



Roj: **STS 1911/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1911**

Id Cendoj: **28079110012018100298**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2018**

Nº de Recurso: **132/2017**

Nº de Resolución: **305/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2134/2016,**
STS 1911/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 305/2018

Fecha de sentencia: 24/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 132/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 132/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 305/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller



D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 24 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 14 de noviembre 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a), en el rollo de apelación n.º 207/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 2063/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arona.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente D. Cesar y D.^a Clemencia, representados por la procuradora D.^a María José Arroyo Arroyo, asistido de la letrada D.^a Eva María Martínez Espinosa.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida 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. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los tribunales D. Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de D. Cesar y D.^a Clemencia, formuló demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations, S.L (Resort Properties y Club Paradiso) y Resort Properties Limited, suplicando al juzgado:

«[...] por formulada la demanda de juicio declarativo ordinario frente a Resort Properties Limited y Silverpoint Vacations, S.L., y tras los tramites oportunos y el recibimiento del pleito a prueba, dicte en su día sentencia por la que se declare:

»1.- La nulidad, o subsidiaria resolución, de los contratos suscritos con Silverpoint Vacations, S.L., el 4 de febrero de 2004 (NUM000 y NUM001) por importe de 15.095,00 y 5.121,00 libras esterlinas cada uno (18.748,64 y 6.360,50 euros) y el 10 de octubre de 2004 (NUM002), por la suma de 12.450,00 libras esterlinas (15.463,44 euros), así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, en ambos casos con obligación para la demandada firmante de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de los mismos, previa deducción de las cantidades recibidas por las ventas realizadas de las semanas adquiridas, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La nulidad, o subsidiaria resolución, del contrato suscrito con Silverpoint Vacations, S.L. y Resort Properties Limited el 17 de mayo de 2009 (NUM003), por la suma de 16.000,00 libras esterlinas (19.872,69 euros), así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, con obligación solidaria para las demandadas firmantes de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados del mismo, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»3.- Para el caso de no ser estimada la pretensión anterior, se declare la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas por razón de los contratos suscritos por las partes y que se recogen en el hecho Tercero, debiendo por lo tanto devolver dicha cantidad doblada.»

2.- Por decreto de 20 de diciembre de 2012, se admitió a trámite la demanda dando traslado a las partes para contestar.

3.- El Procurador de los tribunales D. Pedro Ledo Crespo, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al juzgado:

«[...]por opuesta a esta parte en la representación de Silverpoint Vacations, S.L. a fin de que en su día dicte Sentencia por la que se desestime la demanda, con la imposición expresa a la parte actora de las costas causadas en la instancia.»

4.- El juzgado de primera instancia nº 5 de Arona dictó sentencia el 27 de octubre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Desestimar íntegramente la demanda presentada por le Procurador de los Tribunales D. Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de D. Cesar y D.^a Clemencia, y en su virtud absuelvo a Silverpoint Vacations, S.L. de los pedimentos frente a ella deducidos, sin imposición de costas.»

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de D. Cesar y D.ª Clemencia , correspondiendo su tramitación a la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 14 de noviembre de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«1º.- Desestimar el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de D. Cesar y D.ª Clemencia .

»2º.- Desestimar la impugnación a la sentencia formulada por el Procurador D. Pedro Ledo Crespo en nombre y representación de Silvertpoint Vacations, S.L.

»3º.- Confirmar la sentencia dictada el 27 de octubre de 2015 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Arona en Autos de Juicio Ordinario nº 2063/2012.

»4º.- No formular expresa condena en costas en esta alzada.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La representación procesal de D.ª Clemencia y D. Cesar , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con base en cuatro motivos:

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

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

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

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

2.- La sala dictó auto el 24 de enero de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

«1.º- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Clemencia y D. Cesar contra la Sentencia dictada, con fecha 14 de noviembre 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 207/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 2063/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arona.

»2.º- Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de Silvertpoint Vacations, S.L., manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 9 de mayo de 2018 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.-** *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Los demandantes, D.ª Clemencia y D. Cesar formularon demanda, contra Silverpoint Vacations, S.L, Resort Properties Limited, y Club Paradiso en la que ejercitaban la acción de nulidad o resolución de los contratos suscritos el 4 de febrero de 2004, el 10 de octubre de 2004 y el 17 de mayo de 2009.

A través de tales contratos adquirieron los derechos de uso y disfrute de determinadas semanas, en unos determinados complejos vacacionales, así como su derecho al disfrute de una semana vacacional a elegir, según disponibilidad, en los complejos adscritos a un determinado club de vacaciones.

2.- En la demanda solicitaban La nulidad o subsidiaria resolución de los contratos suscritos así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, con la obligación solidaria de las codemandadas de devolver



las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de los referidos contratos previa deducción de las cantidades recibidas por las ventas realizadas de las semanas adquiridas, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda, con expresa condena en costas a la contraparte.

Para el caso de no ser estimadas las pretensiones anteriores se declarase la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por razón de los contratos suscritos por las partes debiendo devolver las codemandadas Resort Properties Limited y Silverpoint Vacations, S.L, de forma solidaria dicha cantidad doblada.

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

3.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda y absolvió a la demandada de todos los pedimentos formulados en su contra, sin imposición de costas.

Funda su decisión en no ser de aplicación a los contratos litigiosos la Ley 42/1998, por razones objetivas, así como por no tener los actores la condición de consumidores.

No cabe tampoco la nulidad de los contratos, al no apreciarse vicios invalidantes del consentimiento.

4.- Los demandantes interpusieron recurso de apelación contra la anterior sentencia y la impugnó la parte apelada en cuanto a su falta de legitimación pasiva.

5.- La sección 3.ª, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 14 de noviembre de 2016, desestima el recurso formulado por los demandantes. Desestima la impugnación formulada por la entidad demanda Silverpoint Vacations S.L. Confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. Sin expresa condena en costas.

6.- La sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluye que:

(i) Los actores al adquirir las semanas como inversión y no para su uso, no resulta de aplicación la Ley especial por cuanto pretende amparar a quienes adquieren tales derechos vacacionales para disfrutarlos personalmente aun en sentido amplio.

(ii) Respecto de las denominadas membresías del Club Paradiso, no se trata de un aprovechamiento por turnos sino de un producto vacacional completamente distinto y estos contratos no se encuentran regulados por la mencionada Ley 42/1998, porque ni los contempla ni los menciona.

(iii) No se acredita el defecto o vicio en el consentimiento prestado en ninguno de los contratos, el objeto estaba determinado y las cuotas de mantenimiento son una obligación accesoria de la que los actores tenían conocimiento.

(iv) En cuanto a la duración del contrato el motivo del recurso carece de fundamento, porque la nulidad del contrato conforme al Código Civil solo deriva de la falta de uno de sus requisitos, consentimiento, objeto y causa, y con carácter general se prevé que si una obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los tribunales fijaran la duración de aquel.

7.- Se interpone recurso de casación por los demandantes D.ª Clemencia y D. Cesar. El recurso tiene cuatro motivos:

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

Los recurrentes denuncian que el criterio seguido en la interpretación de estos artículos por la sentencia recurrida, va en contra de la doctrina de la sala que se recoge en la sentencia de 15 de enero de 2015, rec. 3190/2012, y sentencias de 8 de septiembre de 2015, rec. 1432/2016 y sentencia de 29 de marzo de 2016 rec. 793/2014, que declara la nulidad de un contrato de aprovechamiento por turno en el que de forma indebida no se identificaba el objeto.

En el presente caso, según los recurrentes los derechos representado en el denominado Club Paradiso, concretamente el Derecho "CITY 0581" y un Derecho "Isla- I 795", ante la falta de una definición adecuada del contrato, lejos de estar ante un contrato atípico, son contratos nulos de pleno derecho por falta de objeto cierto, con fundamento en el art. 1.7 en relación con el art. 9.1.3.º o falta de elementos esenciales del art. 1261 CC.

Los recurrentes mantienen que de acuerdo con la reciente doctrina de la sala, que declaran que la falta de identificación adecuada del objeto en este tipo de contratos implica una nulidad radical, el interés casacional se constata en cuanto la sentencia recurrida resuelve en contra de la doctrina del Tribunal Supremo.

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



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

La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de la sala que se recoge en la sentencia n. 774/2014 de 15 de enero de 2015 rec. 961/2013 y sentencia n.º 431/2015 de 16 de julio rec. 2089/2013 , y la mas reciente de 29 de marzo de 2016, rec. n.º 793/2014, que declara la nulidad de cualquier derecho vendido desde la entrada en vigor de la Ley 42/1998, con una duración superior a cincuenta años.

Los recurrentes mantienen que la sentencia recurrida no otorga ninguna consecuencia a tal incumplimiento, pues consta la duración indefinida de los contratos, ya que no se identifica el tiempo de finalización de los mismo, además la demandada reconoce que los productos tenían un carácter indefinido lo cual era algo ventajoso para los adquirentes.

Los recurrentes denuncian que la falta de una limitación temporal y venta de los derechos de por vida, choca con la limitación expresa en el art. 3 Ley 42/1998 que fija que no podrán comercializarse derechos de esta naturaleza por un tiempo inferior a tres años, ni superior a cincuenta.

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

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

Los recurrentes alegan que la Audiencia Provincial de Tenerife, considera que no es de aplicación esta norma porque los adquirentes pretenden lucrarse económicamente aun cuando esta pretensión se lleve a cabo en el ámbito privado, frente a esta posición citan, entre otras, las sentencias de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de la Rioja, en sentencias de 20 de febrero de 2013 en rec. n.º 389/2011 y 15 de julio de 2011 en rec. n.º 92/2010 , que reconocen la condición de consumidor a los adquirentes aunque pretendan un provecho económico en tanto se hace en la esfera privada.

Los recurrente solicitan que la sala se pronuncie sobre si cabe entender que los Sres. Clemencia Cesar jubilados sin ningún tipo de formación especial de tipo inmobiliaria, ni del sector, que suscribieron los contratos en el ámbito privado de unas vacaciones, abordados por infinidad de promesas en el proceso de venta, que resultaron todas ellas incumplidas, cabe considerárseles como consumidores o como mantiene la Sección 3.ª, de la Audiencia Provincial de Tenerife, son inversionistas ajenos a cualquier protección especial, aunque dicha inversión supuesta no se reconozca como una obligación propia por parte de la vendedora, y no se concrete en el contrato.

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

Los recurrentes alegan que la no aplicación de la ley por la mera nominación del producto como "paquete vacacional" o "afiliación a un club" iría en contra del propio sentido de la norma e incumple de forma clara la doctrina jurisprudencial sobre la irrelevancia del *nomen iuris* que recogen las SSTS de 24 de enero de 1986 , 25 de abril de 1985 , de 25 de febrero de 2013, rec. 994/2010 , que declara que los tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado, porque aunque el documento haya querido llamar algo distinto, el objeto contractual está claro, se adquieren derechos de aprovechamiento por turno, que implica el derecho de uso exclusivo de un inmueble durante un período semanal al año, previo pago de una cuota de mantenimiento.

8.- La sala dictó auto el 24 de enero de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación y abrir plazo para que la parte recurrida formalizase por escrito su oposición al recurso.

9.- La parte recurrida presentó escrito de oposición, si bien alegó óbices de admisibilidad y propuso que la sala plantease dos cuestiones de prejudicialidad al TJUE, en los que se formularan las siguientes cuestiones:

PRIMERA:



-¿Debe considerarse que la persona que adquiere un producto de los que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 94/47/CE con la finalidad de destinar el producto a su reventa debe ser considerado "adquirente" en el sentido que le otorga el artículo 2 de la Directiva?

-¿Debe considerarse que la persona que adquiere numerosos productos de los que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 94/47/CE, de forma que no pueda entenderse que la adquisición se ha realizado para el propio uso y disfrute del producto adquirido, debe considerarse "adquierente" en el sentido que otorga la Directiva?

SEGUNDA:

-¿Debe considerarse que el artículo 11 de la Directiva 94/47/CE permite a los Estados Miembros impedir la comercialización de productos de los previstos en el ámbito de aplicación de la directiva (artículo 2), teniendo en cuenta que el artículo 11 únicamente permite a los Estados Miembros que adopten medidas que sean más favorables en materia de protección del adquirente en el ámbito regulado por la misma?

SEGUNDO.- Para una adecuada metodología en la decisión del recurso, según autoriza la doctrina de la sala, vamos a resolver conjuntamente todos los motivos que se han articulado.

Habrá que decidir, en primer lugar, si la Ley 42/1998 es de aplicación, por razones objetivas, a las membresías.

Así mismo si la Ley 42/1998 es de aplicación a los contratos litigiosos por tener los adquirentes la condición de consumidores.

Si la citada ley fuese de aplicación será cuando se habrá de considerar si se han cumplido las previsiones legales contenidas en ella, y, si no se hubiesen cumplido, cuáles sean las consecuencias.

Sobre todo ello existe jurisprudencia (sentencias 16/2017, de 16 de enero , 115/2017 de 22 de febrero , entre otras)

TERCERO.- Decisión sobre admisibilidad.

A partir de las cuestiones a decidir procede la admisibilidad del recurso, confirmando la que de forma provisoria se acordó en el auto de 24 de enero de 2018.

La *ratio decidendi* -razón de decidir- de la sentencia consiste en la no aplicación a los contratos litigiosos de la ley 42/1998, por quedar aquellos fuera de su ámbito, bien desde el punto de vista objetivo o desde el subjetivo.

La parte recurrente ha expresado con claridad el problema jurídico, sin alterar los hechos probados, sobre el que existe discrepancia respecto de la sentencia que recurren.

Ha citado sentencias de una sección en que se decide colegiadamente en un sentido y otras, diferentes de la primera, en las que se decide colegiadamente en sentido contrario, figurado en uno de esos grupos la sentencia recurrida.

Pero en el hipotético caso de que se entendiese que ese formalismo no ha sido satisfecho, se ha de traer a colación el Acuerdo sobre criterios de admisión de esta sala, de 27 de enero de 2017, en el que se afirma que «no obstante, no será imprescindible la cita de sentencias con los requisitos indicados cuando, a criterio de la Sala Primera, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema planteado.

Tal constancia es patente por cuanto, decidiendo sobre problemas jurídicos idénticos, y por alegarse la existencia de doctrina contradictoria de audiencias provinciales, ya ha decidido esta sala en la sentencia de Pleno 16/2017, de 15 de febrero, entre otras.

CUARTO *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 (artº 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 (artº 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.»

QUINTO.- La tesis de la sentencia recurrida que excluye las membresías del ámbito objetivo de la Ley 42/1998, no es compartida por esta sala.

»Del contenido contractual se desprende que «en realidad, estamos ante un contrato por el que se constituye un derecho, sin expresión de su carácter 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, que, bajo la apariencia de apartarse de la figura del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, no cumple su regulación normativa en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Materializándose así el presupuesto contemplado en el art. 1.7 de la propia Ley 42/1998, conforme al cual, son también objeto de la misma los contratos por virtud de los cuales 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 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 que, como veremos, se anuda la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho del contrato en cuestión.

»Añade la sentencia de Pleno que:

«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.

»Así, prima facie, conforme a los arts. 1.1 y 1.2 de la Ley 42/1998, según el contenido objetivo del contrato antes transcrito, el mismo no supondría la constitución de un derecho real sobre un bien inmueble concreto y diferenciado. Pero si atendemos a lo dispuesto en los apartados 5 y 7 del mismo art. 1, debemos concluir que la citada Ley resulta aplicable al contrato litigioso, por cuanto el art. 1.5 establece que «lo dispuesto en la presente Ley se aplicará al propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno»; y el contrato de que se trata es claro que se refiere a la comercialización de un peculiar aprovechamiento por turno. Y fundamentalmente, porque el art. 1.7 incluye en su ámbito de aplicación al «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.»

SEXTO.- La sentencia recurrida además de negar que el contrato litigioso se encuentre sujeto a la ley 42/1998 por razones objetivas, lo niega por razones subjetivas, por considerar que los demandantes no son consumidores.

«A tal fin se ha de estar a la doctrina recientemente fijada por la *sentencia de Pleno número 16/2017, de 16 de enero* :

«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 su redacción vigente cuando se firmó el contrato litigioso, «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 «su actividad económica, negocio, oficio o profesión» (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a). Menciona 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° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que ha sustituido al anterior. A su vez, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, 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».

El concepto de consumidor que mantiene la sala coincide con el que recientemente define la Ley 7/2017, de 2 de noviembre (BOE 4 de noviembre de 2017), por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/II/ UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, aunque sea a efectos de esta Ley, pero que sirve de pauta de orientación para los contratos que aquí se enjuician.

SÉPTIMO.- Se añade en la citada sentencia de Pleno que «el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física», y lo hace en los siguientes términos:

«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 sólo 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. 1.1º CCom .»

OCTAVO.- A partir de la citada doctrina de la Sala, no consta que los adquirentes recurrentes realizaran habitualmente este tipo de operaciones, por lo que la mera posibilidad de invertir sus ahorros para lucrarse con el alquiler o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidores.

La cantidad total invertida se compadece más con un consumidor, que invierte sus ahorros, que con un profesional de la inversión, si se atiende al *quantum* invertido.

Por todo lo expuesto, con cita de derecho comunitario, no se accede a plantear las dos cuestiones prejudiciales ante el TJU.

NOVENO.- Al ser de aplicación, pues, la Ley 42/1998, se aprecia que no se ha cumplido sus preceptos si se contrasta los contratos de adquisición con el artículo 9 de la Ley que impone un extenso contenido mínimo y, por supuesto, el de la duración del contrato.

La consecuencia, no por el simple déficit de información, sino de ausencia de requisitos esenciales, es la nulidad radical, dado que de acuerdo con el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización del contrato «al margen de la presente ley» (SSTS 460/2015 de 8 de septiembre, 431/2015, de 16 de julio y 515/2017, de 22 de septiembre, entre otras)

En concreto, se advierte al examinar los contratos que nada dicen sobre su extinción, configurándose con una duración indefinida, lo que incumple la previsión de la Ley 42/1998 que exige la fijación del tiempo por el que se establece el derecho o, al menos, de la duración del régimen (art. 3).

El incumplimiento de dicha previsión da lugar a la nulidad de pleno derecho, según lo dispuesto en el art. 1.7 de la Ley 42/1998 (STS 549/2017, de 11 de octubre).

DÉCIMO.- Como recoge la doctrina de la Sala, (sentencia 38/2017, de 20 de enero) «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 leales.

Pero no es el supuesto aquí enjuiciado, pues los demandantes han tenido a su disposición los aprovechamientos litigiosos desde el inicio de vigencia de los contratos hasta la fecha de presentación de la demanda.

En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados, partiendo de la atribución de una relación contractual de 50 años, que es la máxima prevista por la ley.

DÉCIMO PRIMERO.- En aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 LEC, no procede imponer a la parte recurrente las costas del presente 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 el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Cesar y D.^a Clemencia , contra la sentencia dictada, con fecha 14 de noviembre 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a), en el rollo de apelación n.º 207/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 2063/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arona.

2.º- Casar la sentencia recurrida en lo aquí decidido y, con estimación del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, declarar la nulidad radical de los contratos litigiosos, con devolución de las cantidades satisfechas en concepto de pago derivado de él, pero en los términos que se recogen en el fundamento de derecho décimo.

3.º- No ha lugar a hacer expresa condena en costas de las de primera instancia.

4.º- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de apelación ni las del recurso de casación con devolución del depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente con devolución de los autos y del rollo de sala e insértese en la colección legislativa.

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

Así se acuerda y firma.