



Roj: **STS 4124/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4124**

Id Cendoj: **28079110012017100609**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/11/2017**

Nº de Recurso: **1017/2016**

Nº de Resolución: **647/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 3021/2015,**
STS 4124/2017,
AATS 2678/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 647/2017

Fecha de sentencia: 27/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1017/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/11/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTAN CRUZ DE TENERIFE. SECCIÓN 4.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1017/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 647/2017

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 27 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.^a Diana , representada por el procurador D. Vicente Javier López López bajo la dirección letrada de D. Miguel Rodríguez Ceballos y D.^a Matilde , contra la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2015 por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación n.º 361/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 312/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arona, sobre nulidad de contrato. Ha sido parte recurrida la mercantil Silverpoint Vacations S.L., representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal y bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D.^a Diana , interpuso demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations S.L. (Club Paradiso) en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare:

«1.- La nulidad, o subsidiaria resolución, del contrato suscrito por las partes el 29 de enero de 2005 (NUM000) por importe de 18.916,00 libras esterlinas (22.304,15 euros), el 25 de septiembre de 2006 (NUM001), por importe de 18.900,00 libras esterlinas (22.285,29 euros) y el 11 de mayo de 2008 (NUM002), por importe de 27.000 libras esterlinas (31.836,12 euros), así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, con obligación solidaria para la demandada de devolver a mi mandante las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena encostas 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 mi mandante a la demandada pero razón de los contratos suscritos por las partes y que se recogen en el Hecho Tercero, debiendo por lo tanto devolver dicha cantidad doblada, es decir, 5.000,00 libras esterlinas (5.895,58 euros)».

2.- La demanda fue presentada el 15 de abril de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancias n.º 1 de Arona y fue registrada con el n.º312/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Silverpoint Vacations S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dicte en su día sentencia desestimando la demanda con imposición de las costas causadas en la instancia a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia de Arona n.º 1 dictó sentencia de fecha 9 de marzo de 2015 , con el siguiente fallo:

«Que desestimando íntegramente la acción ejercitada por el procurador D. Leopoldo Pastor Llanera, en nombre y representación de Dña. Diana , frente a Silverpoint Vacations S.A., debo absolver y absuelvo a ésta última de los pedimentos de la demanda. Ello con expresa imposición de las costas causadas a la actora».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Diana e impugnada por Silverpont Vacations S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el número de rollo 361/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 2 de diciembre de 2015 , cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS:

»En virtud de lo que antecede, la sala decide:1. ESTIMAR en parte el recurso de apelación interpuesto por la actora, doña Diana , y, en consecuencia, revocar igualmente en parte la sentencia apelada, en concreto, en su pronunciamiento de costas que se deja sin efecto, y desestimar impugnación deducida por la entidad demandada, entidad Silverpont Vacations S.L.

»2. No hacer imposición especial sobre las costas de primera instancia y confirmar en todo lo demás la sentencia apelada.



»3. No hacer imposición especial sobre las costas devengadas en segunda instancia ...».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D.^a Diana , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

Primero: Infracción del art. 9 en relación con el art. 1.7 ambos de la Ley 42/1998 ; infracción del art. 6.3 CC en elación con el art. 1261 CC .

Segundo: Infracción del art. 3 de la Ley 42/1998 .

Tercero: Infracción art. 1.1 Ley 42/1998 .

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 12 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Diana contra la sentencia dictada, con fecha 2 de diciembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a), en el rollo de apelación n.º 361/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 321/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arona».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 18 de octubre de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de noviembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. - La sra. Diana interpone demanda contra Silverpoint Vacations, S.L., (en adelante Silverpoint) en la que solicita que se declare la nulidad de tres contratos que habrían celebrado las partes así como obligación de la demandada de devolverle las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos. Para el caso de no ser estimada tal pretensión, solicita que se declare la improcedencia de los cobros anticipados satisfechos a la demandada, que deberían devolverse por duplicado.

La demandante, en virtud de los contratos suscritos el 29 de enero de 2005, el 25 de septiembre de 2006 y el 11 de mayo de 2008, adquirió unos «certificados de licencia de vacaciones» y «certificados de fiducia» por los que tenía derecho a la utilización de unos apartamentos en unos hoteles o complejos concertados, previo pago del precio y con el compromiso de abonar las cuotas de afiliación a un club y los servicios correspondientes. En los contratos de hace referencia a la reventa de los derechos a terceros, que gestionaría la demandada.

En concreto:

- Por el contrato de 29 de enero de 2005, se adquiría un certificado vacacional de una membresía del Club Paradiso; el documento contractual suscrito por las partes fija un importe de 18.961,00 libras, con un pago inicial de 500 libras y vencimiento del resto por giro bancario para el 28 de febrero de 2005; primera ocupación en 2005.

- Por el contrato de 25 de septiembre de 2006, se adquiría un certificado vacacional de una membresía del Club Paradiso; el documento contractual suscrito por las partes fija un importe de 18.900,00 libras, con un pago inicial de 1.000 libras y vencimiento del resto por giro bancario para el 10 de octubre de 2006; primera ocupación en 2007.

- Por el contrato de 11 de mayo de 2008, se adquirían dos certificados vacacionales de una membresía del Club Paradiso; el documento contractual suscrito por las partes fija un importe de 27.000,00 libras, con un pago inicial de 1.000 libras y vencimiento del resto para el 26 de mayo; primera ocupación en 2009.

Este último contrato va acompañado de una declaración de conformidad según la cual los nuevos apartamentos sustituían a los adquiridos en virtud de los contratos anteriores.



Por carta de 6 de junio de 2008 la demandante recibe confirmación de haberse recibido el pago completo del contrato y que en consecuencia se le remiten los certificados correspondientes a su pertenencia al club.

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

2.- La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda.

Se interpone recurso de apelación por la demandante y la demandada apelada impugna la sentencia reiterando su falta de legitimación pasiva, que ya alegó en primera instancia.

La Audiencia Provincial desestima tanto el recuso formulado por la demandante (salvo en la condena en costas que hizo la sentencia de primera instancia) como la impugnación formulada por la entidad demandada "Silverpoint Vacations S.L".

La Audiencia coincide con las conclusiones de la sentencia de primera instancia y basa su desestimación de la demanda en los siguientes razonamientos: i) Dado el tiempo transcurrido desde que se inició la relación entre las partes y el momento de interposición de la demanda (de 2005 a 2013) se habría producido la convalidación o confirmación del contrato nulo, caso de que lo fuera. ii) No se trata de un aprovechamiento por turno sino de un producto vacacional distinto, la adhesión a un club, que no está comprendido en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. iii) Los incumplimientos que se denuncian de la Ley 42/1998 darían lugar a las sanciones previstas en su art. 10, desistimiento o resolución en los plazos que establece la Ley. iv) En cualquier caso, siendo inaplicable la citada Ley, los incumplimientos que se imputan son irrelevantes y caso de que se apreciara dolo o error habría transcurrido el plazo de ejercicio de la acción del art. 1300 CC. v) Los actores no pueden ser considerados como consumidores, porque obtuvieron rendimientos y no se trata de un sector que cuente con normas específicas para los pequeños inversores, por lo que no resulta de aplicación dicha normativa. vi) Respecto de la acción subsidiaria de devolución de los anticipos, sobre la que no se pronunció el Juzgado, no procede porque al producirse una sustitución de un contrato por los anteriores ya no puede hablarse de que la actora estuviera desinformada por lo que no procede la aplicación de la sanción prevista en el art. 11 de la Ley sino cuando se contratan derechos nuevos.

SEGUNDO.- La demandante interpone recurso de casación.

1.- El recurso se funda en tres motivos.

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

La recurrente denuncia que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala que recoge la sentencia de 15 de enero de 2015, rec. n.º 3190/2012, que declara como doctrina jurisprudencial que: «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 art. 1.7 en relación con el art. 9.1.3º de la citada Ley [...]».

b) El segundo se fundamenta en la infracción del art. 3 Ley 42/1998, porque la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala respecto a las consecuencias jurídicas por la desatención de esta norma, que establece un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza.

La recurrente cita la sentencia de pleno de esta sala n.º 774/2014 de 15 de enero, rec. n.º 961/2013 y la sentencia n.º 431/2015 de 16 de julio, rec. n.º 2089/2013.

La recurrente alega que la demandada ha venido manifestando que los productos tenían un carácter indefinido lo cual era algo ventajoso para los adquirentes, frente a la limitación expresa que contiene el art. 3 de la Ley 42/1998, que fija que no podrán comercializarse derechos de esta naturaleza por un tiempo inferior a tres años ni superior a cincuenta.

c) En tercero se fundamenta en la infracción del art. 1.1 Ley 42/1998, porque la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala del *nomen iuris*, esto es, los contratos son lo que son y no lo que las partes digan.

La recurrente mantiene que la no aplicación de la Ley por la mera denominación del producto como «producto vacacional» sin tener en cuenta el contenido del contrato en el que se hace constar que el disfrute de su derecho depende de la disponibilidad, va en contra del propio sentido de la norma y se opone a la doctrina de la sala que se recoge entre otras en la sentencia de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985 que declaran 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.



2.- La demandada recurrida presenta escrito en el que alega causa de inadmisión y causas de oposición.

De inadmisión porque considera que la recurrente no justifica la existencia de interés casacional, al no existir contradicción entre la sentencia recurrida y la doctrina de esta sala, dado que se refieren a supuestos en los que se aplica la Ley 42/1998, que no es aplicable al caso. También porque la recurrente no argumenta su condición de consumidora ni la razón por la que debe aplicarse la citada Ley.

De oposición porque sostiene que el objeto de los derechos de aprovechamiento por turno se encuentra perfectamente determinado y porque la membresía y el acceso a un sistema de reservas para disfrutar vacaciones en el sitio y periodo que se elija no están sometidos a la Ley 42/1998; porque la omisión de la duración del contrato daría lugar a la aplicación del art. 10 de la Ley 42/1998, no a la nulidad del contrato y en todo caso el contrato litigioso tenía prevista una fecha de finalización del producto, enero de 2050; porque la aplicación de la nulidad del art. 1.7 de la Ley 42/1998 infringe la libertad de empresa y la Directiva 94/47/CE no impone una determinada modalidad de configuración jurídica de los derechos de aprovechamiento por turno.

La parte recurrida solicita también que se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de cómo debe interpretarse el concepto de «adquirente» a la luz de la Directiva 94/47/CE.

TERCERO.- Debemos dar respuesta en primer lugar a algunas de las cuestiones alegadas en el escrito de oposición.

1.- Por lo que se refiere a las causas de inadmisibilidad que se plantean por la parte recurrida, las mismas se rechazan, puesto que el recurso identifica el problema jurídico que plantea, que no es otro que el de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, al contrato litigioso, teniendo en cuenta que se trata de un contrato de aprovechamiento por turno «al margen» de lo dispuesto en la citada Ley y que la actora pretendía obtener una rentabilidad mediante la reventa de los derechos adquiridos. A partir de allí, el recurso plantea la procedencia de la declaración de la nulidad del contrato por el que se constituye un derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año «al margen» de la Ley 42/1998. La propia parte recurrida ha podido conocer las infracciones denunciadas acerca de la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas aplicables como muestra que, tras alegar causa de inadmisión, entra con detalle a oponerse a todas y cada una de las infracciones denunciadas.

Por lo que se refiere a la existencia de interés casacional, esta sala considera que queda suficientemente acreditado por el hecho de que la sentencia recurrida, al entender que los derechos de afiliación a membresías no están sometidos a la Ley 42/1998 así como que los adquirentes del derecho de aprovechamiento por turno quedan excluidos del ámbito de la Ley 42/1998 por haber contratado con finalidad de revender sus derechos, es contraria a la doctrina de esta sala, recogida en la sentencia del pleno 16/2017, de 16 de enero.

2.- En cuanto a la petición de planteamiento de cuestión prejudicial, por lo que se dirá al resolver el recurso de casación, para emitir su fallo esta sala no considera preciso que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre la interpretación del concepto de adquirente del art. 2 de 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.

CUARTO.- Los tres motivos del recurso plantean la aplicación de la Ley 42/1998 a los contratos litigiosos, por lo que se analizan conjuntamente y, por las razones que se exponen a continuación, se estiman.

1.- La sentencia recurrida confirmó la de primera instancia y declaró que la nulidad pretendida por la demandante no podía fundamentarse en incumplimiento de la Ley 42/1998 porque tal Ley no era aplicable al caso, por tratarse de la adhesión a un club de vacaciones, producto no regulado por la citada Ley. Añadió que, además, la demandante no era consumidora, dado que la finalidad perseguida al adquirir las distintas semanas objeto de los diversos contratos fue la de obtener un rendimiento económico y que en este sector no se protege al inversor.

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



En estas sentencias se explica cómo, a pesar de que la Directiva 94/47/CEE no imponía una determinada modalidad contractual ni una concreta configuración jurídica para el derecho de aprovechamiento por turno transmitido, la Ley 42/1998 no acogió la pluralidad estructural en su configuración jurídica, por lo que el derecho de aprovechamiento por turno sólo podía constituirse como derecho real limitado (salvo si se optaba por la modalidad de arrendamiento de temporada de bienes inmuebles vacacionales a que se refiere el art. 1.6), y había de sujetarse imperativamente (incluso en esta otra modalidad) a lo dispuesto en la Ley.

En el caso, los actores adquirirían, a cambio del pago de un precio global, de una cantidad de entrada y de una cuota anual de mantenimiento, el aprovechamiento de unos apartamentos y de los servicios complementarios del complejo en el que se integraban. No se aludía a la naturaleza de los derechos adquiridos ni se establecía una duración temporal. Se da así el presupuesto contemplado en el art. 1.7 de la propia Ley 42/1998, conforme al cual, el contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un 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.

En el caso, no solo es que no se cumpliera ninguna de las exigencias informativas requeridas por el art. 9 de la Ley 42/1998, sino que, dada la propia configuración del objeto del contrato el mismo se realiza, en los términos del art. 1.7, «al margen» de la citada Ley, mediante una fórmula que pretendía eludir su aplicación, por lo que procede declarar la nulidad de los contratos litigiosos, conforme a la interpretación y aplicación jurisprudencial de tal precepto a la que ya se ha hecho referencia.

En particular, por lo que se refiere al plazo de duración, la recurrida presenta ahora con su escrito de oposición al recurso copia de un certificado del que resultaría que los derechos transmitidos estarían sometidos a plazo, pero aparte de lo extemporáneo de tal presentación, lo cierto es que el certificado no se refiere a la demandante.

3.- Además, es doctrina de la sala, establecida en la sentencia del pleno 16/2017, de 16 de enero, la de que está incluido en el concepto de «adquirente» a que alude la Ley 42/1998, vigente en el momento en que se celebraron todos los contratos litigiosos, quien actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, aunque tenga ánimo de lucro, siempre que no realice tales actividades con regularidad o asiduidad porque, en tal caso, dada la habitualidad, podría considerarse que realiza una actividad empresarial.

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

La Ley 42/1998 de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, que en su exposición de motivos sí se refería a la protección del consumidor, no definía el concepto de «adquirente», pero ese «adquirente» no podía ser otro que el contemplado en la Directiva. El art. 2 de la Directiva definía al «adquirente» como «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».

Este concepto, que al igual que en otras directivas comunitarias, centra su ámbito de protección en quien actúa en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional, es el que debe utilizarse para interpretar quién es adquirente en el sentido de la Ley 42/1998.

Cuando se celebraron los dos primeros contratos litigiosos (el 29 de enero de 2005 y el 25 de septiembre de 2006) estaba en vigor el art. 1 de la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios (derogado el 1 de diciembre de 2007 por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), que definía al consumidor, «a efectos de la Ley», como el destinatario final de bienes y servicios. A pesar de que la ausencia de ánimo de lucro no se exigía en el concepto de consumidor del art. 1 de la Ley 26/1984, es cierto que se excluían expresamente de la consideración de consumidores a «quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros». Sin embargo, por lo dicho, para interpretar el concepto de «adquirente» a que se refería la Ley 42/1998 no era al concepto de consumidor del art. 1 de la Ley 26/1984 al que debía estarse, sino necesariamente al concepto de «adquirente» que utilizaba la Directiva comunitaria que, por lo que se refiere a la protección de los derechos 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, se estaba transponiendo.

Cuando se celebró el tercer contrato (11 de mayo de 2008) ya estaba en vigor 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), que en ese momento decía que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Este concepto procedía 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.

La falta de ánimo de lucro, ni se exigía en el art. 3 TRLGCU, ni tampoco se exige ahora para la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial en el art. 3 TRLGCU tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, con el fin de incorporar a nuestro Derecho interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. En la misma línea se sitúa, en su ámbito de aplicación, la reciente Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Así se entiende que, con carácter general, en el marco del concepto comunitario y europeo de consumidor, como alguien que actúa al margen o con un propósito ajeno a su actividad profesional, el Tribunal de Justicia haya declarado que la 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 Diana), 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. La STJUE 3 septiembre 2015 (asunto C-110/14), incluso, ha declarado que el art. 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

Por todo lo explicado, puesto que la actuación con ánimo de lucro no determina la existencia de actividad profesional o empresarial, salvo que se realice con habitualidad y, en el caso, no consta que la sra. Diana realizara habitualmente este tipo de operaciones, la mera posibilidad de que pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de adquirente en el sentido de la Ley 42/1998.

QUINTO.- Estimado el recurso de casación procede, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por la sra. Diana y estimar la pretensión principal de su demanda, declarando la nulidad de los contratos de fecha 29 de enero de 2005, 25 de septiembre de 2006 y 11 de mayo de 2008.

1.- En el caso, es relevante que las semanas adquiridas por el contrato de 2008, por voluntad de las partes, sustituyeron a las adquiridas en virtud de los contratos anteriores, de modo que las partes, además del desembolso que efectuaban en ese momento, aplicaban el precio de los anteriores contratos al pago del nuevo producto contratado.

2.- En su escrito de oposición dice Silverpoint que según la sentencia de primera instancia no estaban acreditados los pagos efectuados por la demandante. Silverpoint no alegó este extremo en su contestación a la demanda ni en la oposición al recurso de apelación y tal afirmación, que no es la *ratio decidendi* de la sentencia de primera instancia, queda descartada por la prueba obrante en autos, donde consta una carta dirigida por la propia demandada a la demandante en la que se hace constar que, recibido el total del precio del contrato, se procede a la emisión de los certificados del club.

3.- Por lo que se refiere a los efectos restitutorios propios de la nulidad declarada, como hemos advertido en ocasiones anteriores, la nulidad por contravención de la Ley (art. 1.7 de la Ley 42/1998) no implica necesariamente la aplicación de la regla contenida en el art. 1306 CC, que permitiría al adquirente «no culpable» de la nulidad del contrato reclamar lo entregado sin restituir lo recibido (o su valor). La aplicación del art. 1306 CC requiere una «torpeza» en el causante de la nulidad, un reproche moral o una contrariedad



con un orden público económico, una nulidad causal justificada por la reprensión del contenido del contrato, lo que no puede identificarse con la nulidad de todo negocio prohibido. En el caso, la propia relatividad del reproche a los contratos celebrados «al margen» de la Ley 42/1998 ha quedado confirmada por el legislador con posterioridad, puesto que la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, admite en su art. 1 la validez de otras modalidades de constitución de los derechos (sentencias 449/2017, de 13 de julio , 471/2017, de 19 de julio , 552/2017, de 27 de septiembre).

En consecuencia, procede aplicar la regla general de la restitución de las prestaciones, incluidas por tanto las percibidas por la actora y que consistirían en la puesta a su disposición de los derechos de disfrute y servicios del contrato nulo. Cuando, como sucede en el presente caso, lo prestado no puede restituirse en especie, habrá que restituir en dinero, como para un caso concreto establece el art. 1547 CC (en un «arrendamiento» en el que no se ha pactado precio, si ha comenzado la ejecución, no se reconoce acción de cumplimiento por faltar un elemento esencial y el arrendatario debe devolver la cosa, pero también pagar un precio por el tiempo de que ha podido gozar de ella).

Puesto que las restituciones que debe hacer a su vez la demandada a la demandante también son en dinero, es preciso compensar las prestaciones ya cumplidas. De acuerdo con la doctrina, la jurisprudencia de esta sala ha procedido así en casos de nulidad de contratos de tracto sucesivo, manteniendo las prestaciones ya realizadas (sentencias 102/2015, de 10 de marzo , contrato de suministro en exclusiva cumplido durante cierto tiempo; sentencia 109/2009, de 26 de febrero , suministros de carburante para la reventa).

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

En consecuencia, el tiempo que la actora ha tenido a su disposición los apartamentos (bien usándolos personalmente, bien cediendo su uso a terceros) se compensa con la parte proporcional del precio de compra y con los gastos de mantenimiento correspondientes al tiempo disfrutado que en su caso hubiera abonado y que tampoco reclama.

Por lo que se refiere al precio, como ha reiterado la doctrina de la sala respecto de litigios semejantes al presente, la parte actora ha podido disfrutar durante años de los alojamientos que los contratos le ofrecían, por lo que el reintegro del precio satisfecho no ha de ser total sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años (sentencias 192/2016, de 29 de marzo , 631/2016, de 25 de octubre , 633/2016, de 25 de octubre , 645/2016, de 31 de octubre , 685/2016, de 21 de noviembre , 37/2017 y 38/2017, de 20 de enero , 87/2017, de 15 de febrero). De acuerdo con esta doctrina, que es aplicable al caso, la interpretación y aplicación del art. 1.7 de la Ley 42/1998 «al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del art. 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 art. 1.7 se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato -normalmente de adhesión- que no cumple con las prescripciones leales», de modo que la restitución de todas las cantidades solo tendría sentido, de acuerdo con la finalidad del precepto, cuando el contrato no se hubiera llegado a ejecutar.

4.- En el supuesto que aquí se contempla, por lo dicho, hay que partir de que en el contrato de 11 de mayo de 2008 debe computarse como precio las 27.000 libras abonadas en ese momento más el valor que las partes atribuían a las semanas de los dos contratos anteriores a los que se ponía fin en una suerte de novación: es decir, 27.000 libras, más 18.961 libras y más 18.900 libras.

Como alega la demandada, la demandante ha tenido a su disposición los apartamentos desde 2008 hasta la interposición de la demanda en el año 2013.

En consecuencia, de la cantidad satisfecha como precio la actora únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada en la cantidad que proporcionalmente corresponda por el tiempo no disfrutado, partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la Ley, lo cual se determinará en ejecución de sentencia. Ello con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, que fueron los intereses solicitados en el «suplico» de la demanda.

SEXTO.- La actora solicitó en su demanda de manera subsidiaria la condena a devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos anticipados de dichos contratos. Estimada la acción principal de declaración de nulidad y restitución de las cantidades abonadas, no procede realizar pronunciamiento alguno sobre la acción ejercida con carácter subsidiario.



SÉPTIMO.- Estimado el recurso de casación no procede la imposición de las costas de la casación y procede la devolución del depósito para recurrir (arts. 394 y 398 LEC y apartado 8 de la disp. adic. 15.ª LOPJ).

Estimada sustancialmente la demanda, se imponen a la parte demandada las costas de la primera instancia y no se hace expresa imposición de las de apelación, puesto que el recurso debió ser estimado.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Diana contra la sentencia dictada, con fecha 2 de diciembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 361/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 321/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arona.

2.º- Casar la sentencia recurrida y dictar otra en su lugar por la que se estima parcialmente la demanda y en consecuencia:

2.º.1.- Se declara la nulidad de los contratos de 29 de enero de 2005, 25 de septiembre de 2006 y 11 de mayo de 2008.

2.º. 2.- Se condena a la demandada a devolver las cantidades abonadas en concepto de precio del contrato de 11 de mayo de 2008 (la suma de 18.961, 18.900 y 27.000 libras), con las deducciones mencionadas en el fundamento de derecho quinto, en atención al tiempo disfrutado, lo que se calculará en ejecución de sentencia y con el interés legal desde la demanda.

3.º- Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia, al ser sustancial la estimación de la demanda.

4.º- No se imponen las costas de la apelación.

5.º- No procede expresa imposición de las costas de la casación.

6.º- Se acuerda la devolución del depósito para recurrir.

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

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

Así se acuerda y firma.