

Roj: **STS 830/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:830**Id Cendoj: **28079110012015100114**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/01/2015**Nº de Recurso: **3190/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Enero de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en pleno por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 1165/09, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Barcelona; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Eusebio y doña Antonieta, representados ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Myriam González Fernández, sustituida por causar baja en el ejercicio de la profesión, por la Procuradora doña Sofía Gutiérrez Figueiras; siendo parte recurrida **Banco Guipuzcoano, SA**, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Begoña Del Arco Herrero. Autos en los que también ha sido parte la mercantil I. Gormes, SL que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de don Eusebio y doña Antonieta contra la mercantil I. Gormes, SL y Banco Guipuzcoano, SA.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se "... dicte Sentencia declarando: 1º.- El derecho al desistimiento o subsidiariamente la nulidad o subsidiariamente la resolución del contrato privado de compraventa, de fecha 16 de febrero de 2008 nº NUM001, suscrito por Don Eusebio y doña Antonieta, con I. Gormes, S.L.- 2º.- La resolución o, alternativamente la ineficacia o subsidiariamente la nulidad del contrato de Préstamo nº NUM000 suscrito por Don Eusebio y doña Antonieta con Banco Guipuzcoano S.A.- 3º.- La resolución o, alternativamente la ineficacia o subsidiariamente la nulidad del contrato de cuenta corriente y de las Pólizas de seguro suscritos por Don Eusebio y doña Antonieta con Banco Guipuzcoano S.A.- 4º.- Condene solidariamente a las entidades demandadas a restituir a los actores todas las cantidades por éstos abonadas con motivo del contrato de compraventa de un derecho de uso de **aprovechamiento por turno** sobre dos **turnos** turísticos en sistema flotante EDO y del contrato de préstamo suscrito con Barclays, así como las cantidades referentes a las pólizas de seguro, desde su formalización hasta la ejecución de la sentencia, con sus intereses.- 5º.- Se condene a los demandados al pago de las costas."

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de Banco Guipuzcoano, SA contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, se dicte "... Sentencia desestimando totalmente la demanda frente a Banco Guipuzcoano, S.A., por no serle exigibles las responsabilidades que se pretenden, al no darse las circunstancias jurídicas oportunas, que permitan a los demandantes la derivación frente a esta parte de los efectos y eventuales consecuencias que postulan frente a la codemandada I. Gormes, S.L., condenando en costas a las demandantes por su manifiesta temeridad."



La representación procesal de Inversiones Gormes, S.L. contestó asimismo la demanda y, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando se dicte "... sentencia declarando la ausencia de causas de desistimiento, nulidad o resolución contractual, absolviendo libremente de la demanda a mi principal con expresa condena en costas a la parte demandante."

3.- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y declaradas pertinentes fueron practicadas en el juicio, quedando los autos conclusos para sentencia.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 3 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: "*FALLO: Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por Don Eusebio y Doña Antonieta contra I.Gormes S.L. y Banco Guipuzcoano, declaro la nulidad del contrato de dos turnos turísticos en sistema flotante de "Edo Resorts" suscrito por los demandantes e I. Gormes S.L. en fecha 16 de febrero de 2008 y la nulidad de los contratos de préstamo, cuenta corriente y de seguro suscritos por los actores y Banco Guipuzcoano y condeno a las demandadas a restituir a los actores las cantidades por éstos abonadas con motivo de dichos contratos desde su formalización hasta la ejecución de la sentencia, con más un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta la del pago.- Se imponen a los demandados las costas derivadas de este procedimiento.*"

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpusieron recurso de apelación las demandadas, y sustanciada la alzada, la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 24 de julio de 2012 cuyo Fallo es como sigue: "*Que, estimando los recursos de apelación interpuestos por Inversiones Gormes, S.L. y Banco Guipuzcoano, S.A., contra la sentencia de fecha tres de noviembre de dos mil diez, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona en el asunto mencionado en el encabezamiento, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, en su lugar, desestimando la demanda, absolvemos libremente a dichas apelantes de la pretensión deducida frente a ellas, sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas de ninguna de las dos instancias. Devuélvanse los depósitos constituidos para recurrir.*"

TERCERO.- La procuradora doña Esther Suñer Ollé, en nombre y representación de **don Eusebio y doña Antonieta**, interpuso recurso de casación por interés casacional fundado, como único motivo, en la vulneración de los artículos 1.7 y 9 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, en relación con el 1261 del Código Civil, con cita de resoluciones contradictorias de las Audiencias Provinciales de Madrid y de Barcelona.

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 2 de julio de 2013 por el que se acordó la admisión de dicho recurso, así como que se diera traslado del mismo a los recurridos, habiéndose opuesto al recurso Banco Guipuzcoano SA, representado por la procuradora doña Begoña del Arco Herrero.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso por el pleno de la Sala el día 16 de diciembre de 2014.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 16 de febrero de 2008 don Eusebio y doña Antonieta, como adquirentes, y la demandada Inversiones Gormes SL, como transmitente, celebraron un contrato de **aprovechamiento** por **turno** de bienes inmuebles estableciendo a favor de los primeros un derecho de uso sobre dos **turnos** turísticos en el sistema denominado "flotante" de "Edo Resorts".

En fecha 30 de julio de 2009 los adquirentes formularon demanda contra Inversiones Gormes SL solicitando declaración de su derecho al desistimiento respecto de dicho contrato o, subsidiariamente, la nulidad o, en su caso, la resolución, así como igualmente la resolución, ineficacia o nulidad del contrato de préstamo que, para financiar la operación, se concertó entre los demandantes y la también demandada Banco Guipuzcoano SA por indicación de Inversiones Gormes SL, con la misma petición respecto de los contratos de cuenta corriente y de seguro suscritos del mismo modo con dicha entidad financiera. Por último, se pidió la condena solidaria de las demandadas a restituir a los actores todas las cantidades abonadas con motivo del contrato de compraventa de los derechos de **aprovechamiento** y de los de préstamo y seguro desde su formalización hasta la ejecución de sentencia, con sus intereses, condenando además a los demandados al pago de las costas.

Se alegaba en la demanda que el contrato vulneraba lo dispuesto por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, pues se omitía la inserción, legalmente exigida, del texto de los artículos 10, 11 y 12 de dicha ley, privando a los demandantes de información sobre el posible ejercicio de los derechos de desistimiento y resolución que la misma ley les reconocía, facilitándose posteriormente a los adquirentes un librito anexo que formaba parte del contrato. Igualmente se denunciaba la mala fe de la demandada Inversiones Gormes SL ya que el texto



entregado era de gran complejidad, se insertaba la ley reguladora de estos contratos con letra pequeña, de manera comprimida y sin respetar un mínimo interlineado a fin de que resultase "tremendamente aburrida" y "farragosa" su lectura, con lo que la sociedad transmitente pretendía dar cumplimiento a lo dispuesto por la ley pero dando como resultado el desconocimiento de los derechos que amparaban a los adquirentes. En el anexo V del mismo cuaderno, relativo a la información a que se refieren los artículos 8 y 9 de la ley, no se encontraba ni un punto y aparte y pocos puntos y seguido, de modo que intentar leerlo suponía una "ardua y complicada tarea".

En cuanto al cumplimiento dado al contrato, los demandantes alegaban que habían intentado ejercer su derecho de uso en complejos repartidos por todo el mundo y la demandada siempre alegaba que no era posible por no estar disponibles los destinos. Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el anexo del contrato, los actores se habían puesto en contacto con Inversiones Gormes SL para que ésta transmitiese, en el plazo máximo de cuarenta y cinco días, el derecho de uso y diese por extinguida la relación jurídica, ante lo que dicha demandada había respondido siempre que la gestión de la transmisión no podía llevarse a cabo porque debía ir precedida de dos intercambios a través de Interval Internacional, que no se habían realizado.

Se sostenía también en la demanda la imposibilidad, por desconocimiento, del ejercicio del derecho a desistir del contrato y se fundaba la pretensión de nulidad del contrato en el hecho de que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece la nulidad de las transmisiones de derechos de utilización periódica que no se ajusten a lo establecido en dicha ley, lo que también debía deducirse de lo dispuesto por el artículo 6.4 del Código Civil; igualmente la nulidad venía dada por la falta de determinación del objeto, esencial en el contrato conforme a lo dispuesto por el artículo 1261 del Código Civil, ya que se transmitía un derecho de uso sobre un **turno** turístico en sistema flotante "Edo Resorts" en temporada flexible-verde, sin concreción sobre si se trata de un derecho de carácter personal o real, contraviniendo así lo que dispone la Ley, tampoco se indican en el contrato los días y las horas en que se inicia y termina el **turno** que es objeto del mismo y se desconoce la época del año en que se podrán disfrutar los derechos.

Respecto a la ineficacia del contrato de financiación se invocaba en los fundamentos de derecho de la demanda lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 42/1998, que imponía la resolución de tales contratos cuando se desistiese del contrato principal o se resolviese el mismo de acuerdo con el artículo 10 de la ley. También se sostenía la aplicación de lo establecido en los artículos 14 y 15, apartados a, b y c, de la Ley de Crédito al Consumo.

SEGUNDO.- Seguido el proceso y habiéndose opuesto a la demanda tanto Inversiones Gormes SL como Banco Guipuzcoano SA, el Juzgado de Primera Instancia la estimó y declaró la nulidad del contrato de transmisión de **aprovechamiento** por **turno** así como la de los de préstamo, cuenta corriente y seguro, que consideraba vinculados, y condenó a las demandadas a restituir a los actores las cantidades que éstos habían abonado con motivo de dichos contratos.

Razonó el juez de primera instancia en el sentido de que la Ley 49/1998 exigía la inserción literal en el contrato de los artículos 10, 11 y 12 y sólo permite que figuren en un anexo las condiciones generales que no sea preciso que se hallen en el propio texto del contrato. Resultaba preceptiva en particular la información sobre los derechos de desistimiento y resolución unilateral, con indicación de la persona y domicilio a quien deberá comunicarse si se ejercitan, siendo criterio de las Audiencias Provinciales el de que no puede entenderse cumplida la exigencia legal con la inserción del texto completo de la ley en la documentación complementaria.

El Juzgado afirma que sí se contiene, por el contrario, la facultad de resolver el contrato a instancia de la transmitente Inversiones Gormes SL por el impago en que pudieran incurrir los adquirentes. Entiende la sentencia de primera instancia que la sanción por ello es la nulidad, según dispone el artículo 10.2, párrafo segundo, de la ley reguladora; así como que el contrato es nulo por indeterminación de su objeto ya que no figuran en el documento los datos concretos de los inmuebles, sino únicamente una enumeración de complejos en el exponendo II, cuya situación y descripción se manifiesta efectuar en el anexo I, en el que, sin embargo, no se describía el alojamiento sobre el que recaía el derecho, ni constaban los datos registrales. Tampoco figuraban asignados **turnos** concretos, ni la temporada, ni explicación alguna sobre qué es el sistema flotante, ni cuál es la temporada "verde-flexible" o la temporada "alta".

TERCERO.- Dicha sentencia fue recurrida en apelación por las demandadas Inversiones Gormes SL y Banco Guipuzcoano SA y la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) estimó el recurso y, tras revocar la sentencia dictada por el Juzgado, desestimó la demanda sin especial declaración sobre costas causadas en ambas instancias, habiendo sido recurrida dicha sentencia en casación por los demandantes.

La Audiencia llega a dicha solución desestimatoria de la demanda mediante los siguientes razonamientos:



a) La sanción por la falta de información no es, sin más, la nulidad del contrato. El artículo 10.2, párrafo primero, de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, establece que si el contrato no contiene las informaciones que exige el artículo 9 de la misma Ley el adquirente podrá resolverlo en el plazo de tres meses. Entre esas informaciones está, evidentemente, la relativa al derecho a desistir y a resolver. Por tanto, la simple omisión no permite anular el contrato, sino sólo resolverlo en el plazo mencionado. Es la falta de veracidad la que permite anular. Una cosa es omitir información, lo que autoriza a resolver, y otra mentir, lo que permite anular; sin perjuicio, obviamente, de que la omisión de información pueda valorarse si se pide la anulación por vicio del consentimiento, que aquí no se ha instado.

b) En el propio texto del contrato hay una remisión al artículo 10 de la ley (en el que consta el derecho a desistir), al decir el pacto 12 que " Los adquirentes en caso de no ejercitar sus derechos tal y como lo indica el artículo 10 de la Ley 42/98 y no cumplir con los acuerdos estipulados en el presente contrato, deberán resarcir a la transmitente en concepto de indemnización por daños y perjuicios con el 15 % del valor de la compraventa ". El texto completo de la ley se inserta, como anexo IV, en el cuaderno o librito que se entregó a los adquirentes, no después de firmarse el contrato como pretenden los demandantes, sino en la misma fecha de la firma, como consta en el documento 2 de la contestación de Inversiones Gormes SL, que es un recibo de la documentación entregada, suscrito por los actores y no impugnado por éstos. No había por tanto en el contrato información directa del derecho a desistir, pero sí había una indicación expresa de que en el artículo 10 de la ley se contenían determinados derechos de los adquirentes. Por ello tampoco es cierto que el contrato previese únicamente la facultad de resolver a instancia de la transmitente y por impago de los adquirentes, pues cuando menos hay en el contrato una remisión al precepto clave en cuanto al derecho de arrepentimiento de los adquirentes.

c) En cuanto a la falta de objeto, ya la misma Audiencia la había negado en un caso sustancialmente igual resuelto por sentencia de 18 de noviembre de 2009, aunque posteriormente se sostuvo que faltaba la adecuada determinación del objeto en otra de 24 de noviembre de 2010, concluyéndose en otras resoluciones que había nulidad, pero derivada de dolo por parte del transmitente. Afirmaba la existencia de diferentes criterios en la propia Audiencia y optaba por considerar la validez del contrato pese a la denuncia de falta de determinación de su objeto.

d) No puede decirse que el contrato carece de objeto porque no conste en el mismo alguno o algunos de los extremos que exige la ley. La invalidez (inexistencia) del contrato por falta de objeto no tiene su regulación en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sino en la legislación general y, en concreto, en el Código Civil, cuyo artículo 1261 determina que no hay contrato sino cuando concurren, entre otros, el requisito de un objeto cierto que sea materia del contrato. Luego lo que ha de considerarse es eso solamente y no si en el texto contractual falta una u otra de las menciones que exige la repetida Ley de 15 de diciembre de 1998. El objeto de los contratos no es una cosa material, sino el conjunto de prestaciones que cada parte tiene derecho a obtener en virtud del contrato de que se trate, o sea el comportamiento que cada parte debe poder obtener de la otra parte.

e) Inversiones Gormes SL transmitió a los demandantes el derecho de uso sobre dos **turnos** turísticos, con capacidad para cuatro personas, en cualquiera de los complejos mencionados en el exponendo segundo del contrato. El pacto cuarto precisa las modalidades de uso: 14 noches en temporada flexible-verde o 7 en temporada alta, habiéndose entregado a los demandantes un calendario en el que, sobre las 52 semanas del año, se marcan las que corresponden al período flexible (señaladas en color verde en el calendario) y a la temporada alta (documento 1 de la contestación de la sociedad transmitente). Por tanto, está claro que lo que se transmitía a los demandantes era el derecho a utilizar un apartamento, en cualquiera de los complejos mencionados en el contrato y en sus anexos, durante determinado número de días. Una cosa es el contenido obligatorio del contrato conforme a la ley y otra que no estén bien determinados los derechos de cada una de las partes. En el contrato constan los inmuebles y en el anexo entregado se indica su dirección y con tales datos es suficiente para conocer sobre qué apartamentos podían los actores ejercer su derecho de uso: sobre cualquiera de los situados en los complejos mencionados en el contrato y en su citado anexo. El contrato no confiere el derecho a utilizar un apartamento concreto y sólo uno, de modo que no es imprescindible en absoluto que conste "el alojamiento sobre el que recae el derecho". Este contrato no transmitía un derecho real sobre un inmueble específico, sino un derecho de uso sobre cualquiera de entre un conjunto, por un número concreto de días. La ausencia de mención a los datos registrales de los edificios no es suficiente como para afirmar que falta o que no está determinado el objeto del contrato, de la misma manera que el arrendamiento de un inmueble no carece de objeto por la circunstancia de que no consten en él los datos de inscripción en el registro de la propiedad del inmueble que se arrienda. Por lo demás, en la demanda no se alega que no exista en la realidad alguno de los complejos en que se sitúan los apartamentos que eran susceptibles de ser usados. No es cierto que, como se dice en la sentencia del Juzgado, no se determinase en el contrato cuáles eran las temporadas verde-flexible y alta, porque se entregó un calendario que lo precisaba, de cuya entrega aportó recibo la sociedad transmitente, el cual está firmado por los demandantes y no ha sido impugnado.



f) En la demanda se dice que no se concretaba en el contrato si se transmitía un derecho real o personal. Eso es verdad y también lo es que en el anexo V del contrato se habla de derecho real. Pero es evidente que esto último no responde a la realidad y que lo transmitido fue de naturaleza obligacional o personal. No hace falta mucho esfuerzo para observarlo. El derecho conferido no recae sobre un inmueble concreto, que es lo que caracteriza los derechos reales, sino que puede ejercitarse en numerosos apartamentos distintos, situados en varios complejos. Por no hablar de la posibilidad de intercambiar el derecho con otros titulares de semejantes derechos radicados en el extranjero.

Por tales razones la Audiencia considera que el contrato no está viciado de nulidad y que la demanda ha de ser rechazada, revocando la sentencia dictada en primera instancia.

CUARTO.- El recurso de casación alega la existencia de interés casacional por existencia de resoluciones contradictorias de las Audiencias Provinciales, que justifica aportando como favorables a la tesis que defiende -nulidad del contrato en estos casos- las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) núms. 289/2008, de 30 mayo y 199/2011, de 15 abril y, como contrarias, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª) núms. 120/2010, de 24 marzo , y 91/2008, de 12 marzo .

Las infracciones legales que se denuncian en el único motivo del recurso están referidas a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, y concretamente a su artículo 1.7 en relación con el contenido necesario del contrato previsto en los distintos apartados del artículo 9 de la misma Ley, que igualmente menciona, todo ello relacionado con la exigencia de certeza en el objeto del contrato, que se deriva del artículo 1261 del Código Civil .

El artículo 1.7 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre , sobre **aprovechamiento por turno** de bienes inmuebles de uso turístico, dispone que *«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»*.

En el caso presente no está determinada la duración del contrato, pero resulta obvia la intención de las partes de atribuirle en todo caso una duración superior a los tres años que es el mínimo previsto en el artículo 3 de la Ley 42/1998 , con un máximo de cincuenta años, por lo que ha de resultar aplicable la previsión del artículo 1.7.

Si se atiende al contenido contractual pronto se advierte que no se cumplen las exigencias del artículo 9.1 de la Ley, lo que lleva a considerar que se trata de la transmisión de "cualquier otro derecho" no comprendido en la ley especial y conduce a la nulidad del contrato según lo señalado en el artículo 1.7 citado.

No sólo se omiten los datos de la escritura reguladora del régimen, con indicación del día del otorgamiento, del notario autorizante y del número de su protocolo, y los datos de inscripción en el Registro de la Propiedad (apartado 1º), que en este caso habrían de constar respecto de cada uno de los nueve complejos turísticos a los que el contrato se refería, sino también la mención expresa a la naturaleza "real o personal" del derecho transmitido, haciendo constar "la fecha en que el régimen se extinguirá" de conformidad con las disposiciones de la presente Ley (apartado 2º).

Pero sobre todo, aunque se estimara que tales defectos no alcanzan la gravedad suficiente para determinar la nulidad contractual, debiendo producir otras consecuencias, el contrato adolece de falta del objeto previsto por la ley e incumple así la norma imperativa del artículo 9.1, apartado 3º, de la Ley 42/1998 , según el cual el contrato ha de contener necesariamente la *«descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales y al turno que es objeto del contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina»*. La Ley 42/1998 no da cobertura a otro tipo de contrato como es el presente en que no se determina el alojamiento sobre el que recae; convenio que podría haber quedado amparado en la norma del artículo 1255 del Código Civil si no fuera porque la propia ley lo prohíbe al sancionarlo con la nulidad (artículo 6.3 del Código Civil) en defensa de los derechos del consumidor. Dicha exigencia se contiene igualmente en el artículo 30.1.3º de la nueva Ley 4/2012, de 6 de julio , que es la que rige en la actualidad dichos contratos.

La nulidad del contrato conlleva la de los vinculados que se celebraron con Banco Guipuzcoano SA, también demandado, por los propios razonamientos que se contienen en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de primera instancia, de los que claramente se desprende el acuerdo para la financiación existente entre los demandados lo que da lugar a la ineficacia en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley 42/1998 que, aunque sólo se refiere expresamente al desistimiento o a la resolución, comprende necesariamente los supuestos de nulidad como el presente.

QUINTO.- Procede por ello la estimación del recurso casando la sentencia recurrida y fijando la doctrina jurisprudencial que se estima adecuada (artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Se confirma así



íntegramente la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas. Las causadas por la apelación se imponen a los demandados recurrentes, sin que proceda especial pronunciamiento sobre las producidas por el presente recurso (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS** haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **don Eusebio y doña Antonieta** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) en Rollo de Apelación nº 58/2011, dimanante de autos de juicio ordinario nº 1165/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de dicha ciudad, seguidos a instancia de los hoy recurrentes contra **Inmobiliaria Gormes SL y Banco Guipuzcoano SA** la que **casamos** y, en su lugar:

1º.- Confirmamos íntegramente la sentencia de primera instancia.

2º.- Declaramos como doctrina jurisprudencial la siguiente: "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 9.1.3º de la citada Ley".

3º.- Condenamos a los demandados al pago de las costas causadas por sus recursos de apelación.

4º.- No procede hacer especial declaración sobre las costas causadas por el presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Eduardo Baena Ruiz.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jose Luis Calvo Cabello.- Firmado y Rubricado. **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA: 15 de enero de 2015

Establecen las normas de los apartados 1 de los artículos 260 de la Ley 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 205 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que quien tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría.

Pero, también, que podrá, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, emitir voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el Tribunal con los que estuviere conforme.

Habiéndolo anunciado en momento procesalmente oportuno, por disentir del fallo contenido en la sentencia 775/2015, de 12 de enero - recurso de casación número 3190/2012 - y de buena parte de la fundamentación jurídica que le da soporte, el Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo Excmo. Señor don Jose Ramon Ferrandiz Gabriel formula el siguiente

Voto Particular

VOTO PARTICULAR.

PRIMERO.- Identificación de la cuestión decidida en la sentencia 775/2015.

1.- Tras un proceso en que los litigantes debatieron sobre la validez y funcionamiento de un contrato celebrado para regular los derechos de **aprovechamiento** por **turno** de bienes inmuebles de uso turístico - regulado por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre -, la sentencia 775/2015, de 12 de enero, ha estimado el recurso de casación, interpuesto por los demandantes y adquirentes contra la de segundo grado, que había estimado la apelación de las sociedades demandadas - la transmitente y una prestamista - y desestimado la demanda.



Ha declarado dicha sentencia que es doctrina jurisprudencial la siguiente: " *En el régimen legal establecido por la Ley 42/1998, de 15 de 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 en el artículo 1.7, en relación con el 9.1.3º de la citada Ley* " .

SEGUNDO.- Exposición de discrepancias.

1.- Mi discrepancia tienen por objeto la decisión adoptada por la mayoría y, también, la doctrina que se fija en el fallo de la sentencia 775/2015 como jurisprudencia.

El desacuerdo se inicia con dos de los argumentos que han servido de fundamento a una y otra.

2.- En el fundamento de derecho cuarto de la sentencia 775/2015 se expresa que el contrato celebrado por los demandantes y la demandada, Inversiones Gormes, SL, no contenía las menciones exigidas en el apartado 1 del artículo 9 de la Ley 42/1998 .

Dicha norma exige que, en el escrito en que se redacte " *el contrato celebrado por toda persona física o jurídica en el marco de su actividad profesional y relativo a derechos de **aprovechamiento** por **turno** de alojamientos* " , consten determinados extremos, entre ellos, los mencionados en el ordinal tercero - esto es, " *la descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a los datos registrales y al **turno** que es objeto del contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina* " -

3.- Sin embargo, la mayoría, en lugar de extraer las consecuencias previstas para esa omisión - aplicando al caso la norma del artículo 10, apartado 2, de la Ley 41/1998 -, ha dado un paso más, sin justificación -siempre según mi respetuosa opinión -, pues ha equiparado ese defecto formal a una falta de objeto.

Con clarividencia la Audiencia Provincial, al dar respuesta al recurso de apelación, había indicado que " *el problema del objeto del contrato no debe ser enturbiado o afectado por la cuestión de los requisitos exigidos por la Ley* " y que " *no puede, por tanto, decirse que el contrato carece de objeto porque no conste en el mismo alguno o algunos de los extremos que exige la Ley que consten* " .

En definitiva, no estoy de acuerdo con la conclusión que se refleja en la sentencia 775/2015, porque me parece poco respetuosa con los datos de hecho identificados por el Tribunal de la segunda instancia, según el cual, mediante el contrato, se " *transmitió a los demandantes el derecho de uso sobre dos **turnos** turísticos, con capacidad para cuatro personas, en cualquiera de los complejos mencionados en el exponendo segundo* " , esto es, " *el derecho a utilizar un apartamento en cualquiera de los complejos mencionados en el contrato y en sus anexos durante determinados número de días* " .

Además - dado que el Tribunal de casación puede revisar los juicios de valor aplicados a los hechos que se hubiesen declarado probados en las instancias, para determinar su relevancia como integrantes del supuesto de la norma -, estoy de acuerdo con la Audiencia Provincial, y con la moderna doctrina, que, al referirse al objeto de los contratos, atienden a como hubiera quedado identificado en la reglamentación contractual, lo que lleva a tratar las irregularidades a él afectantes más como supuestos de incumplimiento que de nulidad - la aplicación de las reglas sobre el " *aliud pro alio* " a las cosas específicas es generalmente aceptada, cuanto menos por este Tribunal -.

Entiendo, por ello, que el contrato tenía objeto y que de lo que adolecía es de la omisión de una mención de todos los datos exigidos en el artículo 9, apartado 1, de la Ley 42/1998 , que es cosa distinta.

4.- También discrepo de que la norma aplicable al supuesto descrito sea la del apartado 7 del artículo 1 de la Ley 42/1998 , en contra de lo que se expresa en la sentencia 775/2015.

Ya he indicado que el contrato -como señaló el Tribunal de apelación- tenía objeto, pero no contenía todas las menciones exigidas en el artículo 9, apartado 1.

Ello determinaba, en mi opinión y como anticipé, la procedencia de aplicar al caso la norma del apartado 2 del artículo 10 de la propia Ley, a cuyo tenor " *si el contrato no contiene alguna de las menciones o documentos a los que se refiere el artículo 9 [...] el adquirente podrá resolverlo en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno* " .

Sin embargo, la mayoría - que, como expuse, entendía que el contrato carecía de objeto -, en lugar de acudir a las normas del Código Civil que se refieren a la ausencia originaria de tan esencial elemento, ha optado por aplicar una que no es la prevista para ninguno de tales casos - los de falta de mención de datos y los de falta de objeto -, pues ha recurrido a la del apartado 7 del artículo 1 - a cuyo tenor " *el contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo 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 ", prevista para otro supuesto.

En efecto, entiendo que dicha norma no tiene por finalidad sancionar la omisión de menciones necesarias en el contrato - para ello está la del apartado 2 del artículo 10 - ni tratar los casos de inexistencia de objeto del mismo -para lo que habrá que acudir a las normas generales del Código Civil -. Propiamente, cumple otra misión.

En efecto, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguló las fórmulas distintas por las que se podía transmitir el derecho a utilizar un alojamiento durante un periodo de tiempo cada año, las cuales se venían denominando con el término multipropiedad, por más que, como decía en la exposición de motivos, significaban una división temporal del derecho al uso de un bien inmueble.

Intentó el legislador - además de transponer la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, 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 -, dotar a la institución de una regulación completa, para lo que consideró capital decidir si debían admitirse cualquiera de las fórmulas creadas por la autonomía de la voluntad o si sólo era admisible la modalidad regulada por la Ley, dejando al margen de ésta todas las demás y optó por una vía intermedia, mediante la imposición de una detallada regulación del derecho real sobre cosa ajena y la admisión de la variante del arrendamiento por temporada, de modo que, fuera de esta alternativa, el legislador consideró cometido un fraude de ley y, además de ello, que el negocio jurídico fraudulento era merecedor de la sanción de nulidad - artículo 1, apartado 7 -.

No se refiere, pues, esta norma al litigioso contrato, indudablemente incluido en el ámbito de la Ley 42/1998, sino a aquellos que se celebrasen con el propósito de eludir la aplicación de la misma, mediante la técnica fraudulenta del rodeo.

En conclusión, el supuesto litigioso no me parece bien identificado en la sentencia 775/2015 y la aplicación a él de la norma del apartado 7 del artículo 1 de la Ley 42/1998 la entiendo improcedente.

Por ello, la decisión que debería haberse adoptado es la desestimación del recurso de casación.

Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Firmado y Rubricado.