



Roj: **STS 1618/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1618**

Id Cendoj: **28079110012018100255**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2018**

Nº de Recurso: **3266/2016**

Nº de Resolución: **270/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 270/2018

Fecha de sentencia: 09/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3266/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/05/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Tenerife, Sección 3.^a

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 3266/2016

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. 270/2018

Excmos. Sres. y Excmo. 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 9 de mayo de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de julio de 2016, dictada en recurso de apelación 57/2016, de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario 2116/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Benito y Dña. Apolonia, representados en las instancias por el procurador D. Buenaventura Alfonso González, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Óscar S. Santana González, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la 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. Benito y Dña. Apolonia, representados por el procurador D. Buenaventura Alfonso González y asistidos del letrado D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Óscar S. Santana González, interpusieron demanda de juicio ordinario de nulidad contractual contra Silverpoint Vacations y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado se tenga por formulada demanda de juicio ordinario frente a:

«Silverpoint Vacations S.L. como adquirente de los activos de Resort Properties en el caso de los contratos suscritos los días 3 de enero de 2005, 9 de marzo de 2005 y el día 4 de noviembre de 2006 y tras los trámites oportunos y el recibimiento del pleito a prueba, dicte en su día sentencia por la que se declare:

»1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes, los días 3 de enero de 2005, 9 de marzo de 2005 y el día 4 de noviembre de 2006 así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, en ambos casos con obligación para la demandada de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de:

»1.º) El contrato de tres de enero de 2005 por valor de GBP 15.499,00 (quince mil cuatrocientas noventa y nueve libras esterlinas), que abonaron mediante cheque el día 12 de enero de 2005 y, que se corresponden salvo error u omisión a la cantidad de 19.376,23.-€ (diecinueve mil trescientos setenta y seis euros con veintitrés céntimos de euro).

»2.º) El contrato de tres de enero de 2005 por valor de 3.565,00 libras esterlinas (tres mil quinientas sesenta y cinco libras esterlinas) que se corresponden con la cantidad de 4.456,82.-€ (cuatro mil cuatrocientos cincuenta y seis euros con ochenta y dos céntimos de euro). Pagado 12 de enero de 2005.

»3.º) El contrato de nueve de marzo de 2005 por valor de GBP 10.431,00 (diez mil cuatrocientas treinta y una libras esterlinas) que se corresponden a 13.040,42.-€ (trece mil cuatrocientos euros con cuarenta y dos céntimos de euro) salvo error u omisión. Pagado 5 de marzo de 2005.

»4.º) El contrato de cuatro de noviembre de 2006 por valor de 24.965,00 libras esterlinas (veinticuatro mil novecientos sesenta y cinco libras esterlinas) que se corresponden con la cantidad de 31.198,51.-€ (treinta y un mil ciento noventa y ocho euros con cincuenta y un céntimos de euro) salvo error u omisión. Pagado 19 de noviembre de 2006.

»5.º) Las cantidades de GBP 700 (setecientas libras esterlinas), correspondientes a 875,11 (ochocientos setenta y cinco euros con once céntimos de euro), GBP 100,00 (cien libras esterlinas) que se corresponden a 125,02.-€ (ciento veinticinco euros con cero dos céntimos de euro), GBP 595 (quinientas noventa y cinco libras esterlinas), correspondientes a 743,85.-€ (setecientos cuarenta y tres euros con ochenta y cinco céntimos de euro), y GBP 200 (doscientas libras esterlinas) que son 250,04.-€ (doscientos cincuenta euros, con cero cuatro céntimos de euro) por los acuerdos en listas de reventa de los días 3 de enero de 2005, 9 de marzo de 2005, y 4 de noviembre de 2006.

»6º) Así como los numerosos y cuantiosos gastos de gestión abonados por tales contratos y que ascienden a:

»A.- Gastos de mantenimiento en el Hollywood Mirage, años; 2006 GBP 780 (setecientos ochenta libras esterlinas), 2007 GBP 843 (ochocientos cuarenta y tres libras esterlinas), en la que nos encontramos con la declaración del propietario de estar los gastos pagados que hacen un total de GBP 1623 (mil seiscientos veintitrés libras esterlinas) que se corresponden salvo error u omisión a 2.028,25.-€ (dos mil veintiocho euros con veinticinco céntimos de euro).

»B.- Gastos de Mantenimiento en el Beverly Hills, años; 2006 GBP 1.903 (mil novecientos tres libras esterlinas), 2007 GBP 869,65 (ochocientos sesenta y nueve con sesenta y cinco libras esterlinas), así como las cuotas



del apartamento NUM000 de NUM001 (doscientos setenta y nueve), 2008 GBP 581,96 (quinientas ochenta y una con noventa y seis libras esterlinas), 2009 GBP 612 (seiscientas doce libras esterlinas), 2010 GBP 685 (seiscientas ochenta y cinco libras esterlinas), 2011 GBP 637,04 (seiscientos treinta y siete con cero cuatro libras esterlinas), 2012 GBP 1.185,00 (mil ciento ochenta y cinco libras esterlinas) que hacen un total de GBP 6.115,65 (seis mil ciento quince con sesenta y cinco libras esterlinas) que se corresponden a 7.621,69.-€ (siete mil seiscientos veintiuno con sesenta y nueve céntimos de euro).

»C.- Tasas de servicio en club Paradiso, años; 2008 GBP 520,00 (quinientas veinte libras esterlinas), 2009 GBP 598,00 (quinientas noventa y ocho libras esterlinas), 2010 GBP 598,00 (quinientas noventa y ocho libras esterlinas), 2011 GBP 598,00 (quinientas noventa y ocho libras esterlinas), que suman la cantidad de GBP 2.314 (dos mil trescientas catorce libras esterlinas) que son 2.891,78.-€ (dos mil ochocientos noventa y un euro con setenta y ocho céntimos de euro) .

»Cantidad que, salvo error, asciende a 82.607,72 euros en total, intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas por razón de los meritados contratos con Resort Properties de GBP 500, 500, 4337, y 1.000,00 así como las cantidades abonadas en concepto de precio total de los contratos y que ascienden a 70.066.-€ por haber sido abonadas con anterioridad al plazo para ejercitar la acción de resolución del contrato, tres meses, con la obligación de estas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma 1000, 1000, 8.674, 2.000,00 libras esterlinas, así como 140.132 euros respectivamente que son salvo error u omisión, (1.247,82.-€, 1.247,82.-€, 2.495,64.-€, 10.823,59.-€ y 140.132.- €) que suman la cantidad de 155.946,87, de los cuales solo se reclaman 77.973, 43 euros, por encontrarse la otra mitad ya incluida en el primer punto de este suplico.

»3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperasen los *petitum* anteriores, se declare la nulidad, por abusiva y no haber sido negociada de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos donde se ubicaban los apartamentos objeto del contrato de aprovechamiento por turnos del que solicitamos su nulidad y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, por importe de:

»1.º) El contrato de tres de enero de 2005 por valor de GBP 15.499,00, (quince mil cuatrocientas noventa y nueve libras esterlinas), que abonan mediante cheque el día 12 de enero de 2005 y, que se corresponden salvo error u omisión a la cantidad de 19.376,23.-€ (diecinueve mil trescientos setenta y seis euros con veintitrés céntimos de euro).

»2.º) El contrato de tres de enero de 2005 por valor de 3.565,00 libras esterlinas, (tres mil quinientas sesenta y cinco libras esterlinas) que se corresponden con la cantidad de 4.456,82.-€ (cuatro mil cuatrocientos cincuenta y seis euros con ochenta y dos céntimos de euro). Pagado 12 de enero de 2005.

»3.º) El contrato de nueve de marzo de 2005 por valor de GBP 10.431,00, (diez mil cuatrocientas treinta y una libras esterlinas) que se corresponden a 13.040,42.-€ (trece mil cuarenta euros con cuarenta y dos céntimos de euro) salvo error u omisión. Pagado 5 de marzo de 2005.

»4.º) El contrato de cuatro de noviembre de 2006 por valor de 24.965,00 libras esterlinas, (veinticuatro mil novecientas sesenta y cinco libras esterlinas) que se corresponden con la cantidad de 31.198,51.-€ (treinta y un mil ciento noventa y ocho euros con cincuenta y un céntimos de euro) salvo error u omisión. Pagado 19 de noviembre de 2006.

»5.º) Las cantidades de GBP 700 (setecientas libras esterlinas), correspondientes a 875,11.-€ (ochocientos setenta y cinco euros con once céntimos de euro), GBP 100,00 (cien libras esterlinas) que se corresponden a 125,02.-€ (ciento veinticinco euros con cero dos céntimos de euro), GBP 595 (quinientas noventa y cinco libras esterlinas), correspondientes a 743,85.-€ (setecientos cuarenta y tres euros con ochenta y cinco céntimos de euro), y GBP 200 (doscientas libras esterlinas) que son 250,04.-€ (doscientos cincuenta euros, con cero cuatro céntimos de euro) por los acuerdos en listas de reventa de los días 3 de enero de 2005, 9 de marzo de 2005 y 4 de noviembre de 2006.

»A.- Gastos de mantenimiento en el Hollywood Mirage, años; 2006 GBP 780 (setecientas ochenta libras esterlinas), 2007 GBP 843 (ochocientos cuarenta y tres libras esterlinas), en la que nos encontramos con la declaración del propietario de estar los gastos pagados que hacen un total de GBP 1623 (mil seiscientas veintitrés libras esterlinas) que se corresponden salvo error u omisión a 2.028,25.-€ (dos mil veintiocho euros con veinticinco céntimos de euro).



»B.- Gastos de mantenimiento en el Beverly Hills, años; 2006 GBP 1.903 (mil novecientos tres libras esterlinas), 2007 GBP 869,65 (ochocientos sesenta y nueve con sesenta y cinco libras esterlinas), así como las cuotas del apartamento NUM000 de NUM001 (doscientos setenta y nueve), 2008 GBP 581,96 (quinientas ochenta y una con noventa y seis libras esterlinas), 2009 GBP 612 (seiscientos doce libras esterlinas), 2010 GBP 685 (seiscientos ochenta y cinco libras esterlinas), 2011 GBP 637,04 (seiscientos treinta y siete con cero cuatro libras esterlinas), 2012 GBP 1.185,00 (mil ciento ochenta y cinco libras esterlinas) que hacen un total de GBP 6.115,65 (seis mil ciento quince con sesenta y cinco libras esterlinas) que se corresponden a 7.621,69.-€ (siete mil seiscientos veintiuno con sesenta y nueve céntimos de euro).

»C.- Tasas de servicio en club Paradiso, años; 2008 GBP 520,00 (quinientas veinte libras esterlinas), 2009 GBP 598,00 (quinientas noventa y ocho libras esterlinas), 2010 GBP 598,00 (quinientas noventa y ocho libras esterlinas), 2011 GBP 598,00 (quinientas noventa y ocho libras esterlinas), que suman la cantidad de GBP 2.314 (dos mil trescientas catorce libras esterlinas) que son 2.891,78.-€ (dos mil ochocientos noventa y un euros con setenta y ocho céntimos de euro) .

»Cantidad que, salvo error, asciende a 82.607,72 euros en total, intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»Es justicia que insto».

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

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

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arona se dictó sentencia, con fecha 16 de julio de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Benito y Dña. Apolonia representados por el procurador D. Buenaventura Alfonso González y defendidos por el letrado D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Óscar S. Santana González contra la entidad Silverpoint Vacations representada por el procurador D. Pedro Ledo Crespo y defendida por el letrado D. José Minero Macías todo ello, con la expresa condena al demandante al pago de las costas procesales».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante e impugnada la sentencia por la parte demandada, la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 19 de julio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Se estima en parte el recurso de apelación formulado por la representación de D. Benito y Dña. Apolonia .

»Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la entidad Silverpoint Vacations S.L.

»Se confirma la sentencia recurrida, excepto en la imposición de costas que la misma contiene que se deja sin efecto.

»No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada».

TERCERO.- 1.- Por D. Benito y Dña. Apolonia se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Respecto a la inaplicabilidad de la Ley 42/1998 sobre derechos de aprovechamiento por turnos, se infringe:

- La disposición adicional segunda de la Ley.

- El artículo 1 (ámbito objetivo) de la Ley.

Y se infringe también el artículo 6.4.º del Código Civil .

Segundo motivo.- Respecto a la consideración de consumidores y usuarios. Se infringen los preceptos:

- Art. 10 de la LGDCU de 1984 (en su redacción y reforma de 1988) puesta en relación con los arts. 3 y 4 del RD Legislativo 1/2007 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

- Art. 217 de la LEC .



Tercer motivo.- Respecto a las consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de la Ley a los contratos objeto de litis, se infringe:

- el art. 1.7 de la Ley 42/1998 sobre derecho de aprovechamiento por turnos.

- Art. 10 y conexos de la LGDCU de 1984 en su redacción y reformas de 1988, atendiendo a las interpretaciones de éste artículo que desembocó en los artículos 60 , 62 , 63 , 69 , 71 y 79 del Texto Refundido del RD Legislativo 1/2007 .

- Los artículos 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 25 de octubre de 2017 , se acordó admitir el recurso de casación interpuesto 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 al mismo, aportando documental y proponiendo en otrosi digo el planteamiento de cuestión prejudicial.

3.- Respecto a la documental en providencia de fecha 16 de abril 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 8 de mayo de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

Los demandantes, en virtud de los contratos suscritos el 3 de enero de 2005, 9 de marzo de 2005 y 4 de noviembre de 2006 adquirirían unos «certificados de licencia de vacaciones», «certificados de fiducia» por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por periodos vacacionales en unos complejos, previo pago del precio.

Los demandantes Dña. Apolonia y D. Benito presentaron demanda el 11 de diciembre de 2012, ejercitaban acción para que se declarara:

1. La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes, así como sus anexos, con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos así como las cantidades entregadas por mantenimiento y los gastos por servicios, que asciende a la cantidad de 82.607,72.-€, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda.

2. La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y que se condene a devolver las cantidades por duplicado, es decir, la suma de 77.973,43.-€ porque la otra mitad ya está incluida en la petición anterior.

3. Subsidiariamente, que se declare la nulidad por abusiva y no haber sido negociada de forma individualizada, las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información, y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tal contrato, así como los gastos por mantenimiento y por servicios, que ascienden a la cantidad de 82.607,72.-€.

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

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda con expresa condena al demandante al pago de las costas procesales. Los demandantes interpusieron recurso de apelación, la mercantil demandada se opuso al recurso e impugnó la sentencia en lo referente a la legitimación pasiva.

La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Apolonia y D. Benito y desestimó la impugnación formulada por la representación procesal de la entidad Silverpoint Vacations, S.L., se confirmó la sentencia recurrida, excepto en la imposición de costas que la misma se deja sin efecto. No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada.

La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluyó que:

- Las denominadas membresías no se encuentran reguladas por la Ley 42/1998, son un tipo de contratos que ni los menciona y ni los contempla la referida Ley.

- Se entiende que la relación jurídica entablada entre las partes resulta atípica.



- El producto que adquieren es una inversión destinada a obtener un rendimiento o ganancia por ello los demandantes no pueden ser considerados como consumidores, a los efectos de aplicación de la Ley 42/1998.
- Los contratos se rigen por las normas del Código Civil referidas a las obligaciones y contratos, deberá acreditarse la inexistencia de algún elemento esencial del mismo. No existe cuestión referida al objeto, ni tampoco alegación alguna respecto de la causa, y no consta la concurrencia del vicio en el consentimiento alegado, en definitiva, no concurre causa suficiente para dar lugar a la sanción más grave respecto de un contrato como es la declaración de nulidad.
- El descontento por la ausencia de esas ganancias es lo que se evidencia como la verdadera causa de pedir la nulidad contractual.
- Se estima adecuado no efectuar expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias.

Se interpuso recurso de casación por los demandantes Dña. Apolonia y D. Benito . El recurso tiene tres motivos:

El primero se fundamentó en la infracción de la disposición adicional segunda y art. 1 de la Ley 42/1998 y la infracción del art. 6.4.º CC .

Los recurrentes alegan que es de aplicación a estos contratos en los que se adquiere la afiliación a un club vacacional la Ley 42/1998, pero existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales referida a esta cuestión.

Denuncian que el criterio seguido por la sentencia recurrida ha sido contradictorio dentro de la misma Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, lo que ha llevado en supuestos análogos a entender que estos contratos no se encuentran regulados por la mencionada ley, porque ni los contempla ni los menciona, cita numerosas sentencias en este sentido.

Los recurrentes alegan también que la sentencia recurrida se opone a lo resuelto por la sala en sentencia de 16 de julio de 2015, rec. 431/2015 , que establece que es imperativa la aplicación de la Ley 42/1998 a todos los productos que tengan por objeto el disfrute de un período de tiempo cada año.

Igualmente citan las sentencias de esta sala 774/2014, de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013 , sentencia 776/2014, de 28 de abril de 2015, rec. 2764/2012 , y la sentencia 460/2015, de 8 de septiembre, rec. 1432/2013 , y en el mismo sentido la sentencia 775/2014, de 15 de enero de 2015, rec. 3190/2012 .

Citan las sentencias de la sala de 29 de marzo, 24 de mayo, 30 de mayo, 1 de julio y 7 de julio todas de 2016.

Los recurrentes entienden que aunque se haya utilizado el término club de vacaciones o club vacacional, y la Ley 42/1998 no usa estos vocablos esto no equivale a que estos contratos no se regulan por esta ley sino que, quedan sometidos a la misma conforme dispone el art. 1.7 de la referida Ley.

El segundo se fundamenta en la infracción del art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley LGDCU. Se solicita en este motivo que la sala se pronuncie sobre la consideración de los adquirentes de estos contratos como consumidores.

Los recurrentes alegan que estos contratos fueron realizados dentro del ámbito familiar y doméstico o privado, y en la nueva noción comunitaria, incluida en el art. 3 TRLGDCU, el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión, además en este caso no puede haber si quiera ánimo de lucro dado que no se han incluido las semanas en reventa.

Los recurrentes mantienen que, en el presente caso, de la documental obrante en autos se puede afirmar su condición de consumidores no solo porque la norma tuitiva proteja a los adquirentes, sino porque además no son profesionales del sector.

Los recurrentes denuncian que la doctrina seguida por la sentencia recurrida iría en contra de la doctrina fijada por esta sala, 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. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 , 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010 .

Se citan como sentencias que mantienen la misma posición que la sentencia recurrida, las sentencias de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2015 , y sentencia de 25 de julio de 2014 , entre otras, en las que se niega la condición de consumidor, pues la intención de los contratantes era mas bien la de alquilar o reventa posterior. Frente a esta posición la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de septiembre de 2014 , les consideraba consumidores a pesar de haber suscrito contratos de reventa.



Así como otras Audiencias declaran también la condición de consumidor a pesar de que en muchos casos se suscribían reventas y la intención de los adquirentes se combinara con la inversión, en concreto, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de la Rioja en sentencias de 20 febrero de 2013 y 11 de enero de 2013 entre otras.

El tercero se fundamenta en la infracción de los arts. 2, 3, 8, 9, 10, 11, y 12 de la Ley 42/1998, en relación con lo dispuesto en el art. 1.7 de la misma Ley. Se alega también la infracción de los arts. 1261, 1265, 6.3 todos del Código Civil. Los recurrentes mantienen que la aplicación de la Ley 42/1998, determina la nulidad de estos contratos, por la infracción de los preceptos citados, porque no se refleja la duración de los contratos y por falta de fijación de cual es su objeto.

Los recurrentes, en concreto, denuncian que como no se refleja plazo de duración alguno en estos contratos conforme a la doctrina de la sala, recogida en: sentencia 460/2015, de 8 de septiembre, rec. 1432/2013, sentencia 431/2015, de 16 de julio, rec. 2089/2013, sentencia 774/2014, de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013, sentencia 775/2014, de 15 de enero, rec. 3190/2012, sentencia 96/2016, de 19 de febrero, rec. 461/2014, y las más recientes sentencia 192/2016, de 29 de marzo, rec. 793/2014, sentencia 385/2016, de 7 de junio, rec. 790/2014, sentencia 446/2016, de 1 de julio, rec. 850/2014, y sentencia 462/2016, de 7 de julio, rec. 1520/2014, se debe declarar la nulidad por tratarse de contratos de duración indefinida.

Los recurrentes, en la página 17 de la demanda, denuncian que no se hace referencia expresa a la naturaleza real o personal del derecho transmitido, ni se hace constar la fecha en que el régimen se extinguirá de conformidad con la disposiciones de esta Ley, no se recoge en cuanto al turno que es objeto del contrato el día de terminación ni la hora de inicio ni término, además en la página 20 del escrito de demanda denunciaban también la falta de indicación de la duración del régimen con referencia a la escritura reguladora y a la fecha de la inscripción de esta, ni uno solo de estos datos se contiene en la documentación entregada, por ello, este incumplimiento según denunciaban los demandantes determinaba la nulidad del contrato.

SEGUNDO .- *Contratos.*

1.- Contrato de 3 de enero de 2005. Compra de ocho certificados de fiducia relativos a ocho apartamentos identificado por su número y semana, con primera ocupación en 2006 y uno en 2005. Precio 15.499 libras esterlinas.

2.- Contrato de 3 de enero de 2005. Compra de un certificado de fiducia, relativo a un apartamento identificado por su número y semana, con primera ocupación en 2005. Precio 3565 libras esterlinas.

3.- Contrato de 9 de marzo de 2005. Compra de siete certificados de fiducia, relativos a siete apartamentos identificados por su número y semana, con primera ocupación en 2006. Precio 10.413 libras esterlinas. Depósito 4887 libras esterlinas.

4.- Contrato de 4 de noviembre de 2006. Compra de tres certificados de fiducia. Relativos a tres apartamentos, dos de ellos identificados por su número y semana y otro solo concretado por la categoría «Isla», sin concreción de semana, con primera ocupación en 2008 y 2007. Precio 24.965 libras esterlinas. Depósito 1000 libras esterlinas.

TERCERO .- *Motivos primero, segundo y tercero.*

1.- Primer motivo.- Respecto a la inaplicabilidad de la Ley 42/1998 sobre derechos de aprovechamiento por turnos, se infringe:

- La disposición adicional segunda de la Ley.
- El artículo 1 (ámbito objetivo) de la Ley.

Y se infringe también el artículo 6.4.º del Código Civil.

2.- Segundo motivo.- Respecto a la consideración de consumidores y usuarios. Se infringen los preceptos:

- Art. 10 de la LGDCU de 1984 (en su redacción y reforma de 1988) puesta en relación con los arts. 3 y 4 del RD Legislativo 1/2007 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Art. 217 de la LEC.

3.- Tercer motivo.- Respecto a las consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de la Ley a los contratos objeto de litis, se infringe:

- el art. 1.7 de la Ley 42/1998 sobre derecho de aprovechamiento por turnos.
- Art. 10 y conexos de la LGDCU de 1984 en su redacción y reformas de 1988, atendiendo a las interpretaciones de éste artículo que desembocó en los artículos 60, 62, 63, 69, 71 y 79 del Texto Refundido del RD Legislativo 1/2007.



- Los artículos 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil .

CUARTO .- *Causas de inadmisibilidad.*

Procede rechazarlas dado que:

1.º- Se invoca acertadamente el interés casacional dadas las contradicciones entre sentencias de Audiencias Provinciales y la reciente doctrina jurisprudencial de esta sala, que luego se citará.

2.º- No se intentan modificar los hechos probados de la sentencia recurrida, al ser prácticamente inexistentes.

QUINTO .- *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 aquella.

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. La 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 el contrato analizado se formaliza después, es indudable que será la Ley 42/1998 la aplicable al caso.

SEXTO . - *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.

**SÉPTIMO** .- *Contratos analizados.*

Examinados los contratos, se puede apreciar que en nada respetan 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 los contratos denominan «depósito» y no se determina la duración de los contratos. Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma. Máxime en el del club Paradiso que ni se menciona el apartamento, ni la semana.

Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados 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 los contratos no se transcriben los arts. 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998, ni mencionan, 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.

OCTAVO .- *Régimen jurídico de los contratos.*

En estos contratos se refiere:

1. Carta de asociación al club de vacaciones.
2. Un programa de intercambio.
3. Cuota de gestión anual.
4. 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.

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 .

Examinados los contratos 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 algunos casos, que el contrato denomina «depósito» y no se concreta el objeto del contrato en uno de ellos, pues no se indica un apartamento sino una tipología de inmueble a la que denomina «Isla».

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 de los contratos mencionados 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 los contratos no se transcriben los arts. 10 , 11 y 12 de la Ley 42/1998 , ni mencionan, 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, ni tampoco la duración del contrato y en uno de los casos ni el objeto.

NOVENO .- *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"».

DÉCIMO .- *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 Sres. Benito Apolonia 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 otras semanas, solo supone la decisión de invertir en dicho producto, pero no que se dedicasen profesionalmente a su compra y venta.

UNDÉCIMO .- De acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998, ya mencionado, procede declarar la nulidad radical de los contratos por no ajustarse a lo dispuesto en la misma, la que se trató de eludir sistemáticamente.

DUODÉCIMO .- *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 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 50 años, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, acogiendo así los pedimentos principales 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.

Calculamos los años de uso, partiendo de la fecha de primera ocupación que figura en cada contrato, hasta la fecha de la interposición de la demanda, lo que se determinará 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.

Procede la devolución de 11.774 libras esterlinas, en concepto de anticipo duplicado, que tiene un régimen de devolución diferente, en cuanto amparado en norma sancionadora que no permite moderación (art. 11 Ley 42/1998).

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

DECIMOTERCERO .- 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).

DECIMOCUARTO .- Estimada sustancialmente la demanda se imponen a la demandada las costas de primera instancia. (arts. 394 y 398 LEC).

No procede imposición de costas de la apelación ni de la casación, con devolución del depósito constituido para este recurso.

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 parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Benito y Dña. Apolonia, contra sentencia de 19 de julio de 2016, del recurso de apelación 57/2016, de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

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

a) La nulidad radical de los contratos (2) de 3 de enero de 2005, 9 de marzo de 2005 y 4 de noviembre de 2006.

b) Condenamos a la demandada al pago a los demandantes de la cantidad que en ejecución de sentencia se determine conforme al fundamento de derecho decimosegundo, e interés legal desde la interposición de la demanda y al pago de las costas de la primera instancia.

c) Condenamos a la demandada al pago de 11.774 libras esterlinas, en concepto de anticipo duplicado.



3.º- No procede imposición de costas de la apelación ni en casación, con devolución del depósito constituido para este recurso.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ