibilidad a compradores que asumen el riesgo de una compraventa especulativa. . [...]

3.- En definitiva, en nuestro ordenamiento, la imposibilidad sobrevenida liberatoria no es aplicable a las deudas de pago de dinero y no cabe la exoneración del deudor con invocación de la doctrina de la cláusula rebus en los casos de dificultades de financiación.

Como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse. Como excepción, el deudor podrá excusarse cuando sea la otra parte quien haya asumido el riesgo de la financiación, por ejemplo asumiendo el compromiso de la financiación por un tercero o vinculando la eficacia del contrato principal a esta financiación. Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

2.- SENTENCIA 449/2017, DE 13 DE JULIO. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2222/2015

Ponente Excm.a Sra. D^a M.^a Ángeles Parra Lucán
Votación y fallo: 05/07/2017

Materia: Adquirente con ánimo de lucro de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Club de vacaciones. Nulidad del contrato y restitución de cantidades.

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

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

Cierto que, cuando se celebró el contrato litigioso de que trae causa el presente recurso de casación (el 4 de febrero de 2007) estaba en vigor el art. 1 de la Ley 26/1984 . [...]

Sin embargo, por lo dicho, para interpretar el concepto de «adquirente» a que se refería la Ley 42/1998 no era al concepto de consumidor del art. 1 de la Ley 26/1984 al que debía estarse, sino necesariamente al concepto de «adquirente» que utilizaba la Directiva comunitaria . [...]

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

En el caso, como resulta de la transcripción del contrato realizada en el fundamento de derecho primero, la actora adquiriría, a cambio del pago de un precio global, de una cantidad de entrada y de una cuota anual de mantenimiento, el aprovechamiento de unos apartamentos y de los servicios complementarios del complejo en el que se integraban. Sin embargo, no solo es que no se cumpliera ninguna de las exigencias informativas requeridas por el art. 9 de la Ley 42/1998, sino que por la propia configuración del objeto del contrato el mismo se realiza, en términos

de su art. 1.7, «al margen» de la citada Ley por lo que procede declarar la nulidad del contrato, conforme a la interpretación y aplicación jurisprudencial de tal precepto contenida en las citadas sentencias 6/2017, de 16 de enero, 37/2017 y 38/2017, de 20 de enero, 87/2015, de 15 de febrero. . [...]

2.- Por lo que se refiere a la restitución derivada de la declaración de nulidad del contrato, debe tenerse en cuenta que la nulidad por contravención de la ley (art. 6.3 CC aplicado por el juzgado, art. 1.7 de la Ley 42/1998) no implica necesariamente la aplicación de la regla contenida en el art. 1306 CC, que permitiría al adquirente «no culpable» de la nulidad del contrato reclamar lo entregado sin restituir lo recibido (o su valor). La aplicación del art. 1306 CC requiere una «torpeza» en el causante de la nulidad, un reproche moral o una contrariedad con un orden público económico, una nulidad causal justificada por la reprensión del contenido del contrato, lo que no puede identificarse con la nulidad de todo negocio prohibido. En el caso, la propia relatividad del reproche a los contratos celebrados «al margen» de la Ley 42/1998 ha quedado confirmada por el legislador con posterioridad, puesto que en la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, se admite en su art. 1 la validez de otras modalidades de constitución de los derechos.

En consecuencia, procede aplicar la regla general de la restitución de las prestaciones, incluidas por tanto las percibidas por la actora y que consistirían en la puesta a su disposición de los derechos de disfrute y servicios del contrato nulo. . [...]

Puesto que las restituciones que debe hacer a su vez la demandada a la demandante también son en dinero, es preciso compensar las prestaciones ya cumplidas. . [...]

En el caso que da lugar al presente recurso, el valor de la prestación recibida por la demandante y que debe restituir como consecuencia de la nulidad del contrato debe calcularse en función del precio que pagó por ella, y no del valor de mercado (como argumenta la parte recurrida), puesto que en el contrato la función del precio era precisamente fijar el valor del disfrute de los apartamentos, y no se ha impugnado por la actora que ese precio no reflejara la equivalencia de las prestaciones.

En consecuencia, el tiempo que la actora ha tenido a su disposición los apartamentos se compensa tanto con los gastos de mantenimiento abonados como con la parte proporcional del precio de compra. Esto último en atención a que, como ha reiterado la doctrina de la sala respecto de litigios semejantes al presente, la parte actora ha podido disfrutar durante años de los alojamientos que el contrato le 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 (sentencias 192/2016, de 29 de marzo, 631/2016, de 25 de octubre, 633/2016, de 25 de octubre, 645/2016, de 31 de octubre, 685/2016, de 21 de noviembre, 37/2017 y 38/2017, de 20 de enero, 87/2017, de 15 de febrero). Se estima el recurso de casación.

3.- SENTENCIA 453/2017, DE 17 DE JULIO. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 1508/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Votación y fallo: 05/07/2017

Materia: Aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Aplicación de la ley 42/1998, de 15 de diciembre, a los contratos litigiosos. Condición de consumidores de los usuarios.

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 (artº 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. . [...]

Como hemos adelantado deviene necesario precisar la «condición de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles».

A tal fin se ha de estar a la doctrina recientemente fijada por la sentencia de Pleno número 16/2017, de 16 de enero . [...]

Se añade en la citada sentencia de Pleno que «el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física», . [...]

A partir de esta doctrina de la Sala, no consta que los adquirentes recurrentes 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.

Tratándose de consumidores, y por ende aplicable la Ley 42/1998, se aprecia, como recoge la sentencia de primera instancia, que no se ha cumplido prácticamente ningún precepto de la Ley, como se puede comprobar al contrastar los contratos de adquisición con el artículo 9 de la Ley 42/1998 que impone un extenso contenido mínimo.

La consecuencia nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados, dado que de acuerdo con el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley». . [...]

Como recoge la doctrina de la Sala (sentencia 38/2017, de 20 de enero) «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 leales [...]

En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados, partiendo de la atribución de una relación contractual de 50 años, que es la máxima prevista por la ley.

4.- SENTENCIA 454/2017, DE 17 DE JULIO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 1826/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 11/07/2017

Materia: Aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Aplicación de la ley 42/1998, de 15 de diciembre, a los contratos litigiosos. Condición de consumidores de los usuarios.

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 (artº 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. [...]

Como hemos adelantado deviene necesario precisar la «condición de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles».

A tal fin se ha de estar a la doctrina recientemente fijada por la sentencia de Pleno número 16/2017, de 16 de enero . [...]

Se añade en la citada sentencia de Pleno que «el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física», . [...]

A partir de esta doctrina de la Sala, no consta que los adquirentes recurrentes 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.

Tratándose de consumidores, y por ende aplicable la Ley 42/1998, se aprecia, como recoge la sentencia de primera instancia, que no se ha cumplido prácticamente ningún precepto de la Ley, como se puede comprobar al contrastar los contratos de adquisición con el artículo 9 de la Ley 42/1998 que impone un extenso contenido mínimo.

La consecuencia nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados, dado que de acuerdo con el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley». . [...]

Como recoge la doctrina de la Sala (sentencia 38/2017, de 20 de enero) «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 leales. [...]

En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados, partiendo de la atribución de una relación

contractual de 50 años, que es la máxima prevista por la ley. A tal cantidad se le ha de sumar, como recoge la sentencia de primera instancia, la correspondiente a la penalización por el anticipo indebido. Se estima el recurso de casación.

5.- SENTENCIA 463/2017, DE 19 DE JULIO. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 546/2015

Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Votación y fallo: 31/05/2017

Materia: Costas procesales. Litigio sobre cláusulas suelo. Criterio de imposición pese al cambio de jurisprudencia por aplicación del principio general del vencimiento, en relación con los principios de no vinculación y de efectividad en materia de consumidores de efectividad.

Esta sala, en sentencia de pleno 419/2017, de 4 de julio, sobre la imposición de costas en las instancias, en atención a los principios de vencimiento, no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y efectividad del derecho comunitario, ha declarado lo siguiente:

«Pues bien, en virtud de todas las anteriores consideraciones esta sala considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado. Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes:

»1.^a) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.

»2.^a) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

»3.^a) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.

»4.^a) En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo. Muy al contrario, como con más detalle resulta

de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, antes de contestar a la demanda pidió la suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil; al contestar a la demanda planteó dos excepciones procesales, se opuso totalmente a la nulidad de la cláusula suelo, no solo a la restitución de lo indebidamente cobrado en virtud de la misma, y reiteró su petición de suspensión por prejudicialidad civil, interesó subsidiariamente el sobreseimiento del litigio y, para el caso de no acordarse este, solicitó la desestimación total de la demanda; al recurrir en apelación reiteró de nuevo su petición de suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil, pese a que ya había sido rechazada en la audiencia previa, e interesó la revocación total de la sentencia de primera instancia, es decir, no sólo del pronunciamiento que condenaba al banco a devolver todo lo percibido en virtud de la cláusula suelo; y en fin, al personarse ante esta sala, cuando todavía no se había dictado la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, interesó la inadmisión del recurso de casación del consumidor demandante, pero insistió en esta misma petición de inadmisión, con carácter principal, incluso después de haberse dictado dicha sentencia y ser entonces ya evidente que el recurso de casación estaba cargado de razón y correctamente formulado». Se estima el recurso de casación.

6.- SENTENCIA 462/2017, DE 18 DE JULIO. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2955/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 11/07/2017

Materia: Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Club de vacaciones. Devolución duplicada de las cantidades anticipadas.

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. [...]

Examinados los contratos, se puede apreciar que en nada respetan los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la ley establece en su art. 9. Se exigen anticipos que el contrato denomina «depósito». 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 de los contratos mencionados en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «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. [...]

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». [...]

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. [...]

A la vista de lo declarado debemos mantener que en los contratos analizados, 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. [...]

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". [...]

Desde este punto de vista, no consta que los Sres. XXX 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 once semanas, solo supone la decisión de invertir en dicho producto, pero no que se dedicasen profesionalmente a su compra y venta. [...]

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 (excluido en anticipo duplicado) 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 cincuenta años, que es la máxima prevista por la ley, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. [...] Dado que se trata de diferentes contratos, se calcularán los años de uso, partiendo de la fecha de primera ocupación que figura en cada contrato, hasta la fecha de la interposición de la demanda, todo ello en ejecución de sentencia. Se estima el recurso de casación.

7.- SENTENCIA 466/2017, DE 19 DE JULIO. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 3270/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Votación y fallo: 31/05/2017

Materia: Costas procesales de las instancias cuando se estima el recurso de casación del consumidor orientado, en un litigio sobre cláusula suelo, a obtener la restitución íntegra de lo pagado en virtud de la cláusula suelo, se casa la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, se desestima el recurso de apelación del banco que, entre otras cuestiones, impugnaba la restitución íntegra acordada en primera instancia. Imposición de las costas de ambas instancias al banco demandado por aplicación del principio general del vencimiento en relación con los principios de no vinculación y de efectividad en materia de consumidores.

La sentencia de Pleno 419/2017, de 4 de julio, ha conocido de tal pretensión y decidido que se aplique el principio del vencimiento, sin hacer uso de la excepción que prevé el art. 394.1, inciso segundo, LEC, por las razones que en ella se expresan. Se estima el recurso de casación.

8.- SENTENCIA 464/2017, DE 19 DE JULIO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 1112/2015

Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Votación y fallo: 31/05/2017

Materia: Costas procesales. Litigio sobre cláusulas suelo. Criterio de imposición pese al cambio de jurisprudencia por aplicación del principio general del vencimiento, en relación con los principios de no vinculación y de efectividad en materia de consumidores de efectividad.

Esta sala, en sentencia de pleno 419/2017, de 4 de julio, sobre la imposición de costas en las instancias, en atención a los principios de vencimiento, no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y efectividad del derecho comunitario, ha declarado lo siguiente:

«Pues bien, en virtud de todas las anteriores consideraciones esta sala considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares

al presente se impongan al banco demandado. Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes:

»1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.

»2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

»3.ª) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.

»4.ª) En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo. Muy al contrario, como con más detalle resulta de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, antes de contestar a la demanda pidió la suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil; al contestar a la demanda planteó dos excepciones procesales, se opuso totalmente a la nulidad de la cláusula suelo, no solo a la restitución de lo indebidamente cobrado en virtud de la misma, y reiteró su petición de suspensión por prejudicialidad civil, interesó subsidiariamente el sobreseimiento del litigio y, para el caso de no acordarse este, solicitó la desestimación total de la demanda; al recurrir en apelación reiteró de nuevo su petición de suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil, pese a que ya había sido rechazada en la audiencia previa, e interesó la revocación total de la sentencia de primera instancia, es decir, no sólo del pronunciamiento que condenaba al banco a devolver todo lo percibido en virtud de la cláusula suelo; y en fin, al personarse ante esta sala, cuando todavía no se había dictado la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, interesó la inadmisión del recurso de casación del consumidor demandante, pero insistió en esta misma petición de inadmisión, con carácter principal, incluso después de haberse dictado dicha sentencia y ser entonces ya evidente que el recurso de casación estaba cargado de razón y correctamente formulado». Se estima el recurso de casación.

9.- SENTENCIA 468/2017, DE 19 DE JULIO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 648/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 28/06/2017

Materia: Costas procesales: de las instancias cuando se estima el recurso de casación del consumidor orientado, en un litigio sobre cláusula suelo, a obtener la restitución íntegra de lo pagado en virtud de la cláusula suelo, se casa la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, se desestima el recurso de apelación del banco que, entre otras cuestiones, impugnaba la restitución íntegra acordada en primera instancia.

Dado lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, hemos de declarar la necesaria devolución de lo cobrado indebidamente en virtud de una cláusula (suelo) que se declaró nula, por efecto imperativo del art. 1303 del C. Civil, unido al principio de primacía y efecto directo del derecho comunitario y de la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta.

Esta sala en sentencia de pleno núm. 419/2017, de 4 de julio, ha declarado que procede la imposición de costas de las instancias, dada la concurrencia de los principios de vencimiento, no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y efectividad del derecho comunitario. Se estima el recurso de casación.

10.- SENTENCIA 461/2017, DE 18 DE JULIO. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 1272/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 04/07/2017

Materia: Aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre a los contratos litigiosos. Integración en una comunidad o membresía. Condición de consumidores de los contratantes.

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 (artº 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. [...]

Como hemos adelantado deviene necesario precisar la «condición de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles».

A tal fin se ha de estar a la doctrina recientemente fijada por la sentencia de Pleno número 16/2017, de 16 de enero . [...]

Se añade en la citada sentencia de Pleno que «el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física», . [...]

A partir de esta doctrina de la Sala, no consta que los adquirentes

recurrentes 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.

Tratándose de consumidores, y por ende aplicable la Ley 42/1998, se aprecia, como recoge la sentencia de primera instancia, que no se ha cumplido prácticamente ningún precepto de la Ley, como se puede comprobar al contrastar los contratos de adquisición con el artículo 9 de la Ley 42/1998 que impone un extenso contenido mínimo.

La consecuencia nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados, dado que de acuerdo con el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley». . [...]

Como recoge la doctrina de la Sala (sentencia 38/2017, de 20 de enero) «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 leales.» . [...]

En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados, partiendo de la atribución de una relación contractual de 50 años, que es la máxima prevista por la ley. A tal cantidad se le ha de sumar, como recoge la sentencia de primera instancia, la correspondiente a la penalización por el anticipo indebido. Se estima el recurso de casación.

11.- SENTENCIA 458/2017, DE 18 DE JULIO. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2728/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 31/05/2017

Materia: Costas procesales: de las instancias cuando se estima el recurso de casación del consumidor orientado, en un litigio sobre cláusula suelo, a obtener la restitución íntegra de lo pagado en virtud de la cláusula suelo, se casa la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, se desestima el recurso de apelación del banco que, entre otras cuestiones, impugnaba la restitución íntegra acordada en primera instancia. Imposición de las costas de ambas instancias al banco demandado por aplicación del principio general del vencimiento en relación con los principios de no vinculación y de efectividad en materia de consumidores.

Dada la conformidad del recurrido con la estimación del recurso de casación, hemos de estimarlo y limitar la controversia al tema de las costas. Esta sala en sentencia de pleno núm. 419/2017, de 4 de julio, ha declarado que procede la imposición de costas de las instancias, dada la concurrencia de los principios de vencimiento, no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y efectividad del derecho comunitario. Se estima el

recurso de casación.

12.- SENTENCIA 470/2017, DE 19 DE JULIO. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN. NUM.: 3088/2016

Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Votación y fallo: 05/07/2017

Materia: Modificación de medidas. Custodia. Traslado de la progenitora al extranjero. Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores pendiente de resolución.

No se discute que la parte ahora recurrente instó el procedimiento de restitución internacional previsto en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, porque así lo han reconocido ambas partes. Ahora bien, difícilmente puede vulnerar la sentencia la normativa que se cita en el motivo cuando no lo ha aplicado puesto que el procedimiento sobre la sustracción ha discurrido al margen de los escritos iniciales, así como del recurso de apelación, estando como estaba ya en curso.[...]

Esta Sala ha venido repitiendo que «la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre», tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo, con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio. La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este » (STS 27 de abril 2012).

El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. El Juez ha valorado la prueba y ha considerado que lo más adecuado para la hija era dejarla bajo la custodia de la madre, como ya lo venía haciendo de derecho desde el año 2012 hasta el 2015, y, de hecho, desde entonces hasta ahora, aplicando la doctrina de dar prevalencia al interés del menor, de manera que no se vulnera la doctrina de esta Sala reseñada en el motivo, aplicándola a una base fáctica que es obviada por la recurrente, especialmente mediante la cita de la sentencia 823/2012, de 31 de enero de 2013, dictada en la interpretación del artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en aplicación estricta del interés del menor, de un menor «perfectamente individualizado», como resuelve la sentencia.[...]

Es cierto que la madre ha trasladado su residencia y la de la hija a Venezuela sin sustento en un acuerdo con el padre o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, ni en una decisión judicial previa identificación de los bienes y derechos en conflicto puesto que lo ha hecho de forma unilateral. Y, como consecuencia de este cambio el padre interesó, y obtuvo en su momento, la modificación de la medida de custodia, que se argumenta más que en el interés del menor en el hecho del traslado y en el incumplimiento del mandato judicial, del que deduce un ejercicio inadecuado de la guarda de su hija por la madre y la incapacidad de esta para ejercer una guarda responsable de la misma.

Resolver conforme al interés del menor es lo que ha hecho la

Audiencia valorando los únicos datos de que dispone como son el desconocimiento de la niña de la figura del padre, con el que no ha mantenido apenas convivencia, y el hecho de que está escolarizada en Venezuela y cuenta con el apoyo de su familia materna. Sin duda podían haberse puesto a disposición del tribunal unos datos más fiables sobre la situación de la niña, así como del padre y de la madre para asumir estos menesteres y resolver un problema, ya de por sí complejo dada la situación creada, en función de lo que resulte más favorable para su desarrollo físico, intelectual e integración social haciendo posible la relación con ambos progenitores pues solo de afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que son los que deben ser preferentemente tutelados, podría conllevar un cambio de la guarda y custodia. Pero los datos son los que son y sin duda justifican en este momento la medida adoptada, sin que ello sirva de instrumento para consolidar la vía de hecho emprendida por la madre, pues siempre estará abierta su revisión al cambio de circunstancias que, en relación a madre e hija, es la misma desde el nacimiento de esta en el año 2012.

QUINTO.- El segundo motivo tiene que ver con el exiguo régimen de visitas que establece la sentencia recurrida a favor del padre, sin tener en cuenta ni valorar la distancia ni la situación de traslado impuesto por vía de hecho de la madre, a la vez que se le impone hacerse cargo de la mitad de los desplazamientos.

Se estima en parte.

Será en ejecución de la sentencia donde se evaluará la pertinencia de una ampliación del régimen ya establecido, y no cuestionado, de la totalidad de las vacaciones escolares de la hija, en función de las circunstancias concurrentes en dicho momento, especialmente referidas a un progresivo acercamiento con la niña, que no conoce a su padre, adoptando en todo caso las cautelas que fueran necesarias. Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima en parte el recurso de casación.

13.- SENTENCIA 467/2017, DE 19 DE JULIO. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 1113/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 27/06/2017

Materia: Costas procesales: de las instancias cuando se estima el recurso de casación del consumidor orientado, en un litigio sobre cláusula suelo, a obtener la restitución íntegra de lo pagado en virtud de la cláusula suelo, se casa la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, se desestima el recurso de apelación del banco que, entre otras cuestiones, impugnaba la restitución íntegra acordada en primera instancia. Imposición de las costas de ambas instancias al banco demandado por aplicación del principio general del vencimiento en relación con los principios de no vinculación y de efectividad en materia de consumidores.

Dada la conformidad del recurrido con la estimación del recurso de casación, hemos de estimarlo y limitar la controversia al tema de las costas. Esta sala en sentencia de pleno núm. 419/2017, de 4 de julio, ha declarado que procede la imposición de costas de las instancias, dada la concurrencia

de los principios de vencimiento, no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y efectividad del derecho comunitario. Se estima el recurso de casación.

14.- SENTENCIA 465/2017, DE 19 DE JULIO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 3054/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Votación y fallo: 31/05/2017

Materia: Costas procesales: de las instancias cuando se estima el recurso de casación del consumidor orientado, en un litigio sobre cláusula suelo, a obtener la restitución íntegra de lo pagado en virtud de la cláusula suelo, se casa la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, se desestima el recurso de apelación del banco que, entre otras cuestiones, impugnaba la restitución íntegra acordada en primera instancia. Imposición de las costas de ambas instancias al banco demandado por aplicación del principio general del vencimiento en relación con los principios de no vinculación y de efectividad en materia de consumidores.

Dada la conformidad del recurrido con la estimación del recurso de casación, hemos de estimarlo y limitar la controversia al tema de las costas.

Esta sala en sentencia de pleno núm. 419/2017, de 4 de julio, ha declarado que procede la imposición de costas de las instancias, dada la concurrencia de los principios de vencimiento, no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y efectividad del derecho comunitario. Se estima el recurso de casación.

15.- SENTENCIA 469/2017, DE 19 DE JULIO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 913/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Votación y fallo: 28/06/2017

Materia: Contratos bancarios. Préstamo hipotecario. Nulidad de la cláusula suelo. Efectos devolutivos tras la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016. Han de producirse desde el inicio del contrato. Costas de la primera y la segunda instancia.

Lo anterior ha de dar lugar, sin necesidad de mayor razonamiento, a la estimación del recurso de casación; casando parcialmente la sentencia recurrida a efectos de declarar que la devolución de los intereses percibidos en exceso por parte de la demandada por aplicación de la cláusula suelo - que se declaró nula- ha de retrotraerse al momento inicial del contrato, cuantificándose en ejecución de sentencia el importe correspondiente mediante la oportunas operaciones aritméticas.

En cuanto a costas, procede imponer a la entidad demandada las causadas en la primera instancia según lo dispuesto por el artículo 394 LEC, no sólo porque según el tenor de la sentencia allí dictada se dio una estimación sustancial de la demanda, sino porque además cabe señalar hoy que la estimación debió ser íntegra por aplicación de la doctrina que finalmente ha señalado el TJUE en su citada sentencia de 21 de diciembre

de 2016 y así lo ha entendido esta sala en reciente sentencia de pleno número 419/2017, de 4 de julio. No procede la imposición de las costas causadas por su recurso de apelación en cuanto fue estimado mediante pronunciamiento que ahora no ha de ser alterado, como tampoco ha de hacerse especial pronunciamiento sobre costas causadas por el recurso de casación (artículo 398 LEC), con devolución a la parte recurrente del depósito constituido para su interposición. Se estima el recurso de casación.

16.- SENTENCIA 471/2017, DE 19 DE JULIO. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2957/2015

Ponente Excm.a Sra. D^a M.^a Ángeles Parra Lucán
Votación y fallo: 11/07/2017

Materia: Adquirente con ánimo de lucro de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Club de vacaciones. Nulidad del contrato y restitución de cantidades.

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

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

La falta de ánimo de lucro, ni se exigía en el art. 3 TRLGCU, ni tampoco se exige ahora para la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial en el art. 3 TRLGCU tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo,. [...]

Esta sala ha reiterado, respecto de contratos similares al que da lugar al presente litigio, que están incluidos en el art. 1.1 de la Ley 42/1998, pues a pesar de su estructura y denominación, no se contrata solo la prestación de unos servicios como si se tratara de un mero paquete vacacional, sino que constituyen un derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios (sentencias 16/2017, de 16 de enero, 37/2017 y 38/2917, de 20 de enero, 87/2015, de 15 de febrero).

En el caso, como resulta de la transcripción de los contratos realizada en el fundamento de derecho primero, la parte actora adquiriría, a cambio del pago de un precio global (denominada «cuota de afiliación», «precio de compra/cuota de socio») y de una cantidad de entrada (denominada «tasa de reserva», «pago adicional»), el aprovechamiento de unos apartamentos y de los servicios complementarios del complejo en el que se integraban. Sin embargo, no solo es que no se cumpliera ninguna de las exigencias informativas requeridas por el art. 9 de la Ley 42/1998, sino que por la propia configuración del objeto del contrato el mismo se realiza, en términos de su art. 1.7, «al margen» de la citada Ley, por lo que procede declarar la nulidad del contrato, conforme a la interpretación y aplicación jurisprudencial de tal precepto contenida en las citadas sentencias 6/2017, de 16 de enero, 37/2017 y 38/2017, de 20 de enero, 87/2015, de 15 de febrero.

3.- El art. 11 de la Ley 42/1998 que, por lo que se ha dicho, es aplicable a los contratos litigiosos, prohíbe el pago de cualquier anticipo por el adquirente al transmitente antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento y, de acuerdo con la interpretación realizada por esta sala, la obligación de devolución del duplo puede exigirse en cualquier momento y no está condicionada a que se ejercite la acción de desistimiento o a que se inste la resolución por parte de quien hizo el pago anticipadamente (sentencia 520/2016, de 21 de julio).

Esta sala ha admitido la aplicación del precepto en supuestos como el presente, en los que el contrato se ha realizado «al margen de la ley» y se ha declarado la nulidad al amparo del art. 1.7 de la Ley 42/1998. De acuerdo con esta doctrina, a la que debemos estar en este caso, procede la devolución del duplo de las cantidades anticipadas por el adquirente, entendiendo por tales las abonadas antes de que transcurriera el plazo de desistimiento previsto. En estos supuestos, las cantidades anticipadas se someten al régimen especial del art. 11 de la Ley 42/1998 y no se tienen en cuenta a la hora de calcular la restitución del precio derivada de la declaración de nulidad contractual derivada de la aplicación del citado art. 1.7 (sentencias 37/2017, de 20 de enero y 38/2017, de 20 de enero, con cita de otras anteriores). [...]

Por lo que se refiere a la restitución derivada de la declaración de nulidad del contrato, debe tenerse en cuenta que la nulidad por contravención de la ley (art. 6.3 CC aplicado por el juzgado, art. 1.7 de la Ley 42/1998) no implica necesariamente la aplicación de la regla contenida en el art. 1306 CC, que permitiría al adquirente «no culpable» de la nulidad del contrato reclamar lo entregado sin restituir lo recibido (o su valor). La aplicación del art. 1306 CC requiere una «torpeza» en el causante de la nulidad, un reproche moral o una contrariedad con un orden público económico, una nulidad causal justificada por la reprensión del contenido del contrato, lo que no puede identificarse con la nulidad de todo negocio prohibido. En el caso, la propia relatividad del reproche a los contratos celebrados «al margen» de la Ley 42/1998 ha quedado confirmada por el legislador con posterioridad, puesto que en la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, se admite en su art. 1 la validez de otras modalidades de constitución de los derechos.

En consecuencia, procede aplicar la regla general de la restitución de las prestaciones, incluidas por tanto las percibidas por la actora y que

consistirían en la puesta a su disposición de los derechos de disfrute y servicios del contrato nulo. . [...]

Puesto que las restituciones que debe hacer a su vez la demandada a la demandante también son en dinero, es preciso compensar las prestaciones ya cumplidas. . [...]

En el caso que da lugar al presente recurso, el valor de la prestación recibida por la demandante y que debe restituir como consecuencia de la nulidad del contrato debe calcularse en función del precio que pagó por ella, y no del valor de mercado (como argumenta la parte recurrida), puesto que en el contrato la función del precio era precisamente fijar el valor del disfrute de los apartamentos, y no se ha impugnado por la actora que ese precio no reflejara la equivalencia de las prestaciones.

En consecuencia, el tiempo que la actora ha tenido a su disposición los apartamentos se compensa tanto con los gastos de mantenimiento abonados como con la parte proporcional del precio de compra. Esto último en atención a que, como ha reiterado la doctrina de la sala respecto de litigios semejantes al presente, la parte actora ha podido disfrutar durante años de los alojamientos que el contrato le 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 (sentencias 192/2016, de 29 de marzo, 631/2016, de 25 de octubre, 633/2016, de 25 de octubre, 645/2016, de 31 de octubre, 685/2016, de 21 de noviembre, 37/2017 y 38/2017, de 20 de enero, 87/2017, de 15 de febrero). Se estima el recurso de casación.

17.- SENTENCIA 457/2017, DE 18 DE JULIO. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2727/2015

Ponente Excm.a Sra. D^a M.^a Ángeles Parra Lucán
Votación y fallo: 31/05/2017

Materia: Costas procesales: de las instancias cuando se estima el recurso de casación del consumidor orientado, en un litigio sobre cláusula suelo, a obtener la restitución íntegra de lo pagado en virtud de la cláusula suelo, se casa la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, se desestima el recurso de apelación del banco que, entre otras cuestiones, impugnaba la restitución íntegra acordada en primera instancia. Imposición de las costas de ambas instancias al banco demandado por aplicación del principio general del vencimiento en relación con los principios de no vinculación y de efectividad en materia de consumidores.

De manera coherente con la el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y del papel asignado al Tribunal de Justicia para garantizar que los países miembros cumplan la normativa europea, dispone el art. 4 bis.1 LOPJ que los jueces y tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En consecuencia, y de conformidad con la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, el recurso de casación debe ser estimado y, al asumir la instancia, debe desestimarse íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera demandada, a fin de confirmar también en su integridad la sentencia de

primera instancia. [...]

Esta sala, en sentencia de pleno n.º 419/2017, de 4 de julio, ha declarado que procede la imposición de costas en las instancias, dada la concurrencia de los principios de vencimiento, no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y efectividad del derecho comunitario. Se estima el recurso de casación.

Gabinete Técnico
Área Civil
Julio, 2017