

**APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES SOMETIDO AL
(DEROGADO) RÉGIMEN IMPERATIVO DE LA LEY 42/1998.
“INDETERMINACIÓN” DEL OBJETO Y CONSECUENCIAS DE SU NULIDAD***

**Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)
núm. 685/2016 de 21 noviembre**

Dra. M^a Carmen González Carrasco
Prof. acreditada a Catedrática de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 8 de marzo de 2017

DOCTRINA: “La adquisición del derecho de aprovechamiento por turno de una suite en un período de tiempo indeterminado conocido como super red (semana indeterminada) y de las denominadas como flotantes (sobre apartamentos indeterminados) incurre en el defecto de indeterminación del objeto transmitido que la Ley 42/1998 sanciona con la nulidad del contrato. El efecto de dicha indeterminación es la restitución de las cantidades satisfechas limitado a la parte proporcional del tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta el disfrute ya realizado y la duración legal máxima del régimen, cincuenta años”.

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.



Sumario: I. LOS HECHOS; II. LAS DECISIONES RECAIDAS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA; III. EL RECURSO; IV. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN INTERÉS CASACIONAL; V. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA SOUCIÓN ADOPTADA; VI. ¿POR QUÉ APLICAR UNA TÉCNICA RESTITUTORIA QUE FAVORECE AL “INFRACTOR”?

I. LOS HECHOS

Los demandantes interpusieron demanda contra Anfi Sales, S.L. y Anfi Resorts, S.L. en virtud de un contrato de aprovechamiento por turno celebrado en el año 2003 y contra Anfi Sales S.L., Anfi Resorts S.L. y Anfi Tauro S.A., por otro contrato celebrado en 2007. Ha de aclararse que se trataba de dos contratos que, por su fecha, estaban sometidos a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, y no así a 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 (por la que se traspone la Directiva 2008/122/CE de 14 de enero del 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los aprovechamientos por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio).

En virtud del contrato de 3 de febrero de 2003, los demandantes adquirieron el derecho de aprovechamiento por turnos de una suite de dos dormitorios en el período de tiempo conocido como “super red”, (semana indeterminada) y de las denominadas como flotantes (apartamento indeterminado) este derecho lo era en el club Gran Anfi del sur de Gran Canaria. Posteriormente, por el contrato de 22 de marzo de 2007, adquirieron el derecho de aprovechamiento por turnos de una suite de lujo de dos dormitorios en el período de tiempo conocido como “super red” (semana indeterminada) y de las unidades denominadas como “flotantes” (apartamentos indeterminados), todo ello dentro del “Emerald Club” del sur de Gran Canaria. Junto con esta «compra» se adquiría un «derecho de asociación» a un club para uso de un apartamento por turno sin fijación de plazo determinado.

En ambos casos solicitaban la declaración de nulidad de los contratos celebrados, así como la de todos sus anexos, junto con la condena solidaria a la devolución de los pagos realizados en virtud de dichos contratos, (14.814,00 libras esterlinas en el primero de ellos y 18.525,94 libras esterlinas en el segundo); con expresa condena en costas a la contraparte.

Subsidiariamente pedían la resolución contractual de ambos contratos, con igual condena de devolución y costas, y de forma subsidiaria a lo anterior, la declaración de abusividad de las cláusulas del contrato que señalaban en el hecho quinto de la demanda, y que, según los demandantes, entrañaban un desequilibrio entre las posiciones de las partes.

II. LAS DECISIONES RECAIDAS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de 13 de diciembre de 2011 desestimando la demanda, imponiendo las costas a los actores. Interpuesto recurso de apelación por éstos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas dictó sentencia, con fecha 18 de septiembre de 2014, por la que, revocando parcialmente la anterior, estimaba parcialmente la demanda en el sentido de declarar la nulidad parcial de una de las cláusulas de dichos contratos, sin imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

III. EL RECURSO

En el recurso de casación que los actores interpusieron contra dicha sentencia por interés casacional, se alegaba el apartamiento de la doctrina jurisprudencial consolidada en torno al derecho de aprovechamiento por turno en dos aspectos:

- a) En la necesaria nulidad que comporta la indeterminación del objeto consistente en períodos y unidades inmobiliarias indeterminadas, en contra del contenido del art. 1 de la Ley 42/98, de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Muebles , que exige una determinación cierta y que contempla la determinación posterior solo en casos muy puntuales.
- b) En la nulidad que debe conllevar la remisión a los documentos anexos al contrato de informaciones contractuales que la Ley 41/2002 , ya que el art. 1.7 de dicha norma prevé una nulidad radical por la infracción del deber básico de información), amparándose los recurrentes, además, en la causa general de nulidad radical prevista en el Código Civil, en tanto que la falta grave de información en elementos esenciales, como lo es el objeto (definido en el art. 1.6 y 9.3), y demás datos relevantes del negocio jurídico celebrado (la ley lo impone como de obligada inserción art. 9), implica la falta de consentimiento y en consecuencia pueden apreciarse falta de dos de los elementos esenciales del contrato, objeto y consentimiento, dando lugar a la nulidad de radicar también al amparo del art. 1261 del CC.

IV. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN INTERÉS CASACIONAL

El Tribunal Supremo, aplicando la doctrina que dimana de su sentencia núm. 192/2016 de 29 marzo (rec. 793/2014), seguida de otras en igual sentido (STS núm. 449/2016 de 1 julio), considera que “la falta de determinación en el contrato del alojamiento que constituye su objeto determina la nulidad del referido contrato, según lo dispuesto por el artículo 1.7 en relación con el 9.1.3.º de la citada Ley 42/1998”.

Para llegar a tal conclusión la Sala se plantea en primer lugar qué tipo de contrato celebraron las partes de entre los contemplados por el artículo 1 de la Ley 42/1998. Recordemos que dicha norma únicamente permitía (a diferencia de la normativa recogida en la Ley 4/2012 actualmente vigente²):

- a) Un *derecho real limitado* al que resultaría de aplicación la necesidad de determinación contenida en el artículo 9.1.3.º en cuanto el objeto ha de ser un alojamiento *concreto*, con mención de sus *datos registrales* y del *turno* que es objeto de contratación, y con indicación de los días y horas en que se inicia y termina³.

² A diferencia de la prohibición de la Ley 42/1998, que se traducía en la consideración de la constitución del derecho en modalidad distinta a la real –con la sola excepción del arrendamiento de más de tres temporadas– como fraudulenta y por lo tanto, nula, en la actualidad es posible buscar el efecto del aprovechamiento a tiempo compartido a través de la transmisión de derecho de carácter personal, respetando tanto el régimen jurídico inmobiliario de aprovechamiento por turno imperativo sobre el inmueble como la organización de los servicios diseñados en el título II. En el sistema de la Ley 4/2012, es el régimen jurídico inmobiliario del edificio sobre el que recaen los derechos transmitidos lo resulta imperativo (para los derechos de aprovechamiento por turno constituidos sobre inmuebles sitos en España de acuerdo con la ley española), pero no el carácter real del derecho de aprovechamiento que recae sobre los alojamientos de aquél, ya que ahora se permite cualquier modalidad, no sólo arrendaticia de temporada, sino cualesquiera obligacional compatible con aquél.

³ Ha de recordarse que, ya antes de la Ley 42/1998, la DGRN había establecido en su RDGRN 4 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2471), que el acceso al Registro de la Propiedad de este tipo de contratos (si bien la resolución recayó sobre un derecho de “multipropiedad” o copropiedad por turno, modalidad después prohibida y sancionada con la nulidad tanto por la Ley 42/1998 como por la Ley 4/2012), sólo era posible si se cumplían los requisitos de determinación jurídica y de viabilidad económica.

El requisito de la determinación jurídica obligaría a que en el título se concretasen no sólo las relaciones comunitarias del comprador de una participación con quien, al vender, retiene la parte restante, sino también cuál haya de ser el régimen de la especial comunidad que se constituye y de las unidades inmobiliarias que la integran. El requisito de la viabilidad económica se entendería cumplido en la participación en el régimen de comunitario de multipropiedad si en el título de constitución se da solución, con garantías suficientes, al problema de que el apartamento, al comienzo de cada turno, esté limpio y dispuesto para el adecuado disfrute y de que la determinación del precio de los futuros servicios prestados con ese fin no está dejada al arbitrio de quien asuma la obligación de prestarlos.



- b) El derecho de aprovechamiento por turno como tal sólo podía constituirse como derecho real limitado, salvo si se optaba por la *modalidad de arrendamiento de temporada de bienes inmuebles vacacionales a que se (refería) el art. 1.6 de la Ley 42/1998*. Pero ha de aclararse que, al contrario de lo que parece entender la sentencia que comentamos, dicha modalidad también habría de sujetarse imperativamente a lo dispuesto en dicha Ley en cuanto a la *determinabilidad* del tiempo y el objeto sobre el que recae⁴.

Entiende la sentencia que, al no tratarse de una modalidad arrendaticia contemplada en el art. 1.6 de la (lo cual, como hemos visto, tampoco habría permitido obviar los requisitos de determinabilidad impuestos por la Ley 42/1998) y no cumplir en este caso el contrato con las exigencias de determinación de su art. 9, quedaría sujeto, no a la resolución contractual que permite el artículo 9 de la Ley⁵, sino a la sanción de nulidad contenida en el artículo 1.7, según el cual:

«El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos» (Sentencia núm. 568/2016 de 28 de septiembre (RJ 2016, 4845)).

Una vez llegado a la conclusión de la nulidad de la adquisición de los derechos objeto del contrato, el Tribunal adecua la indemnización al tiempo disfrutado, estableciendo una regla proporcional entre el precio pagado y el período que a los adquirentes les restase por disfrutar hasta el límite legal de duración máxima del régimen (50 años).

⁴ Art. 1.1 de la Ley 42/1998: «*el derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo. A efectos de comprobar a cuál de dichas modalidades corresponde el contrato litigioso conviene transcribir el contenido del apartado 6. En él se dice lo siguiente: "los contratos 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 correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas, quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos (RCL 1994, 3272). Tales contratos deberán referirse necesariamente a una temporada anual determinada que se corresponda con un período determinado o determinable de esa temporada y a un alojamiento determinado o determinable por sus condiciones genéricas, siempre que esté especificado el edificio o conjunto inmobiliario donde se va a disfrutar del derecho"*.

⁵ Véase, en este sentido, el voto particular a la STS 15 de enero de 2015 por parte del Ilmo. Sr. Ferrándiz, favorable a la resolución contractual.

V. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA SOLUCIÓN ADOPTADA

La solución de la Sentencia es adecuada desde la perspectiva del enriquecimiento injusto que efectivamente supondría para los adquirentes haber disfrutado de forma gratuita los alojamientos objeto de los contratos litigiosos desde su celebración. Sin embargo, no se compadece, ni con la nulidad declarada, ni con el fundamento utilizado para la misma.

Obsérvese que el Tribunal Supremo declara la nulidad solicitada como petición principal, y no la resolución del contrato articulada de forma subsidiaria en el suplico de la demanda. Pues no es lo mismo⁶ entender que el contrato contraviene la determinación del objeto en cuanto a información contractual exigida por el artículo 9 sobre el que se apoya (y que permite la resolución contractual sin plazo), que considerar que no es la falta de información, sino la configuración contractual misma del objeto del contrato lo que se aparta del art. 1 de la Ley, en cuyo caso, la sanción es la nulidad. Y téngase en cuenta que el Tribunal Supremo declara la nulidad del contrato por entender que, al no dotarlo de la determinación como derecho real sobre cosa ajena, ni configurarlo como arrendamiento de temporada inferior a tres de ellas, se está utilizando una fórmula prohibida por fraudulenta según el sentido del artículo 1 de la Ley, con la consiguiente sanción de nulidad. Este y no otro es el sentido de la *ratio decidendi* recogida en las sentencias anteriores que cita, y que afirma: «*En el régimen legal establecido por la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, la falta de determinación en el contrato del alojamiento que constituye su objeto determina la nulidad del referido contrato, según lo dispuesto por el artículo 1.7 en relación con el 9.1.3.º de la citada Ley*».

VI. ¿POR QUÉ APLICAR UNA TÉCNICA RESTITUTORIA QUE FAVORECE AL “INFRACTOR”?

Con la solución adoptada, se aplica una consecuencia beneficiosa a quien ha tratado de eludir la norma imperativa, más propia de la resolución contractual de los contratos de tracto sucesivo, esto es, la devolución de las contraprestaciones minorada por las ya

⁶ Sobre ello, véase el trabajo de la investigadora Karolina Lyczkowska “CONTRATOS DE “MULTIPROPIEDAD” CON DEFECTOS FORMALES: ¿INCUMPLIMIENTO O FALTA DE OBJETO?” en este mismo centro de investigación (<http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/04/Contratos-de-multipropiedad-con-defectos-formales.pdf>).



“consumidas”, incluyendo en dicho beneficio la no imposición de las costas causadas en segunda instancia y casación.

El Tribunal no es ajeno a esta circunstancia, que resuelve con la siguiente afirmación:

“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, como se ha dicho, los demandantes han podido disfrutar durante ocho y cinco años de cada uno de los alojamientos que los contratos les ofrecían, 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”.

La solución de la sentencia evita el enriquecimiento injusto, pero favorece a la empresa infractora predisponente, impidiendo la aplicación del artículo 1.306.2º CC, y separándose del espíritu y finalidad de la principal norma de aplicación, que, si es el artículo 1 de la Ley 42/1998 –siquiera lo sea en relación con su artículo 9-, no es únicamente la “indemnidad” del adquirente, sino la seguridad del tráfico inmobiliario y la evitación de prácticas y modalidades defraudatorias de las expectativas de adquisición de los consumidores. Y dicho sea de paso, aunque la estimación parcial del petitum principal haya impedido el conocimiento de la abusividad alegada de forma subsidiaria a la nulidad y a la resolución también solicitadas, también contraría la doctrina del TJUE en relación con los efectos (totales y retroactivos) de la nulidad derivada de los contratos contrarios a la buena fe y el equilibrio de posiciones contractuales que deben regir las relaciones entre consumidores y empresarios.

Por ello, considero que en la solución final ha tenido mucho que ver la nueva configuración legal del régimen jurídico de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley 4/2012. Como ya hemos dicho, *supra*, dicha norma no era aplicable al caso, por la fecha de la contratación (2003 y 2007), pero su flexibilidad en las posibles modalidades contractuales es mucho más razonable que el empecinamiento del Legislador de 1998 en la imposición de un único régimen



imperativo de aprovechamiento por turno⁷. En el sistema de la Ley 4/2012, es el *régimen jurídico inmobiliario* del edificio sobre el que recaen los derechos transmitidos (determinación jurídica) y el régimen de los servicios (viabilidad económica) lo que resulta imperativo -y ello sólo para los derechos de aprovechamiento por turno constituidos sobre inmuebles sitos en España y de acuerdo con la ley española-, pero no el carácter real del derecho de aprovechamiento que recae sobre los alojamientos de aquél, ya que ahora se permite cualquier modalidad, no sólo arrendaticia de temporada, sino cualesquiera obligacional compatible con aquél. Según lo dispuesto en dicha Ley, los contratos objeto de la litis que nos ocupa (en los que no se transmitió un derecho real, pero se procuraron durante ocho años las contraprestaciones debidas según la modalidad personal objeto de los contratos), no serían nulos por contravenir determinada modalidad imperativa, sino, en su caso, únicamente susceptibles de resolución contractual (*sine die*) por falta de la debida información contractual sobre los períodos y elementos a disfrutar según el régimen, o sobre sus servicios obligatorios, según lo dispuesto en su artículo 23.

⁷ Sobre ello, y para un estudio más amplio del alcance de la reforma operada por la Ley 4/2012, nos remitimos al capítulo XXXIV nuestra obra “Derecho de la Construcción y la Vivienda” (CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, Aranzadi 2012, 7ª ed.).