

NULIDAD CONTRACTUAL COMO CONSECUENCIA DE FRAUDE DE LEY Y EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR DE ACUERDO A LA LEY 42/1998

**Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª),
nº 431/2017 de 10 de julio (RJ 2017\3201)**

Helena Palomino Moraleda
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 1 de septiembre de 2017

1. Los hechos

El 22 de septiembre de 2008, D. Gabino y Dña. Guadalupe celebraron un contrato de derechos de aprovechamiento por turno, con Silverpoint Vacations, S.L., por el cual adquirirían un certificado de fiducia que les otorgaba el derecho a utilizar unos apartamentos por periodos vacacionales, sitios en el complejo Hollywood Mirage Club, previo pago del precio. Unido a este contrato, las partes firmaron una declaración de conformidad complementaria. Además, se firmaron unos contratos de reventa independientes del contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

D. Gabino y Dña. Guadalupe, con fecha 1 de abril de 2013, presentaron demanda contra Silverpoint Vacations ante el Juzgado de Primera Instancia nº5 de Arona. Se alegaba que el contrato suscrito previamente con la demandada, el cual da origen al litigio, no cumplía en ningún momento con el contenido mínimo que la Ley 42/1998 exigía para este tipo de contratos, además se manifestaba la carencia de información básica de los demandantes acerca de elementos esenciales del mismo, que tuvieron como consecuencia el desconocimiento de sus derechos básicos. En lo esencial, la parte actora señalaba que el contrato vulneraba los arts. 4, 8 y 9 de la Ley 42/1998.

Por todo ello, en la demanda se solicitó:



- La declaración de nulidad o subsidiariamente la resolución del contrato suscrito por las partes así como todos sus anexos, exigiéndose la devolución de las cantidades ya satisfechas en concepto de pagos derivados del contrato que ascendían a un total de 22.698,08 euros.
- La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas en concepto de anticipo.
- De forma subsidiaria a los anteriores *petitum*, se solicitó la nulidad por abusiva de las cláusulas recogidas en los envíos de información por parte de los complejos donde se ubicaban los apartamentos objeto del contrato.

La sentencia del JPI estimó parcialmente la demanda, entendiendo que el contrato no cumplía con el contenido mínimo que impone la Ley 42/1998, y que además la sociedad demandada incumplió la prohibición de cobrar anticipos pues en el mismo acto que se celebró contrato se abonó por los demandantes una cantidad por valor de 1000 libras. Por lo cual, el contrato fue declarado nulo, condenándose a los demandados a abonar 21.849,36 euros.

Silverpoint Vacations, S.L., con fecha 12 de junio de 2015 interpusieron un recurso de apelación ante la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, contra la sentencia de primera instancia. El órgano de apelación estimó el recurso, fundamentando su decisión en la imposibilidad de que D. Gabino y Dña. Guadalupe encajaran en el concepto de consumidores a los efectos de la Ley 42/1998, argumentando además que el contrato no incumplía con las normas imperativas de la Ley 42/1998, ya que su intención era solo la reventa.

Contra esta resolución, D. Gabino y Dña. Guadalupe, interpusieron un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

2. Fundamentación jurídica

El recurso de casación se basó en los siguientes motivos:

- **Primero.** Se alegaba la existencia de sentencias contradictorias con respecto de la aplicación de la Ley 42/1998 por parte del Tribunal Supremo y distintas Audiencias Provinciales, lo que daba lugar un criterio heterogéneo en esta materia. La aplicación de la norma al contrato objeto de *litis* se conviene por ambas partes a la hora de su redacción, acordándose en él la venta de derechos de aprovechamiento por turnos en un complejo determinado, en un apartamento determinado, para una semana determinada del año, con un número determinado de ocupantes en todos los



inmuebles; por lo que los recurrentes entienden debía ser aplicada Ley 42/1998, y por ende, el contrato debía sujetarse a los requisitos imperativos que la misma recoge.

- **Segundo.** El presente motivo de casación se fundamentaba en la consideración de consumidor y usuario a los efectos de ser aplicada la Ley 42/1998. La Audiencia Provincial de Tenerife dictó sentencia señalando que D. Gabino y Dña. Guadalupe no podían considerarse como destinatarios finales del producto ni consumidores, ya que tenían una finalidad de inversión u obtención de rentabilidad con respecto a los apartamentos objeto del contrato, y por tanto no se debía exigir que el mismo se ajustase a lo previsto en la Ley 42/1998.

Los recurrentes en casación alegaban que su contrato fue firmado dentro de su ámbito familiar o privado, y que el ánimo de lucro no debía ser un criterio de exclusión para considerarlos como consumidores, ya que de ser así se estaría infringiendo el art. 3 del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

- **Tercero.** Finalmente, el recurso se fundamentaba en las consecuencias jurídicas que se derivarían por formalizar un contrato al margen de la Ley 42/1998. La sentencia recurrida preveía que de ser aplicable la Ley 42/1998 al contrato objeto de controversia, el incumplimiento de la misma tendría como consecuencia la resolución contractual y no su nulidad, de conformidad con el art. 10 de la citada norma. Sin embargo, los recurrentes alegaban ante el TS que los incumplimientos en los que fundamentaban su pretensión -falta de información básica, prohibición de anticipos, falta de fijación límite temporal y contenido del contrato-, debían tener como consecuencia la nulidad del contrato, para lo que citaban el criterio al adoptado recientemente por el Tribunal Supremo¹.

El Alto Tribunal estimó los motivos del recurso interpuesto por D. Gabino y Dña. Guadalupe.

En cuanto al primer y tercer motivo, la sentencia recurrida declaraba que el contrato hacía referencia a un producto vacacional y no a un contrato de aprovechamiento por turnos, sin embargo, el TS señaló que la Ley 42/1998 en aras a impedir posibles fraudes de ley, amplió su cobertura:

«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

¹ STS 774/2014 y STS775/2014 de 15 de enero de 2015.



nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos».

El TS declaró que el contrato que dio origen al litigio quedaba totalmente integrado en el ámbito objetivo de regulación que preveía el art. 1 Ley 42/1998: 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 e intercambio. En consecuencia el Alto Tribunal declaró al respecto que el contrato en nada respetaba lo recogido en la Ley 42/1998, ya que el mismo no cumplía con el contenido mínimo que la norma exige en su art. 9, a lo que se unía exigencia de anticipos prohibidos por la ley en el art. 11.

Todo ello forjó el razonamiento del TS que llevó a declarar en la sentencia la nulidad radical del contrato, ya que de acuerdo con el art. 1.7 Ley 42/1998 se había pretendido la formalización de contratos al margen de la citada ley, es decir, tal actuación fue considerada como fraude de ley.

Con respecto al motivo segundo que planteaba el recurso, sobre la condición de consumidor a los efectos de la Ley 42/1998, la sentencia de nuestro análisis recoge la jurisprudencia del TS y la comunitaria² según la cual la intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor. El ánimo de lucro del consumidor persona física deberá analizarse en cada situación concreta, situándose el límite en la asiduidad y regularidad con las que se realicen las actividades, lo que podría tener como consecuencia que se considere que se está realizando una actividad empresarial o profesional y, por tanto, no contemplada dentro de la regulación de la Ley 42/1998.

Sin embargo, el TS entendió que no estaba acreditado que los recurrentes realizaran este tipo de operaciones por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluía su condición como consumidores.

La sentencia declaró la obligación de devolver por la parte demandada la cantidad total de 21.849,36 €, en la cual se incluían los anticipos por duplicado, tal y como establece el art. 11 Ley 42/1998. A pesar de que el art. 1.7 de la ley establece que para los casos de nulidad de pleno derecho debían ser devueltas las cantidades satisfechas en su totalidad, tal interpretación, señaló el TS tenía que realizarse de acuerdo con el art. 3 CC, “atendiendo a su espíritu y finalidad”. De esta forma, los Sres. Gabino y Guadalupe

² STS 16/2017 de 16 de enero y STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton).



disfrutaron durante tres años de los apartamentos objetos del contrato, por lo que la cantidad satisfecha a devolver junto con el anticipo por duplicado debía ser proporcional a los 47 años restantes no disfrutados, partiendo del límite de 50 años que es la máxima prevista por la ley.

3. Comentario

La Ley 4/2012 de 6 de julio, que deroga la Ley 42/1998, conocedora ya de posibles fraudes de ley, une de forma expresa los productos vacacionales a la regulación de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico. Aunque la Ley 42/1998 se preocupó por ampliar su cobertura, la actual regulación hace mención expresa a los mismos, lo que supuso la transposición a nuestro derecho las Directivas 2008/122/CE.

En cuanto a la condición de consumidor a los efectos de la Ley 42/1998, la línea jurisprudencial que el TS viene adoptando en recientes sentencias como la STS 373/2017 de 9 de junio, se ha visto plasmada en la que ha sido objeto de nuestro análisis. El criterio adoptado por el TS ha asumido la jurisprudencia comunitaria al respecto, rechazando que el ánimo de lucro pueda ser un factor excluyente de la condición de consumidor, entendiendo que se podrá realizar una actividad lucrativa ajena a la económica o profesional, estableciendo como límite para determinar lo contrario la regularidad con la que las mismas se realicen.