



Roj: **STS 617/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:617**

Id Cendoj: **28079110012018100094**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2018**

Nº de Recurso: **2414/2016**

Nº de Resolución: **108/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 557/2016,**
STS 617/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 108/2018

Fecha de sentencia: 01/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2414/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/02/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2414/2016

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 108/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 1 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2016, dictada en recurso de apelación 593/2015, de la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario 234/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Arona; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por D. Alexander y Dña. Mariola, representados en las instancias por el procurador D. Leopoldo Pastor LLarena, bajo la dirección letrada de Dña. Eva María Gutiérrez Espinosa, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Vicente Javier López López en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil Silverpoint Vacations S.L., representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal, bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Alexander y Dña. Mariola, representados por el procurador D. Leopoldo Pastor LLarena y bajo la dirección letrada de D. Miguel Rodríguez Ceballos, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations S.L. (Resort Properties) y Resort Properties Limited y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare:

»1.- La nulidad, o subsidiaria resolución, del contrato suscrito por las partes el 7 de febrero de 2009 (E 405592/461888) por importe de 22.288,00 libras esterlinas (25.372,21 euros), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, con obligación solidaria para las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- Para el caso de no ser estimada la pretensión anterior, se declare la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas por razón del contrato suscrito por las partes y que se recogen en el hecho tercero, debiendo por lo tanto devolver dicha cantidad doblada, es decir, 2000,00 libras esterlinas (2.276,76 euros).

»Es justicia que insto».

2.- La entidad demandada Silverpoint Vacations S.L. (antes denominada Tensel S.L.), representada por el procurador D. Pedro Ledo Crespo y bajo la dirección letrada de D. José Minero Macías, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que desestime la demanda, con la imposición expresa a la parte actora de las costas causadas en la instancia».

3.- El procurador D. Leopoldo Pastor LLarena, en la representación que ostenta de los demandantes, desiste de la codemandada Resort Properties Limited al no figurar inscrita ninguna sociedad con dicha denominación en el Registro Mercantil de las Palmas.

4.- Por auto de fecha 24 de junio de 2013, se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por la entidad Silverpoint Vacations S.L., continuando el curso de las actuaciones; mediante decreto de 28 de marzo de 2014 se tiene a los demandantes por desistidos de la entidad Resort Properties Limited, continuando las actuaciones frente a Silverpoint Vacations S.L. y previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Juez de Primera Instancia número 5 de Arona dictó sentencia, con fecha 21 de mayo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Desestimar íntegramente la demanda presentada por el procurador de los tribunales D. Leopoldo Pastor LLarena, en nombre y representación de D. Alexander y Dña. Mariola, y en su virtud absuelvo a Silverpoint Vacation de los pedimentos frente a ella deducidos, sin imposición de costas».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante e impugnando la sentencia la parte demandada, la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 9 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo:



- »1.- Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la entidad apelada Silverpoint Vacations S.L., condenándole al pago de las costas de dicha impugnación si las hubiere.
- »2.- Se desestima en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Alexander y Dña. Mariola , confirmándose la sentencia apelada en su integridad y con imposición a los apelantes de las costas generadas en esta alzada por razón de su recurso».

TERCERO.- 1.- D. Alexander y Dña. Mariola interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracciones de las normas procesales reguladoras de la sentencia art. 469.1 de la LEC . Infracción del deber de congruencia. Arts. 216 y 218 de la LEC . Se sucede una grave infracción de los deberes impuestos en cuanto a la congruencia de la sentencia. Se desprende de la resolución que nos ocupa una grave incongruencia tanto de los fundamentos en que se basa la resolución, siendo contradictorios en sí mismos, como también se advierte una incongruencia omisiva, al no dar respuesta a todas las peticiones de esta parte.

Motivo segundo.- Vulneración, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en el art. 24 de la Constitución : art. 469.1.4.º de la LEC . Vulneración del derecho de prueba.

Motivo tercero.- Art. 469.1.3.º. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. Al respecto de la errónea interpretación de la norma especial, Ley 42/98 de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias. La inadecuada interpretación implicará un grave quebranto a la tutela judicial efectiva, a la vista de la inseguridad jurídica que se desprende de la errónea interpretación legal. Errónea interpretación de la norma, y de su exposición de motivos, en virtud de la cual se niega la aplicación de la misma ante el planteamiento hipotético de una rentabilidad futura, e incierta de la adquisición.

El recurso de casación por interés casacional para unificación de doctrina, basado en:

Motivo primero.- La sentencia cuyo recurso ahora nos ocupa se opone a la doctrina del Tribunal Supremo expresada en sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha de 15 de enero de 2015, en los autos de recurso de casación 3190/12 . Dicha sentencia anuncia expresamente en el fallo que la misma se constituye como doctrina jurisprudencial, e impone la sanción de nulidad radical a los contratos de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, en los que no se observen los elementos esenciales que definen el objeto, más concretamente se imponía tal grave sanción ante la falta de identificación adecuada del objeto contractual, en tanto el derecho comercializado no concretaba sobre que recae, no identificando ni el lugar ni el tiempo de las exigencias de información expresamente impuestas en el art. 9 de la Ley 42/98 , si bien ha de subrayarse que la información de que se priva al adquirente es esencial pues no permite conocer adecuadamente el objeto sobre el que recae el derecho y el contrato, por lo que se asimila y de ahí la dura sanción a la nulidad radical por falta de objeto. La declaración de nulidad se hace en este caso con fundamento en el art. 1.7 de la Ley 42/98 , en relación con el art. 9.1.3.º que se incumple, sin perjuicio de anunciar que tal declaración es susceptible también de nulidad con fundamento en el Código Civil , por vulnerar norma imperativa, art. 6.3, así como por falta de elemento esencial art. 161 CC . La sentencia que ahora nos ocupa, en contra de tal criterio, viene a considerar que los contratos donde el objeto no está debidamente definido, como sucede en los contratos de autos, y de forma más grave respecto de los derechos adquiridos en Club Paradiso (contrato de 2009), quedan exentos de la aplicación de la norma por no ajustarse al ámbito objetivo de la misma, dejando huérfanos de normativa especial a aquellos contratos que con desatención a la norma sectorial no concretan el objeto, ni cumplen el esencial deber de información.

Motivo segundo.- La sentencia que nos ocupa, se opone a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo al respecto de las consecuencias jurídicas que cabe imponer a la empresa comercializadora de este tipo de productos de derechos de uso o aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, como lo es la demandada, ante la desatención de la norma especial, Ley 42/98 LATBI, en su art. 3 , que viene a establecer un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza. Esta doctrina jurisprudencial se expresa en sentencia de 15 de enero de 2015, dictada por la Sala 1.ª del Tribunal, (rec. 961/2013, sentencia 774/2014 , ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel), dictada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en fecha 16 de julio de 2015, sentencia 431/2015, recurso de casación 2089/13 , ponente D. Antonio Salas Carceller, sentencia 192/2016, dictada el 29 de marzo de 2016, recurso de casación 793/2014, sentencia 206/2016, dictada el 11 de mayo, recurso de casación 446/2014, sentencia 340/2016, dictada el 24 de mayo de 2016, en el recurso de casación 810/2014, y sentencia 354/2015, dictada el 30 de mayo de 2016 en el recurso de casación 584/2014.



Motivo tercero.- Se da un claro interés casacional, al amparo del mismo art. 477.2.3.º, en tanto existe criterios contradictorios al respecto de la consideración del adquirente como consumidor al amparo de la Ley General de Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, (según la fecha de celebración del contrato). Se sucede la divergencia de criterios, existiendo jurisprudencia contradictoria a la vista de que la Audiencia Provincial de Tenerife considera no ser de aplicación esta norma en tanto no considera usuario a quien adquiere un derecho como particular, pero pretende a continuación lucrarse económicamente, aun cuando tal pretensión se lleva a cabo en el ámbito privado. Entendemos que se incumple los arts. 2 y 3 de la Ley 26/1984, en interpretación conforme a los motivos de la ley, que viene a ser lo que fallan otras AAPP tales como la de la Rioja, en sistemáticas sentencias que dotan de la cualidad de consumidor a quien aún pretendiendo la adquisición para un provecho económico, en tanto se hace en la esfera privada debe tener la condición de consumidor.

Motivo cuarto.- Infracción de la doctrina clásica del Tribunal Supremo del *nomen iuris*. Esta divergencia de criterios respecto de la aplicación o no de la ley especial (Ley 42/98), al respecto de los derechos indeterminados vendidos respecto del Club Paradiso (tercer contrato, doc. 4 de la demanda) contradice además la doctrina clásica del *nomen iuris*, que viene a expresar que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aun cuando se le renombra de otra forma (adquisición de derechos vacacionales, filiación o membresía a un club), lo que está claro es que lo que comercializa la demandada, y así se les expone y vende al actor, no es otra cosa que derechos de aprovechamiento por turno de uso turístico, y como tales deben estar salvaguardados por su específica legislación que no olvidemos aparece en el marco normativo con un claro afán proteccionista ante los históricos abusos del sector. La no aplicación de la ley por la mera nominación del producto como paquete vacacional o afiliación a un club, sin que entendamos en que se diferencia de los demás productos que se comercializan bajo la identificación concreta de la mal llamada multipropiedad, o aprovechamientos por turno, entendemos que iría en contra del propio sentido de la norma, e incumple de forma clara la doctrina jurisprudencial existente sobre la irrelevancia del *nomen iuris* recogida en SSTs de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985, que declara que los Tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 11 de octubre de 2017, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de Silverpoint Vacations S.L., presentó escrito de oposición a los mismos, aportando documental y proponiendo el planteamiento de cuestión prejudicial.

3.- Respecto a la documental en providencia de fecha 22 de enero de 2018 se acordó no haber lugar a la misma, sin perjuicio de que en la deliberación de los recursos la sala considerase necesario su incorporación, y no habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 27 de febrero de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

Los demandantes, en virtud del contrato suscrito el 7 de febrero de 2009, adquirirían el uso de dos semanas, una indeterminada en el apartamento City - NUM000 del Club Paradiso, la otra la semana 38 del apartamento número NUM001 en el Hollywood Mirage Club.

Junto con el contrato se firmó también una declaración de cumplimiento y unos acuerdos de inclusión en la lista de reventa independiente del contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

Los demandantes D.^a Mariola y D. Alexander presentaron demanda el 14 de marzo de 2014, solicitando que se declarara:

La nulidad o subsidiaria resolución del contrato suscrito por las partes el 7 de febrero de 2009 (E405592/461888) por importe de 25.372,21 euros, con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas por dicho contrato más los intereses devengados desde la interposición de la demanda.

Para el caso de no ser estimadas las pretensiones anteriores se declare la improcedencia de los cobros de anticipos de las cantidades satisfechas por los demandantes por el contrato suscrito, debiendo devolver dicha cantidad doblada, es decir, 2.276,76 euros.



La demandada Silverpoint Vacations, S.L., se opuso a la demanda.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, sin imposición de costas.

Se interpuso recurso de apelación por los demandantes y se impugnó por la demandada apelada la sentencia en cuanto a su falta de legitimación pasiva.

La sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 9 de mayo de 2016, desestimó la impugnación de la sentencia formulada por la entidad demandada condenándole al pago de las costas por dicha impugnación, desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes confirmando la sentencia de primera instancia con imposición de las costas a los demandantes.

La sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluyó que:

- Los demandantes no tienen la condición de consumidores pues contrataron las semanas para introducirlas en un proceso de comercialización, en consecuencia el contrato no está sometido a la Ley especial ni a la normativa de protección de consumidores y usuarios. Por tanto no cabe declarar la nulidad solicitada por el incumplimiento de la prohibición contenida en la citada Ley 42/1998 de superar la duración de los contratos por ella regulados en el plazo de cincuenta años o ser indefinidos de acuerdo con lo previsto en el art. 1.7 y 3 .

- En todo caso los incumplimientos denunciados al amparo de la citada Ley 42/1998 tampoco darían lugar a la nulidad, pues el art. 10 contempla que el efecto de tales incumplimientos sería la resolución.

- Se advierte de la prueba practicada la presencia de ninguno de los elementos esenciales del contrato, no se aprecia la existencia de dolo en la conducta de la demandada que hubiera podido inducir a los actores a concertar los contratos litigiosos, no se advierte ningún error en la prestación del consentimiento que pudiera invalidar los contratos litigiosos.

- La sentencia de 15 de enero de 2015 del Tribunal Supremo , referida a la falta de determinación del alojamiento que constituye su objeto, determina la nulidad del referido contrato según lo dispuesto en el art. 1.7 en relación con el art. 9.1.3.º de la citada Ley, nada tiene que ver con las cuestiones que se ventilan en el presente recurso dado que el objeto del contrato suscrito por las partes ha quedado perfectamente definido.

- Solventadas las dudas, dado que el criterio se ha venido manteniendo sin fisuras ya desde el año 2014, se imponen las costas del recurso de apelación a los apelantes.

Se interpone recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal por los demandantes D.ª Mariola y D. Alexander .

El recurso extraordinario por infracción procesal tiene tres motivos:

El motivo primero al amparo del art. 469.1.2.º LEC , se denuncia la infracción del art. 216 y 218 LEC , por infracción del deber de congruencia de la sentencia recurrida, por el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones.

Los recurrentes mantienen que no han podido abordar prueba respecto de su condición de consumidores y del hecho de haber reconocido la demandada que el contrato suscrito era de aprovechamiento por turno, estas circunstancias han sido introducidas tardíamente lo que ha generado indefensión.

La llamada incongruencia *extra-petita* se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, que se fijan de forma inalterable en la primera fase del proceso, en la audiencia previa.

Se vulnera por la sentencia recurrida, según los recurrentes, la doctrina de la sala sobre la prohibición de la *mutatio libelli* porque se ha cambiado el objeto del pleito en la segunda instancia, citan numerosas sentencias de esta sala.

El motivo segundo, al amparo del art. 469.1.4.º LEC , se fundamenta en la vulneración del art. 24 CE por vulneración del derecho de prueba, adolece la sentencia recurrida de nula valoración de la prueba e insuficiente motivación. La falta de definición del objeto contractual el juzgador lo interpreta como un contrato atípico que no encaja en el ámbito de esta Ley, que lleva precisamente a la demandada a eximir de cumplir no solo el mandato imperativo de la Ley 42/1998, sino que no cumple con cualquier obligación derivada de tan indeterminados contratos.

El motivo tercero, al amparo del art. 469.1.3.º LEC , se fundamenta en la infracción de la Ley 42/1998, porque la interpretación que se hace de la referida ley por la Audiencia en cuanto niega la aplicación de la misma por



una hipotética rentabilidad futura e incierta, según los recurrentes, es una interpretación arbitraria, irracional e ilógica y contraria a la prueba practicada.

El recurso de casación tiene cuatro motivos:

El motivo primero se fundamenta en la infracción del art. 1.7 en relación con el art. 9 ambos de la Ley 42/1998 y en la infracción del art. 6.3 CC en relación con el art. 1261 CC .

Los recurrentes denuncian que el criterio seguido en la interpretación de estos artículos por la sentencia recurrida, va en contra de la doctrina de la sala que se recoge en la sentencia de 15 de enero de 2015, rec. 3190/2012 , que declara la nulidad de un contrato de aprovechamiento por turno en el que de forma indebida no se identificaba el objeto.

Solicitan los recurrentes que la sala aplique dicha doctrina y en consecuencia declare la nulidad radical del contrato de autos por una falta grave de atención a la norma por una total indefinición del objeto.

El motivo segundo se fundamenta en la infracción del art. 3 de la Ley 42/1998 que establece un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza.

La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de la sala que se recoge en la sentencia 774/2014 de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013 , y sentencia 431/2015 de 16 de julio, rec. 2089/2013 , que declara la nulidad de cualquier derecho vendido desde la entrada en vigor de la Ley 42/1998, con una duración superior a cincuenta años.

Los recurrentes mantienen que la sentencia recurrida no otorga ninguna consecuencia a tal incumplimiento, pues consta la duración indefinida de los contratos, ya que no se identifica el tiempo de finalización de los mismos, además la duración indefinida se reconoce por la demandada.

El motivo tercero se fundamenta en la infracción de los arts. 2 y 3 de la Ley 26/1984 en cuanto a la condición de consumidores de los adquirentes de estos productos.

Los recurrentes alegan que la Audiencia Provincial de Tenerife, considera que no es de aplicación esta norma porque los adquirentes pretenden lucrarse económicamente aun cuando esta pretensión se lleve a cabo en el ámbito privado, frente a esta posición citan las sentencias de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de la Rioja que dotan de la condición de consumidor a los adquirentes aunque pretendan un provecho económico en tanto se hace en la esfera privada.

A pesar de que exista jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, los recurrentes alegan que el motivo se formula porque la sentencia recurrida iría en contra de la doctrina de la sala que se recoge en la sentencia de 22 de diciembre de 2009, rec. 407/2006 cuando atribuye la cualidad de consumidor a los pequeños inversores que en el ámbito de una actividad privada tratan de obtener un rendimiento económico con ocasión de la adquisición de un producto.

El motivo cuarto, se fundamenta en la infracción de la doctrina clásica del Tribunal Supremo, del *nomen iuris* que expresa que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aun cuando se le renombre de otra forma lo que está claro es que lo que comercializa la demandada no es otra cosa que derechos de aprovechamiento por turno turístico y como tales derechos deben estar salvaguardados por su específica legislación.

Los recurrentes alegan que la no aplicación de la ley por la mera nominación del producto como paquete vacacional o afiliación a un club iría en contra del propio sentido de la norma e incumple de forma clara la doctrina jurisprudencial sobre la irrelevancia del *nomen iuris* que recogen las sentencias de 24 de enero de 1986 , 25 de abril de 1985 , que declara que los tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

SEGUNDO .- Contrato .

Contrato de 7 de febrero de 2009. Complejos Club Paradiso y Hollywood Mirage Club, Apartamentos City NUM000 y n.º NUM001 , semana 38, primera ocupación 2009 y 2010, respectivamente. Precio total 22.288 libras esterlinas (libras) y anticipo 1000 libras.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO .- *Motivos uno a tres.*

1.- Motivo primero.- Infracciones de las normas procesales reguladoras de la sentencia art. 469.1 de la LEC . Infracción del deber de congruencia. Arts. 216 y 218 de la LEC . Se sucede una grave infracción de los deberes impuestos en cuanto a la congruencia de la sentencia. Se desprende de la resolución que nos ocupa una grave



incongruencia tanto de los fundamentos en que se basa la resolución, siendo contradictorios en sí mismos, como también se advierte una incongruencia omisiva, al no dar respuesta a todas las peticiones de esta parte.

2.- Motivo segundo.- Vulneración, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en el art. 24 de la Constitución : art. 469.1.4.º de la LEC . Vulneración del derecho de prueba.

3.- Motivo tercero.- Art. 469.1.3.º. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. Al respecto de la errónea interpretación de la norma especial, Ley 42/98 de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias. La inadecuada interpretación implicará un grave quebranto a la tutela judicial efectiva, a la vista de la inseguridad jurídica que se desprende de la errónea interpretación legal. Errónea interpretación de la norma, y de su exposición de motivos, en virtud de la cual se niega la aplicación de la misma ante el planteamiento hipotético de una rentabilidad futura, e incierta de la adquisición.

CUARTO .- *Decisión de la sala* .

Se desestiman los tres motivos.

1.- El primer motivo invoca incongruencia, con un exhaustivo alarde de la doctrina jurisprudencial pero sin desarrollar la pretendida incongruencia, debemos rechazarlo dado que la parte demandada en su contestación impugnó la aplicación de la Ley 42/1998 a la participación en el Club Paradiso (art. 218 LEC).

2.- El segundo motivo, bajo el argumento de valoración arbitraria de la prueba, se centra en la interpretación del contrato y en la aplicación de la normativa de la Ley 42/1998, sobre información y contenido del contrato, lo cual solo puede ser impugnado mediante el recurso de casación (art. 477 LEC).

3.- En el tercer motivo nuevamente yerra al invocar error en la interpretación de una norma sustantiva, lo cual solo puede plantearse en el ámbito del recurso de casación (art. 477 LEC).

Recurso de casación.

QUINTO .- *Motivos uno a cuarto.*

1.- Motivo primero.- La sentencia cuyo recurso ahora nos ocupa se opone a la doctrina del Tribunal Supremo expresada en sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha de 15 de enero de 2015, en los autos de recurso de casación 3190/12 . Dicha sentencia anuncia expresamente en el fallo que la misma se constituye como doctrina jurisprudencial, e impone la sanción de nulidad radical a los contratos de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, en los que no se observen los elementos esenciales que definen el objeto, más concretamente se imponía tal grave sanción ante la falta de identificación adecuada del objeto contractual, en tanto el derecho comercializado no concretaba sobre que recae, no identificando ni el lugar ni el tiempo de las exigencias de información expresamente impuestas en el art. 9 de la Ley 42/98 , si bien ha de subrayarse que la información de que se priva al adquirente es esencial pues no permite conocer adecuadamente el objeto sobre el que recae el derecho y el contrato, por lo que se asimila y de ahí la dura sanción a la nulidad radical por falta de objeto. La declaración de nulidad se hace en este caso con fundamento en el art. 1.7 de la Ley 42/98 , en relación con el art. 9.1.3.º que se incumple, sin perjuicio de anunciar que tal declaración es susceptible también de nulidad con fundamento en el Código Civil , por vulnerar norma imperativa, art. 6.3, así como por falta de elemento esencial art. 161 CC . La sentencia que ahora nos ocupa, en contra de tal criterio, viene a considerar que los contratos donde el objeto no está debidamente definido, como sucedió en los contratos de autos, y de forma más grave respecto de los derechos adquiridos en Club Paradiso (contrato de 2009), quedan exentos de la aplicación de la norma por no ajustarse al ámbito objetivo de la misma, dejando huérfanos de normativa especial a aquellos contratos que con desatención a la norma sectorial no concretan el objeto, ni cumplen el esencial deber de información.

2.- Motivo segundo.- La sentencia que nos ocupa, se opone a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo al respecto de las consecuencias jurídicas que cabe imponer a la empresa comercializadora de este tipo de productos de derechos de uso o aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, como lo es la demandada, ante la desatención de la norma especial, Ley 42/98 LATBI, en su art. 3 , que viene a establecer un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza. Esta doctrina jurisprudencial se expresa en sentencia de 15 de enero de 2015, dictada por la Sala 1.ª del Tribunal, (rec. 961/2013, sentencia 774/2014 , ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel), dictada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en fecha 16 de julio de 2015, sentencia 431/2015, recurso de casación 2089/13 , ponente D. Antonio Salas Carceller, sentencia 192/2016, dictada el 29 de marzo de 2016, recurso de casación 793/2014 , sentencia 206/2016, dictada el 11



de mayo, recurso de casación 446/2014 , sentencia 340/2016, dictada el 24 de mayo de 2016, en el recurso de casación 810/2014 , y sentencia 354/2015, dictada el 30 de mayo de 2016 en el recurso de casación 584/2014 .

3.- Motivo tercero.- Se da un claro interés casacional, al amparo del mismo art. 477.2.3.º, en tanto existe criterios contradictorios al respecto de la consideración del adquirente como consumidor al amparo de la Ley General de Consumidores y Usuarios , Ley 26/1984, (según la fecha de celebración del contrato). Se sucede la divergencia de criterios, existiendo jurisprudencia contradictoria a la vista de que la Audiencia Provincial de Tenerife considera no ser de aplicación esta norma en tanto no considera usuario a quien adquiere un derecho como particular, pero pretende a continuación lucrarse económicamente, aun cuando tal pretensión se lleva a cabo en el ámbito privado. Entendemos que se incumple los arts. 2 y 3 de la Ley 26/1984 , en interpretación conforme a los motivos de la ley, que viene a ser lo que fallan otras AAPP tales como la de la Rioja, en sistemáticas sentencias que dotan de la cualidad de consumidor a quien aún pretendiendo la adquisición para un provecho económico, en tanto se hace en la esfera privada debe tener la condición de consumidor.

4.- Motivo cuarto.- Infracción de la doctrina clásica del Tribunal Supremo del *nomen iuris* . Esta divergencia de criterios respecto de la aplicación o no de la ley especial (Ley 42/98), al respecto de los derechos indeterminados vendidos respecto del Club Paradiso (tercer contrato, doc. 4 de la demanda) contradice además la doctrina clásica del *nomen iuris*, que viene a expresar que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aun cuando se le renombra de otra forma (adquisición de derechos vacacionales, filiación o membresía a un club), lo que está claro es que lo que comercializa la demandada, y así se les expone y vende al actor, no es otra cosa que derechos de aprovechamiento por turno de uso turístico, y como tales deben estar salvaguardados por su específica legislación que no olvidemos aparece en el marco normativo con un claro afán proteccionista ante los históricos abusos del sector. La no aplicación de la ley por la mera nominación del producto como paquete vacacional o afiliación a un club, sin que entendamos en que se diferencia de los demás productos que se comercializan bajo la identificación concreta de la mal llamada multipropiedad, o aprovechamientos por turno, entendemos que iría en contra del propio sentido de la norma, e incumple de forma clara la doctrina jurisprudencial existente sobre la irrelevancia del *nomen iuris* recogida en SSTs de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985 , que declara que los Tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

SEXTO .- Causas de inadmisibilidad.

Deben rechazarse dada la patente contradicción entre la sentencia dictada y la reciente doctrina jurisprudencial de esta sala. Igualmente debe declararse que no se discuten los hechos probados, sino la calificación jurídica en base a preceptos precisos y concretos.

SÉPTIMO .- Decisión de la Sala. Régimen jurídico.

Se estiman los motivos.

En el régimen jurídico que regula el aprovechamiento por turno, y haciendo una breve reseña histórica de su regulación debemos citar:

1. La Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguló en España, por primera vez, el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, también conocido con la expresión más breve -aunque inexacta y prohibida- de multipropiedad.

Antes de la promulgación de la Ley 42/1998 se había aprobado por las instituciones de la entonces Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, la Directiva 94/47/CE, que, con la finalidad de acabar con los fraudes y abusos que se daban en ese sector, obligaba a los legisladores nacionales a dictar determinadas normas protectoras de los adquirentes de este tipo de derechos sobre inmuebles. La Ley 42/1998 no se limitó a la transposición estricta de la Directiva, sino que procuró dotar a la institución de una regulación completa, más amplia de la exigida por aquélla.

El objeto de Ley, según indica su art. 1, es la regulación de la constitución , ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios.



Entre las cuestiones que suscita el derecho de aprovechamiento por turno se encuentran las referidas a la configuración jurídica del derecho y a la protección del adquirente en la celebración del contrato.

En lo que respecta a la configuración jurídica del derecho, la cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola. Según indica su preámbulo, la Ley 42/1998 «ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo, sin embargo, la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica».

El derecho de aprovechamiento por turno es, por naturaleza, temporal. Así se desprende del art. 3 de la Ley, al establecer que: «1. La duración del régimen será de tres a cincuenta años, a contar desde la fecha de inscripción del régimen jurídico o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción.

»2. Extinguido el régimen por transcurso del plazo de duración, los titulares no tendrán derecho a compensación alguna».

La indicación de la fecha en que el régimen de aprovechamiento por turno se extinguirá es uno de los extremos que configuran el contenido mínimo del contrato de transmisión de derechos de aprovechamiento por turno (art. 9.1. 2.º y 10.º de la Ley).

En lo que respecta a la protección del adquirente en la celebración del contrato, la ley regula de forma detallada las cuestiones referidas al documento informativo -art. 8-, el contenido del contrato -art. 9-, el desistimiento y la resolución *ad nutum* y la resolución-sanción -art. 10-, la prohibición del pago de anticipos -art. 11- y la resolución de préstamos vinculados -art. 12-.

2. Ley 4/2012, de 6 de julio.

La nueva Directiva 2008/122/CE, deroga la anterior, y tiene como fundamento la aparición de nuevos productos vacacionales; asimismo, completa lagunas, amplía la armonización de los ordenamientos internos de los Estados, refuerza la información al consumidor, regula con mayor precisión los plazos de ejercicio del derecho de desistimiento, insiste y amplía la prohibición de pago de anticipos durante el plazo de ejercicio de tal derecho, y determina la ineficacia de determinados préstamos de financiación para el caso de desistimiento.

Su incorporación al ordenamiento jurídico español se ha producido con la actual regulación de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

En esta nueva norma se ha optado por elaborar un texto unificado, que comprenda tanto la transposición de la Directiva 2008/122/CE, en el título I, como la incorporación de la Ley 42/1998, en los títulos II y III, con las adaptaciones que requiere dicha Directiva.

La Ley 4/2012 contempla la regulación de cuatro figuras contractuales: el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, el contrato de adquisición de productos vacacionales de larga duración, el contrato de reventa y el contrato de intercambio.

El derecho de desistimiento del consumidor se establece sin necesidad de motivación y se puede ejercer tanto si el empresario hubiera facilitado toda la información precontractual como si no lo hubiera hecho o la hubiera facilitado de forma insuficiente. Se trata de un único derecho que se diferencia sólo en el cómputo. Las cláusulas contractuales correspondientes al derecho de desistimiento y a la prohibición del pago de anticipos serán firmadas aparte por el consumidor.

El contrato incluirá, asimismo, un formulario normalizado de desistimiento en documento aparte.

El plazo de los 14 días que en todos los tipos contractuales tiene el consumidor para desistir del contrato se computarán de la forma que establece el art. 12 de la Ley 4/2012. Dicho plazo arrancará desde la fecha de celebración del contrato, si bien, como garantía para el adquirente, el plazo no empezará a contar si el empresario no le hubiera entregado el «formulario de desistimiento» o la «información precontractual» (de ahí la enorme importancia de la presencia de la firma y de la fecha en el propio interés del empresario), en cuyo caso comenzará a contar a partir del momento de la fecha de su efectiva entrega. Ahora bien, desde el momento de la celebración del contrato la ley establece para hacer efectivo el desistimiento el plazo máximo de un año -por ausencia de formulario- o de tres meses -por ausencia de información precontractual-.

Dado que los contratos analizados se formalizan después, es indudable que será la Ley 42/1998 la aplicable al caso.

**OCTAVO** .- *Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998.*

El ámbito objetivo de esta ley es la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio, así como el derecho a la prestación de los servicios complementarios. Este derecho podrá constituirse como derecho real limitado o como un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas (art. 1).

Se contempla también dentro del ámbito objetivo de estos contratos, con carácter general, que el contrato en virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos (art. 1.7).

La propia exposición de motivos de la ley en su apartado II establece:

«El ámbito de aplicación restrictivo ha aconsejado establecer una norma para determinar el régimen de los derechos de aprovechamiento por turno o similares a éstos que se constituyan sin ajustarse a la Ley, pues aunque es evidente que se trataría de supuestos de fraude de ley y deberán, en consecuencia, someterse a la solución del artículo 6.4 del Código Civil, ésta no parece por sí sola norma suficiente para evitar que, de hecho, el fraude de ley se produzca en la práctica».

Por tanto, del tenor de la ley debe entenderse que la misma regula no solo los derechos de aprovechamiento por turno *stricto sensu* sino también los «similares», es decir, cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año (art. 1.7 de la Ley).

La propia ley establece la nulidad de pleno derecho para aquellas fórmulas que en los casos referidos en el párrafo anterior se construyan al margen de la ley y ello para evitar el fraude legal.

NOVENO .- *Contrato analizado.*

Examinado el contrato, se puede apreciar que en nada respeta los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la Ley establece en su art. 9. 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 del contrato mencionado en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de 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.

DÉCIMO .- *Régimen jurídico del contrato.*

En este contrato se refiere:

1. Carta de asociación al club de vacaciones.
2. Un programa de intercambio.
3. Cuota de gestión anual.
5. Pago anticipado.

En la sentencia recurrida se declara que estos contratos no se refieren a un contrato de aprovechamiento por turno sino a un producto vacacional (membresía), completamente distinto, que la Ley 42/1998 no recoge ni menciona y que sí regula la Ley 4/2012 que por su ámbito temporal no es aplicable a estos contratos.

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».

Es decir, la Ley 42/1998 concedora de las posibilidades de fraude (art.1.7) se preocupó de ampliar su cobertura a:

«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».

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.

La nueva Directiva 2008/122/CE recoge en sus considerandos iniciales:

«Además, la experiencia adquirida en la aplicación de la Directiva 94/47/CE ha demostrado que algunos aspectos que ya estaban cubiertos necesitan una actualización o una precisión para impedir que se creen productos con la finalidad de eludir las disposiciones de la presente Directiva».

Pero el acuerdo armonizador que efectúa la Directiva 2008/122, ampliando la regulación a los productos vacacionales, para evitar el fraude, ya se había anticipado en nuestra Ley 42/1998, pues dado que las directivas comunitarias son normas de mínimos nuestro legislador creó una regulación sistemática y amplia del aprovechamiento por turno, aspecto sobre lo que no se precisa, por tanto, plantear cuestión prejudicial.

En este sentido declara la exposición de motivos de la Ley 42/1998 que:

«Al final, la propia Unión Europea llegó al convencimiento de que el problema no estaba tanto en una teórica insuficiencia legislativa como en el hecho de tratarse de un sector donde el consumidor está especialmente desprotegido, de modo que lo procedente era la elaboración de una Directiva que estableciera una normativa de carácter excepcional y que limitara, en este ámbito, la autonomía de la voluntad hasta donde fuera aconsejable...

»La cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola, dejando fuera de la ley a las demás. Se ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo sin embargo la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica.

»La Ley, por otra parte, no se limita a la transposición estricta de la Directiva, sino que procura dotar a la institución de una regulación completa. Así determina la posibilidad de constituir un derecho de naturaleza real, por el que se adquiere la facultad de disfrutar de un inmueble durante un período determinado del año; regula cómo se constituye sobre un inmueble el régimen jurídico del aprovechamiento por turno y dispone cómo han de ejercitarse en España los derechos de desistimiento y resolución que establece la Directiva europea.

»No es la primera vez que un texto comunitario es origen de una regulación interna más amplia de la exigida por aquél y, más aún, tratándose de Directivas que establecen unas garantías mínimas de protección».

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 .

Examinado el contrato se puede apreciar que en nada respeta los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la Ley establece en su art. 9 . Se exigen anticipos, en un caso, que el contrato denomina «depósito» y no se fija plazo de duración.

Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley, estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma.

Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical del contrato mencionado en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de 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.



UNDÉCIMO .- *Condición de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.*

Esta sala ha declarado en sentencia 16/2017, de 16 de enero :

«2.- El artículo 1.5 de la derogada Ley 42/1998 (precepto equivalente al nuevo art. 23.5 de la vigente Ley) se limitaba a delimitar el concepto de transmitente pero no definía al adquirente. Por el contrario, el art. 2 de la Directiva 94/47/CE , sí contenía una definición de adquirente, que acercaba tal concepto al de consumidor (lo que ha quedado claro en la Directiva 2008/122/CE, que en su propia rúbrica hace mención a los consumidores), al decir que, a los efectos de la directiva, se entenderá por:

»"Adquirente: toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato".

»A su vez, el art. 2.1 f de la Directiva 2008/122/CE , sobre contratos de aprovechamiento por turno, contiene la siguiente definición:

»"Consumidor: toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión".

»3.- Según el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TRLGCU), en la redacción vigente cuando se firmaron los contratos litigiosos, "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

»Este concepto procede de las definiciones contenidas en las directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es "toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional", con ligeras variantes de redacción entre ellas.

»En cuanto a las directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TRLGCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas a la "persona física" (ninguna directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito) que actúe con un fin o propósito "ajeno a su actividad comercial o profesional" (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a) o a "su actividad económica, negocio o profesión" (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e) o a "su actividad económica, negocio, oficio o profesión" (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a). Mención esta última que, como ya hemos visto, es la misma que utiliza en su art. 2.f la Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, que sustituyó a la Directiva 94/47/CE.

»En otras normas internacionales o comunitarias, que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su art. 15.1 para "contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional". Concepto que reitera el art. 17.1 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A su vez, el Reglamento 593/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su art. 6 los "contratos de consumo", entendidos como los celebrados "por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (el consumidor) con otra persona (el profesional) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional"».

DUODÉCIMO .- *El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física.*

Esta sala ha declarado en sentencia 16/2017, de 16 de enero :

«1.- En relación con la controversia litigiosa, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del



derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión.

»Además, la redacción del art. 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

»2.- A su vez, la reforma del mencionado art. 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo , aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

»No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1.º CCom .»

Desde este punto de vista, no consta que los demandantes realizaran habitualmente este tipo de operaciones por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidores. El hecho de que se contrataran varias semanas, solo supone la decisión de invertir en dicho producto, pero no que se dedicasen profesionalmente a su compra y venta.

DECIMOTERCERO .- De acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 , ya mencionado, procede declarar la nulidad radical del contrato por no ajustarse a lo dispuesto en la misma, la que se trató de eludir sistemáticamente, concretamente no se menciona el plazo de duración, que por tanto se debe interpretar como indefinido, cuando la Ley 42/1998 lo limita a 50 años, unido a la falta de objeto determinado en la participación del Club Paradiso, en el que no se concreta ni el apartamento ni la semana de disfrute, sino unas siglas confusas como son «City NUM000 ».

DECIMOCUARTO .- *Cantidades a devolver.*

Es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante la interpretación de dicha norma y su aplicación al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del artículo 3 CC en el sentido de que dicha interpretación se ha de hacer atendiendo fundamentalmente a su «espíritu y finalidad». En el caso del citado artículo 1.7 se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato -normalmente de adhesión- que no cumple con las prescripciones legales, pero no ha sucedido así en el presente supuesto en el cual, los demandantes han podido disfrutar durante algunos años de los alojamientos que el contrato les ofrecía, por lo que el reintegro de cantidades satisfechas no ha de ser total sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años.

En consecuencia, de la cantidad satisfecha (22.288 libras), 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, acogiendo así los pedimentos del «suplico» de la demanda en cuanto a los contratos de que se trata sin necesidad de entrar en la consideración de las pretensiones formuladas con carácter subsidiario.

Se calcularán los años de uso, partiendo de la fecha de primera ocupación que figura en el contrato, hasta la fecha de la interposición de la demanda, todo ello en ejecución de sentencia.

No procede condena a la devolución de los gastos de mantenimiento dado que los demandantes tuvieron a su disposición los referidos inmuebles para usarlos, como de hecho hicieron directa o indirectamente.

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



DECIMOQUINTO .- No ha lugar a plantear cuestión prejudicial, dada la claridad del desarrollo jurisprudencial del concepto de consumidor por el TJUE, en cuanto que en el presente caso los demandantes actúan al margen de una actividad profesional (STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14). Tampoco es preciso plantearla sobre el ámbito de la Directiva 94/47/CE, dado su objetivo de lucha contra el fraude a los consumidores, el contenido de las consideraciones previas de la Directiva (exposición de motivos), su naturaleza de norma de mínimos y el amplio margen de actuación a los Estados, dado lo parco de su regulación y la diferente naturaleza jurídica del aprovechamiento por turno en cada ordenamiento interno, lo que impide una armonización extensa.

DECIMOSEXTO .- *Costas.*

1.- Desestimado el recurso de infracción procesal procede la imposición de las costas del mismo a la recurrente con pérdida del depósito constituido para dicho recurso.

2.- Estimado el recurso de casación y estimada sustancialmente la demanda se imponen a la demandada las costas de primera instancia (arts. 394 y 398 LEC).

No procede expreso pronunciamiento en las costas de la apelación.

No procede imposición de costas en casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por D. Alexander y Dña. Mariola , contra sentencia de 9 de mayo de 2016, del recurso de apelación 593/2015, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife .

2.º- Casar la sentencia recurrida, dictando una nueva por la que se estima parcialmente la demanda en el siguiente sentido:

a) La nulidad radical del contrato de 7 de febrero de 2009.

b) De la cantidad satisfecha (22.288 libras esterlinas), habrá de ser reintegrada por la demandada, la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la ley, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Se calcularán los años de uso, partiendo de la fecha de primera ocupación que figura en el contrato, hasta la fecha de la interposición de la demanda, todo ello en ejecución de sentencia.

3.º- Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

No procede expresa imposición de las costas de segunda instancia.

4.º- No procede imposición de costas en casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

5.º- Procede imponer al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.