



Roj: **STS 4583/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4583**

Id Cendoj: **28079110012017100643**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2017**

Nº de Recurso: **1553/2016**

Nº de Resolución: **689/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 613/2016,**
STS 4583/2017

CASACIÓN núm.: 1553/2016

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 689/2017

Excmos. Sres. y Excma. 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 19 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de febrero de 2016, dictada en recurso de apelación núm. 427/2015, de la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 477/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arona; recurso interpuesto ante la citada audiencia por D. Jose Miguel, representado en las instancias por el procurador D. Leopoldo Pastor Llorena, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Jesús Carlos, 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 entidad mercantil Silverpoint Vacations S.L., representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal, bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo, no constando personadas más partes.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Jose Miguel, representado por el procurador D. Leopoldo Pastor Llorena y bajo la dirección del letrado D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Jesús Carlos, interpuso demanda de juicio ordinario de nulidad contractual contra la mercantil Wimpen Leisure S. A. y contra la mercantil Silverpoint Vacations S.L. y,



alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare:

»1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución del contrato a que se refiere el hecho primero de la presente demanda, así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, en ambos casos con obligación para las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados del referido contrato, por importe de 28.000,00 marcos alemanes, más los gastos de mantenimiento y servicio en los años 1999 (Los Claveles) por importe de 55.600 pesetas, 2000 (Los Claveles) por importe de 58.380 pesetas, 2001 (Los Claveles) por importe de 424,60 euros, 2002 (Los Claveles) por importe de 424,60 euros, 2003 (Los Claveles) por importe de 477,09 euros, 2004 (Los Claveles) por importe de 487,69 euros, 2005 (Los Claveles) por importe de 539,50 euros, 2006 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2007 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2008 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2009 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2010 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2011 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2012 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2013 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 22.989,49 euros en total) más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La improcedencia del cobro anticipado a mi mandante, de las cantidades satisfechas en concepto de anticipo por razón de los meritados contratos de 28.000,00 marcos alemanes (16.045,38 euros), con la obligación de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, en virtud del artículo 11 de la Ley 42/1998, es decir, 56.000,00 libras esterlinas (32.090,76 euros), de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 28.000,00 marcos alemanes (16.045,38 euros), -salvo error u omisión-, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado en el punto primero 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, (28.000,00 marcos alemanes) más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicio en los años 1999 (Los Claveles) por importe de 55.600 pesetas, 2000 (Los Claveles) por importe de 58.380 pesetas, 2001 (Los Claveles) por importe de 424,60 euros, 2002 (Los Claveles) por importe de 424,60 euros, 2003 (Los Claveles) por importe de 477,09 euros, 2004 (Los Claveles) por importe de 487,69 euros, 2005 (Los Claveles) por importe de 539,50 euros, 2006 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2007 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2008 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2009 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2010 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2011 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2012 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, 2013 (Los Claveles) por importe de 488,20 euros, ascendiendo en total -salvo error u omisión- a una suma de 22.989,49 euros, más los intereses legales y con expresa imposición de costas a la parte demandada.

»4.- La nulidad radical o subsidiaria resolución del contrato a que se refiere el hecho segundo de la presente demanda, así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, en ambos casos con obligación para las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados del referido contrato, por importe de 2.750,00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento y servicio en los años 2001 (Beverly Hills Club) por 306,58 euros, 2002 (Beverly Hills Club) por 306,58 euros, 2003 (Beverly Hills Club) por 336,05 euros, 2004 (Beverly Hills Club) por 355,41 euros, 2005 (Beverly Hills Club) por 355,00 euros, 2006 (Beverly Hills Club) por 371,00 euros, 2007 (Beverly Hills Club) por 415,00 euros, 2008 (Beverly Hills Club) por 467,00 euros, 2009 (Beverly Hills Club) por 467,00 euros, 2010 (Beverly Hills Club) por 332,00 euros, 2011 (Beverly Hills Club) por 332,00 euros, 2012 (Beverly Hills Club) por 332,00 euros y 2013 (Beverly Hills Club) por 359,00 euros (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 7.995,88 euros en total) más los intereses devengados desde la interposición de la demanda, con expresa condena en costas a la contraparte.

»5.- La improcedencia del cobro anticipado a mi mandante, de las cantidades satisfechas en concepto de anticipo por razón de los meritados contratos de 2.750,00 libras esterlinas (3.261,26 euros), con la obligación de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, en virtud del artículo 11 de la Ley 42/1998, es decir, 5.500,00 libras esterlinas (6.522,52 euros), de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 2.750,00 libras esterlinas- (3.261,26 euros) -salvo error u omisión-, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado en el punto primero de este suplico.

»6.- 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, (2.750,00 libras esterlinas) más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicio en los años 2001 (Beverly Hills Club) por 306,58 euros, 2002 (Beverly Hills Club) por 306,58 euros, 2003 (Beverly Hills Club) por 336,05 euros, 2004 (Beverly Hills Club) por 355,41 euros, 2005 (Beverly Hills Club) por 355,00 euros, 2006 (Beverly Hills Club) por 371,00 euros, 2007 (Beverly Hills Club) por 415,00 euros, 2008 (Beverly Hills Club) por 467,00 euros, 2009 (Beverly Hills Club) por 467,00 euros, 2010 (Beverly Hills Club) por 332,00 euros, 2011 (Beverly Hills Club) por 332,00 euros, 2012 (Beverly Hills Club) por 332,00 euros y 2013 (Beverly Hills Club) por 359,00 euros, ascendiendo en total -salvo error u omisión- a una suma 7.995,88 euros, más los intereses legales y con expresa imposición de costas a la parte demandada».

2.- La entidad demandada Wimpen Leisure S.A. contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. Cayetana López Adán y bajo la dirección letrada de D. José Raúl Escobedo Quintana y Dña. Inmaculada Sánchez Betancor, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Rechazando las peticiones de la actora, con expresa imposición de costas, por la temeridad y mala fe de la que ha hecho gala en el iter de la presente demanda».

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

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

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arona se dictó sentencia, con fecha 23 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Único. Desestimo íntegramente la demanda presentada por D. Leopoldo Pastor Llarena, procurador de los tribunales, en nombre y representación de D. Jose Miguel, frente a Silverpoint Vacations S.L. y frente a Wimpen Leisure S.A., absolviendo a estas últimas de todos los pedimentos formulados en su contra con imposición de costas a la parte actora».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante e impugnada la sentencia por la demandada, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 29 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos:

1. Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la entidad apelada Silverpoint Vacations S.L., condenándole al pago de las costas de dicha impugnación si las hubiere.
2. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por D. Jose Miguel, confirmándose la sentencia dictada en primera instancia con imposición de costas a la parte apelante».

TERCERO.- 1.- Por D. Jose Miguel se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción del art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley LGDCU. Los 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. Se solicita pronunciamiento sobre la consideración de los adquirentes de estos contratos como consumidores.

Motivo segundo.- Infracción del art. 1.7 Ley 42/1998, en relación con los arts. 1, 2, 3, 8, 9, 10 y 11 de la referida ley, y en relación con los arts. 1261, 1265 y 6.3 CC.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de septiembre de 2017, se acordó admitir el recurso 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 la entidad Silverpoint Vacations S.A., presentó escrito de oposición al mismo y en otro si digo insta en el procedimiento el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 2 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2017, en que tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes.

El demandante, en virtud del contrato suscrito el 8 de junio de 1994 con Wimpen Leisure S.A, adquiriría el derecho del aprovechamiento por turno del apartamento villa n.º NUM000 - NUM001 en el complejo denominado Los Claveles, de capacidad para cuatro personas, las semanas 12 y 13 del año. El precio pactado para la adquisición de estos derechos fue de 26.850 marcos alemanes. Con relación a este contrato consta, al folio 137 de las actuaciones de primera instancia, el programa de reventa que ofrecía la vendedora referido al Club Los Claveles.

El demandante, en virtud del contrato de 25 de julio de 2000 suscrito con Resort Properties Limited, adquiriría un «certificado de licencia de vacaciones», «certificados de fiducia», por el que tenía derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutaría por periodos vacacionales, en unos complejos, previo pago del precio. El precio pactado por la adquisición de tales derechos fue de 2.750,00 libras esterlinas. Junto con el contrato se firmó también una declaración de conformidad. Se firmó también un acuerdo de inscripción para la reventa, folio 141 de las actuaciones de primera instancia.

El demandante, D. Jose Miguel , presentó la demanda el 12 de junio de 2013, solicitando que se declarara:

1. La nulidad radical o subsidiaria resolución del contrato fechado el 8 de junio de 1994, así como sus anexos con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicios que ascienden a la cantidad de 22.989,49 euros en total, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda.
2. La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por este contrato y que se condene a devolver la cantidad de 16.045,38 euros, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado por la nulidad del contrato.
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 tales contratos, más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicios por importe de 22.989,49 euros, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda.
4. La nulidad radical o subsidiaria resolución del contrato fechado el 25 de julio de 2000, así como sus anexos con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicios que ascienden a la cantidad de 7.995,88 euros en total, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda.
5. La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por este contrato y que se condene a devolver la cantidad de 3.261,26 euros, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado por la nulidad del contrato.
6. 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 tales contratos, más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicios por importe total de 7.995,88 euros, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda.

La demandada, Wimpen Leisure, S.A., se opone a la demanda.

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

La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda presentada, y absuelve a las demandas de todos los pedimentos formulados en su contra, con imposición de costas a la parte actora.

Desestima la demanda frente a la demandada Wimpen Leisure S.A, por falta de legitimación *ad causam* de D. Jose Miguel porque el contrato de 8 de junio de 1994 estaba suscrito por el demandante y D.^a Modesta , y la misma no ha comparecido para accionar frente a la demandada por ello, se aprecia de oficio la falta de legitimación *ad causam*.

En cuanto al contrato suscrito con la demandada Silverpoint Vacations, la sentencia de primera instancia sostiene que el actor en la compra de estos derechos evidencia el afán especulativo y el nulo deseo del actor de ser el destinatario final de lo adquirido, pues está dispuesto a abonar la suma establecida para la venta del derecho de aprovechamiento por turno que adquirió el mismo día del contrato, en definitiva, la compra está alejada de la esfera doméstica, constituye una inversión que impide otorgar al actor la condición de consumidor y, en consecuencia, impide la aplicación de la Ley 42/1998 y de la LGDCU. Y en cuanto a la aplicación del Código Civil, el actor no ha aportado prueba alguna de los vicios denunciados.



Se interpone recurso de apelación por el demandante y se impugna por la demandada Silverpoint Vacations la sentencia en cuanto a su falta de legitimación pasiva.

La sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 29 de febrero de 2016, desestima la impugnación formulada por la apelada demandada Silverpoint Vacations, S.L, condenándole al pago de las costas de dicha impugnación. Desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante, confirmándose la sentencia dictada en primera instancia con imposición de costas a la parte apelante.

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

- La sala hace propios los razonamientos expuestos por el juez de primera instancia para apreciar la falta de legitimación activa del actor, referida al contrato celebrado el 8 de junio de 1994.
- El demandante contrató la semana para introducirla en un proceso de comercialización, lo que excluye la condición de consumidor, aunque llegara de forma esporádica a hacer uso personal de alguna de las semanas adquiridas.
- La consecuencia de la ausencia en el actor del carácter de consumidor, es la no sujeción de los contratos celebrados ni a la ley especial ni a la de protección de los consumidores y usuarios.
- En todo caso, aunque resultara de aplicación la Ley 42/1998, el recurso habría de ser desestimado porque el incumplimiento de las formalidades requeridas en el art. 9, o el art. 8, da lugar a la facultad de resolver el contrato en el plazo de tres meses según dispone el art. 10.2 de Ley 42/1998, facultad de la que no hizo uso el demandante en el plazo indicado.
- No se advierte la ausencia de ninguno de los elementos esenciales del contrato, consentimiento, objeto y causa. No se aprecia la existencia del dolo en la conducta de la parte demandada, no se advierte ningún error en el consentimiento que pudiera invalidar los contratos litigiosos.
- No cabe hacer imposición especial de las costas de primera instancia a ninguna de las partes, pese a la desestimación íntegra de la demanda, al apreciarse serias dudas de hecho y de derecho al inicio de la presente litis.

Se interpone recurso de casación por el demandante D. Jose Miguel . El recurso tiene dos motivos:

El primero 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.

El recurrente alega 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.

El recurrente mantiene que en el presente caso de la documental obrante en autos se puede afirmar que es consumidor porque la norma tuitiva protege al adquirente y el lo ha sido y sino porque además no es profesional del sector. Son las demandadas las que elaboran los contratos y son profesionales del aprovechamiento por turno.

El recurrente denuncia 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 cita 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, sentencia 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, de 20 febrero de 2013 y 11 de enero de 2013 entre otras.

El segundo se fundamenta en la infracción del art. 1.7 Ley 42/1998, en relación con los arts. 1, 2, 3, 8, 9, 10 y 11 de la referida ley, y en relación con los arts. 1261, 1265 y 6.3 CC.



Para el recurrente, los incumplimientos de la demandada, en relación a los contratos de aprovechamiento por turnos, en cuanto a la falta de información básica, prohibición de anticipos, la falta de fijación del límite temporal en el contrato determinan la nulidad de pleno derecho por la vía del art. 1.7 de la Ley 42/1998 , precepto que prevé la sanción directa de la nulidad al margen del art. 6.4 CC . La exigencia de aplicación de la Ley es absoluta tanto para el contrato celebrado con Wimpen Leisure, S.A, como con Silverpoint Vacations en atención a lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la referida ley .

El contrato objeto de esta litis no recoge plazo de duración alguno, consta al folio 13 de las actuaciones de primera instancia -pag. 13 de la demanda-, la denuncia de la vulneración del art. 3.1 Ley 42/1998 , por cuanto en el contrato no se hace referencia a la duración del régimen.

El recurrente alega la doctrina de la sala, recogida en las sentencias 774/2014 y 775/2014, de 15 de enero de 2015, y en la sentencia 431/2015, de 16 de julio, y la sentencia 460/2015, de 8 de septiembre , que declaran que este tipo de contratos son nulos, en cuanto a la indeterminación de la duración, como por el incumplimiento del art. 9 de la Ley 42/1998 .

Denuncia que en el presente caso no es que se haya incumplido algún precepto de la ley, sino que no se ha cumplido prácticamente ninguno.

En todo caso, alega que se vulnera también el art. 10 de LATBI en relación con el art. 1261 CC por cuanto no contaba con la información suficiente para que pudiera considerarse que otorgaban un consentimiento válido. Cita en este sentido la doctrina de la sala que recogen las sentencias de 11 de julio de 2007 , 26 de marzo de 2009 , 5 de marzo de 2010 y 28 de septiembre de 2011 , pues el dolo abarca no solo la maquinación directa, sino también por omisión siempre que exista un deber de informar sobre los hechos o circunstancias influyentes, doctrina que debe aplicarse cuando ese deber de información viene impuesto de forma expresa por la ley.

El recurrente mantiene que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala, que se recoge en las sentencias citadas, y además existe jurisprudencia contradictoria de diversas Audiencias Provinciales, cita numerosas sentencias de diferentes Audiencias Provinciales.

SEGUNDO .- *Contratos* .

1.- El 8 de junio de 1994, D. Jose Miguel y Modesta suscribieron con Wimpen Leisure contrato de compraventa por el que adquirirían una afiliación en el club Los Claveles que otorgaba a los compradores el derecho de usar de forma exclusiva el apartamento NUM000 - NUM001 de aquél durante las semanas 12 y 13 siendo el primer día de ocupación el 17 de marzo de 1995. La contraprestación de tal adquisición venía constituida por el pago de 26.850 marcos alemanes, más otros 150 para Wimpen Leisure, cantidades abonadas mediante un anticipo de 8.055 marcos alemanes y los 150 correspondientes a Wimpen Leisure y resto con posterioridad (doc. n.º 2 a 8 de la demanda, folios 45 y ss. de los autos de primera instancia).

2.- El 25 de julio de 2000, D. Jose Miguel suscribió con Resort Properties contrato por el que adquirirían un certificado de fiducia y la correspondiente licencia-certificado de vacaciones, en virtud de la cual quedaba facultado para el disfrute durante la semana 43 del apartamento NUM002 del complejo Beverly Hills Club. La contraprestación de tal adquisición venía constituida por el abono de 2.750 libras esterlinas satisfaciéndose en el momento 550 libras y el resto ulteriormente (doc. núm. 21 a 28 de la demanda, folios 86 a 101 de los autos de primera instancia).

3.- D. Jose Miguel suscribió con Resort Properties contrato de reventa de la semana adquirida a fin de que fuera enajenada a un precio mínimo de 3.800 libras esterlinas (doc. núm. 45, folios 140 y 141 de los autos de primera instancia).

TERCERO .- *Motivos primero y segundo*.

1.- El primero 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.

El recurrente alega 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.

2.- El segundo se fundamenta en la infracción del art. 1.7 Ley 42/1998 , en relación con los arts. 1 , 2 , 3 , 8 , 9 , 10 y 11 de la referida ley , y en relación con los arts. 1261 , 1265 y 6.3 CC .

Para el recurrente los incumplimientos de la demandada, en relación a los contratos de aprovechamiento por turnos, en cuanto a la falta de información básica, prohibición de anticipos, la falta de fijación del límite temporal en el contrato determinan la nulidad de pleno derecho por la vía del art. 1.7 de la Ley 42/1998 ,



precepto que prevé la sanción directa de la nulidad al margen del art. 6.4 CC . La exigencia de aplicación de la Ley es absoluta tanto para el contrato celebrado con Wimpen Leisure, S.A, como con Silverpoint Vacations en atención a lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la referida ley .

CUARTO .- *Contrato de 8 de junio de 1994.*

En primera y segunda instancia se apreció falta de legitimación activa del demandante, al haber adquirido la participación en el contrato de 8 de junio de 1994, junto con otra persona física, con la cual no consta que formase comunidad de bienes, cuestión sobre la que no se plantea expresamente motivo de casación, por lo que ningún pronunciamiento haremos sobre el contrato de 8 de junio de 1994, formalizado con anterioridad a la Ley 42/1998.

QUINTO .- *Contrato de 25 de julio de 2000. Duración.*

En este contrato no se fija la duración del mismo. Al folio 99 figura un certificado emitido por la demandada, en el que el plazo máximo de duración es hasta el año 2038, el cual no aparece suscrito por la parte actora, y que, por tanto, no forma parte del contrato, ni puede tener operatividad, en la resolución del litigio, dado el carácter tuitivo de la Ley 42/1998.

El resto de las argumentaciones que a partir de ahora se harán solo son referidas al contrato de 25 de julio de 2000, que es el único sobre el que nos pronunciaremos.

SEXTO .- *Decisión de la Sala. Régimen jurídico .*

Se estiman los motivos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SÉPTIMO .- *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.

OCTAVO .- *Contrato analizado.*

Examinados el contrato, se puede apreciar que en nada respeta los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la ley establece en su art. 9. Se exigen anticipos que el contrato denomina «depósito». Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley, estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma.

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

Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en el contrato no se transcriben los arts. 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998, ni menciona, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (art. 9.1.6.º), por lo que el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato.

NOVENO .- *Régimen jurídico de los contratos.*

En este contrato se refiere:

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

En la sentencia recurrida se insinúa que este contrato no se refiere 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 este contrato.

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 conectora 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 el contrato analizado, se pretende el uso periódico de una semana de vacaciones, en los turnos previamente adquiridos, en alojamientos susceptibles de uso independiente, con mobiliario y prestación de servicios accesorios, con pago de una notable cantidad por la compra del derecho y con gastos de mantenimiento anuales, con posibilidad de desistimiento, reventa, intercambio, en suma, estos contratos quedan integrados en el ámbito objetivo de regulación del art. 1 de la Ley 42/1998 .

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

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

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

Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en el contrato no se transcriben los arts. 10 , 11 y 12 de la Ley 42/1998 , ni menciona, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (art. 9.1.6.º), por lo que el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato.

DÉCIMO .- *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"».

UNDÉCIMO .- *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 el demandante realizara 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.

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

DECIMOTERCERO .- *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, el demandante ha podido disfrutar durante algunos años del alojamiento que el contrato le 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 (2200 libras esterlinas), (excluido el anticipo duplicado) habrá de ser reintegrada por la demandada, la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la ley, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, acogiéndose así los pedimentos del «suplico» de la demanda en cuanto al contrato de que se trata sin necesidad de entrar en la consideración de las pretensiones formuladas con carácter subsidiario.

Se calculan los años de uso, partiendo de la fecha de primera ocupación (2001) que figura en el contrato, hasta la fecha de la interposición de la demanda (2013), por lo que la demandada deberá de devolver 1628 libras.

Igualmente deberá abonar la demandada 1100 libras esterlinas en concepto de anticipo duplicado, que tiene un régimen de devolución diferente, en cuanto amparado en norma sancionadora que no permite moderación.

No procede condena a la devolución de los gastos de mantenimiento dado que el demandante tuvo a su disposición el referido inmueble para usarlo, como de hecho hizo directa o indirectamente.

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

DECIMOCUARTO .- 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).

DECIMOQUINTO .- Estimada parcialmente la demanda no procede imposición de las costas de primera y segunda instancia, derivadas de la demanda, manteniendo las relativas a la impugnación. (arts. 394 y 398 LEC).

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

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Jose Miguel contra sentencia de 29 de febrero de 2016, del recurso de apelación n.º 427/2015, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife .

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

a) La nulidad radical del contrato de 25 de julio de 2000, en relación con el apartamento NUM002 , semana 43 del complejo Beverly Hills Club.



b) Se condena a la demandada al pago de 2.728 libras esterlinas e intereses legales desde la interposición de la demanda.

3.º- No procede imposición de las costas de primera y segunda instancia, derivadas de la demanda, manteniendo las relativas a la impugnación.

4.º- No procede imposición de costas en 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.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ