



Roj: **STS 204/2018 - ECLI:ES:TS:2018:204**

Id Cendoj: **28079110012018100043**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/01/2018**

Nº de Recurso: **1313/2016**

Nº de Resolución: **48/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 381/2016,**
STS 204/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 48/2018

Fecha de sentencia: 30/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1313/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/01/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 1313/2016

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 48/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D^a. M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 30 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de febrero de 2016, dictada en recurso de apelación 480/2015, de la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario 216/2013 sobre nulidad contractual, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Arona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Sebastián y Dña. Amanda, representados en las instancias por el procurador D. Buenaventura Alfonso González, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Óscar Salvador Santana González, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Silverpoint Vacations S.L., representado por el procurador D. Luciano Rosch Nadal, bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Sebastián y Dña. Amanda, representados por el procurador D. Buenaventura Alfonso González y bajo la dirección de los letrados D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Óscar S. Santana González, interpusieron demanda de juicio ordinario sobre nulidad contractual contra la mercantil Silverpoint Vacations S.L. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare:

»67.472'00 (sesenta y siete mil cuatrocientas setenta y dos libras esterlinas), equivalentes salvo error u omisión a la suma de 78.469,47.-? (setenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y nueve euros con cuarenta y siete céntimos de euro).

»1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución del contrato a que se refiere 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 67.472'00, equivalentes salvo error u omisión a la suma de 78.469,47.-? (setenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y nueve euros con cuarenta y siete céntimos de euro), más los gastos de mantenimiento y servicio en los años de 2007 (Beverly Hills Club) por 1.753'00 libras esterlinas, 2007 (Hollywood Mirage) por 1.376'00 libras esterlinas, 2010 (Club Paradiso) por 627'90 libras esterlinas que se corresponden salvo error u omisión a 2.020,98.-? (dos mil veinte euros con noventa y ocho céntimos de euro), 1.586,35.-? (mil quinientos ochenta y seis euros con treinta y cinco céntimos de euro), y 726,82.-? (setecientos veintiséis euros con ochenta y dos céntimos de euro) cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 82.803,62.-? (ochenta y dos mil ochocientos tres euros con sesenta y dos céntimos de euro) 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 pago total por razón de los meritados contratos de GBP 67.472'00, equivalentes salvo error u omisión a la suma de 78.469,47.-? (setenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y nueve euros con cuarenta y siete céntimos de euro), con la obligación de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, en virtud del artículo 11 de la Ley 42/1998, es decir 156.938,94, por haberse pagado antes del transcurso del plazo que asiste a mis mandantes para ejercitar el derecho a la resolución de los contratos), de las cuales solo se debe abonar la cantidad 78.469,47.-? (setenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y nueve euros con cuarenta y siete céntimos de euro), - 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, 67.472'00, equivalentes salvo error u omisión a la suma de 78.469,47.-? (setenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y nueve euros con cuarenta y siete céntimos de euro), más los gastos de mantenimiento y servicio en los años de 2007 (Beverly Hills Club) por 1.753'00 libras esterlinas, 2007 (Hollywood Mirage) por 1.376'00 libras esterlinas, 2010 (Club Paradiso) por 627'90 libras esterlinas que se corresponden salvo error u omisión a 2.020,98.-? (dos mil veinte euros con noventa y ocho céntimos de euro), 1.586,35 ? (mil quinientos ochenta y seis euros con treinta y cinco céntimos de euro), y 726,82.-? (setecientos veintiséis euros con ochenta y dos céntimos de euro) cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 82.803,62.-? (ochenta y

dos mil ochocientos tres euros con sesenta y dos céntimos de euro) en total, más los intereses legales y con expresa imposición de costas a la parte demandada».

2.- El demandado Silverpoint Vacations S.L. se personó en las actuaciones, representado por el procurador D. Pedro Ledo Crespo y bajo la dirección letrada de D. José Minero Macías, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

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

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Arona se dictó sentencia, con fecha 13 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que desestimando íntegramente la acción ejercitada por el procurador D. Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de D. Sebastián y Dña. Amanda, frente a Silverpoint Vacations S.L., debo absolver y absuelvo a esta última de los pedimentos de la demanda. Ello con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte actora».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante e impugnada la sentencia por la parte demandada, la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tenerife dictó sentencia, con fecha 15 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Se desestima el recurso de apelación formulado por la representación de D. Sebastián y Dña. Amanda».

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

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

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

TERCERO.- 1.- Por D. Sebastián y Dña. Amanda se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Existe un criterio contradictorio entre la sentencia de la que pretendemos casación y las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 08 de septiembre, 16 de julio, 28 de abril y 15 de Enero, todas de 2015, y 19 de febrero de 2016, así como las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Tenerife y, a mayor abundamiento, con otras Audiencias Provinciales que a continuación relacionamos al respecto de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (Vigente hasta el 18 de marzo de 2012) a los denominados clubes vacacionales.

Aplicabilidad de la Ley 42/1998.

Concretamente la disposición adicional segunda de la Ley: (Imperatividad de la Ley).

«Segunda. Imperatividad de la Ley

»Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración.

»Los contratos que, habiendo sido celebrados en España, se refieran a inmuebles situados fuera de ella quedarán sujetos a los artículos 1.3, 2 y 8 a 12 de la presente Ley. En tales casos el adquirente podrá exigir, además, que el contrato se le entregue redactado en alguna de las lenguas oficiales del Estado en que radique cuando éste sea miembro de la Unión Europea. Párrafo final de la Disposición Adicional 2.4 introducido por el número 10 del artículo 73 de la Ley 14/2000, 29 diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social («B.O.E.» 30 diciembre). Vigencia: 1 enero 2001».

Y Art. 1. Ámbito objetivo de la Ley : « Artículo 1 Ámbito objetivo: Es objeto de esta Ley 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 periodo específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. La facultad de



disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo».

Artículo 6.4º del Código Civil por el que: «4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

La sentencia que se trae a casación considera que, al Club Paradiso, adquirido por el contrato de 18 de marzo de 2007, no le es de aplicación la Ley 42/98, por entender que la citada Ley ni los contempla ni los regula y que, con dicha adquisición no se adquiere el derecho de disfrute de una semana concreta sita en un apartamento y complejo determinado.

Al respecto, existen sentencias contradictorias dentro de la Audiencia Provincial de Tenerife, así como de otras Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo acerca de la aplicación a los Club Vacacionales, y a productos similares, la Ley 42/1998, teniendo la misma una vocación omnicomprensiva de todo el fenómeno del aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, a pesar de que éste pueda manifestarse de distintas formas y bajo diversas denominaciones en el tráfico económico, tratándose de un fenómeno verdaderamente proteico.

Como decimos, al respecto existen sentencias contradictorias dentro de la propia Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, acerca de la aplicación de la Ley 42/1998 a los Clubes Vacacionales, a los productos en los que no se establece la determinación exacta del apartamento, de la semana concreta y el complejo concreto en el que el actor puede disfrutar de sus vacaciones.

Motivo segundo.- Consideración de consumidores y usuarios de los actores y aplicabilidad de la Ley 42/1998 a los adquirentes de derechos de aprovechamiento por turnos.

Respecto al resto de semanas que se adquieren en los contratos, la sentencia que se trae a casación considera que no le es aplicable la ley tuitiva pues, al existir ánimo de reventa y alquiler de las semanas, a pesar de que se ha disfrutado de las mismas, pierde la consideración de consumidores y usuarios y, en su mérito, no le es aplicable la Ley 42/1998 en cuanto a su criterio, ésta protege únicamente al adquirente que tenga como única finalidad la consumición propia del producto y, por ende, tampoco le es de aplicación la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios pese a que no se oponga el disfrute y no exista prueba alguna de que sean profesionales del sector o pretendan convertirse en éste o, se haya discutido incluso en sede judicial dichas circunstancias.

La sentencia que se trae a casación entiende que a los contratos no les sería de aplicación la Ley 42/1998 por el hecho de que los actores adquieren las semanas, no para el disfrute vacacional, sino la reventa (inversión).

Hacer notar que las semanas adquiridas por los contratos de los que se solicita la nulidad, con duración indefinida, son incluidas en reventa mediante contratos con una duración de 12 meses, en algunos casos nos renovados. Por otro lado, tampoco se incluye en reventa al Club Paradiso, estableciéndose expresamente que no hay departamento para ello.

No obstante, esta parte entiende que si el requisito para que no puedan considerarse consumidores y, por ende, usuarios finales, es el hecho de que en muchas ocasiones se establezca que además del disfrute o, como causa principal de la adquisición prime el hecho de que lo hayan adquirido para obtener un beneficio, se estaría asimismo infringiendo la LGDCU.

La exposición de motivos del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ha pretendido clarificar el nuevo tenor literal de su Art. 3, con las siguientes frases, que parecen querer cohonestar ambas definiciones:

«El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción comercialización o prestación a terceros».

Se ha introducido una aclaración de lo que se considera por «destinatario final» al señalar la misma exposición de motivos que la intervención en las relaciones de consumo ha de ser «con fines privados».

Motivo tercero.- Consecuencias jurídicas de realizar los contratos al margen de la Ley 42/1998 de derechos sobre aprovechamiento por turnos.

Se solicita casación dado que la sentencia que da origen a ésta prevé que, no prospere la nulidad pretendida por esta parte ya que, el incumplimiento de la Ley Imperativa 42/1998 tendría trascendencia si nos encontramos



en el ejercicio de la acción de desistimiento contractual prevista en la referida norma, pero no en un caso de nulidad del contrato ejercitada después de suscribir sucesivos contratos con la demandada, habiendo transcurrido 12 años desde el primero.

Sin embargo creemos que dicho razonamiento infringe el art. 1.7 de la Ley Imperativa, Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios, así como los artículos 1261, 1265 y 6.3 del Código Civil.

De hecho, éste es el criterio adoptado por las recentísimas sentencias del Tribunal Supremo reseñadas, donde tanto por la indeterminación de la duración del contrato como por el incumplimiento del Art. 9 de la Ley se consideraron los contratos análogos al que nos ocupa nulos. Sentencia del Tribunal Supremo 460/2015, de 8 de septiembre, recurso 1432/2013, Sentencia del Tribunal Supremo 431/15, de 16 de julio, recurso 2089/13, SSTs 774/2014 y 775/2014, de fecha ambas 15/01/2015 que entendían de los recursos 640/2011 y 3190/2012 y Sentencia del Tribunal Supremo 96/2016, de 19 de febrero, recurso 461/2014.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de septiembre de 2017, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de Silverpoint Vacations S.L., presentó escrito de oposición al mismo y posteriormente en el mismo escrito formuló alegaciones respecto a un posible planteamiento de cuestión prejudicial, de la que se dio término a los recurrentes y respecto a la cual el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico en nombre y representación de los recurrentes D. Sebastián y Dña. Amanda realizó las alegaciones que estimó oportunas respecto a la improcedencia de la cuestión prejudicial planteada.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 24 de enero de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

Los demandantes, en virtud de los contratos suscritos el 27 de marzo de 2001, 26 de febrero de 2006 y 18 de marzo de 2007 adquirían un «certificado de licencia de vacaciones», «certificados de fiducia» por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por periodos vacacionales en unos complejos, previo pago del precio.

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

Los demandantes D.^a Amanda y D. Sebastián presentaron demanda el 12 de marzo de 2013, solicitando que se declarara:

1. La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes, así como sus anexos con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato más los gastos de mantenimiento y servicio que ascienden a la cantidad de 82.803,62 euros en total.
2. La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y que se condene a devolver las cantidades por duplicado, por importe de 78.469,47 euros, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio.
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, por importe de 82.803,62 euros.

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

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

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

La sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 15 de febrero de 2016, desestima el recurso formulado por los demandantes, desestima la impugnación presentada por la mercantil demandada,



confirma la sentencia de primera instancia excepto en la imposición de costas que se deja sin efecto. No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada.

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

- Desde el primer contrato hasta el último, los actores adquieren quince semanas con el fin de realizar una inversión y obtener un rendimiento con ellas.
- No tienen la condición de consumidores y al efecto no les resultaba de aplicación la Ley 42/1998.
- En cuanto a la infracción del deber de información debió ejercitarse dentro de los plazos marcados por la ley.
- Los contratos se encuentran sometidos a las normas del Código Civil, referidas a las obligaciones y contratos.
- No concurre causa alguna que de lugar a la nulidad. El descontento por la ausencia de las ganancias derivadas de las reventas es lo que se evidencia como la verdadera causa de pedir.

Se interpone recurso de casación por los demandantes D.^a Amanda y D. Sebastián . El recurso tiene tres motivos:

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

Los recurrentes alegan que es de aplicación a estos contratos la Ley 42/1998, y que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en cuanto a la aplicación de esta ley. Mantienen que el criterio seguido por la sentencia recurrida ha sido contradictorio dentro de la misma Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, lo que ha llevado en supuestos análogos a conferir la condición de consumidores y usuarios y se ha aplicado la referida ley, cita numerosas sentencias en este sentido.

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

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

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

Los recurrentes alegan que estos contratos fueron realizados dentro del ámbito familiar y doméstico o privado, y en la nueva noción comunitaria incluida en el art. 3 TRLGDCU, el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión.

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

Los recurrentes denuncian que la doctrina seguida por la sentencia recurrida, iría en contra de la doctrina fijada por esta sala, cuando atribuye la cualidad de consumidor a los pequeños inversores que en el ámbito de una actividad privada tratan de obtener un rendimiento económico con ocasión de la adquisición de un producto. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 , 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010 .

Se 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 más bien la de alquilar o reventa posterior. Frente a esta posición la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de septiembre de 2014 , les consideraba consumidores a pesar de haber suscrito contratos de reventa.

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

El tercero se fundamenta en la infracción de los arts. 2 , 3 , 8 , 9 , 10 , 11 , y 12 Ley 42/1998 . Los recurrentes alegan que la aplicación de la Ley 42/1998, determina la nulidad de estos contratos, por la infracción de los preceptos citados.



Los recurrentes, en concreto, denuncian que el contrato no recoge plazo de duración alguno, la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala, recogida en: sentencia 96/2016 , rec. 461/2014, de 19 de febrero , sentencia 431/2015, de 16 de julio, rec. 2089/2013 , sentencia 774/2014, de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013 , sentencia 460/2015, de 8 de septiembre, rec. 1432/2013 , sentencia 775/2014, de 15 de enero, rec. 3190/2012 , que declara se debe declarar la nulidad por tratarse de contratos de duración indefinida.

Los recurrentes, al folio 10 de las actuaciones de primera instancia, (página 19 del escrito de demanda) denuncian la infracción del art. 3.1 de la Ley 42/1998 , pues, solo en uno de los contratos suscritos se hace referencia a que los derechos de ocupación del Royal Park Albatros Club son de carácter personal y la fecha de extinción del sistema es el día 5 de enero de 2074 -folio 36 de las actuaciones de primera instancia-, duración que excede del límite máximo previsto en el referido artículo que es de 50 años, y en los otros contratos no se expresa nada respecto a su duración del régimen en estos contratos.

SEGUNDO .- *Contratos.*

Las partes formalizaron los siguientes contratos:

1. Contrato de 26 de febrero de 2006, 8 semanas en diferentes complejos, con primera ocupación, en 2007; importe total 19.707 libras esterlinas, de las que 3000 se corresponden con un anticipo.
2. Contrato de 18 de marzo de 2007, dos semanas, en complejos diferentes, siendo la primera ocupación en 2008; importe total de 25.000 libras esterlinas de las que 1000 libras se corresponden con un anticipo.

TERCERO .- *Causas de inadmisibilidad.*

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

CUARTO .- *Motivos uno a tres.*

1.- Motivo primero.- Existe un criterio contradictorio entre la sentencia de la que pretendemos casación y las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 08 de septiembre , 16 de julio , 28 de abril y 15 de Enero , todas de 2.015 , y 19 de febrero de 2016, así como las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Tenerife y, a mayor abundamiento, con otras Audiencias Provinciales que a continuación relacionamos al respecto de la aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (Vigente hasta el 18 de marzo de 2012) a los denominados clubes vacacionales.

Aplicabilidad de la Ley 42/1998.

Concretamente la disposición adicional segunda de la Ley: (Imperatividad de la Ley).

«Segunda. Imperatividad de la Ley

»Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración.

»Los contratos que, habiendo sido celebrados en España, se refieran a inmuebles situados fuera de ella quedarán sujetos a los artículos 1.3, 2 y 8 a 12 de la presente Ley. En tales casos el adquirente podrá exigir, además, que el contrato se le entregue redactado en alguna de las lenguas oficiales del Estado en que radique cuando éste sea miembro de la Unión Europea. Párrafo final de la Disposición Adicional 2.4 introducido por el número 10 del artículo 73 de la Ley 14/2000, 29 diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social («B.O.E.» 30 diciembre). Vigencia: 1 enero 2001».

Y Art. 1. Ámbito objetivo de la Ley : « Artículo 1 Ámbito objetivo: Es objeto de esta Ley 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 periodo específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo».



Artículo 6.4º del Código Civil por el que: «4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

La sentencia que se trae a casación considera que, al Club Paradiso, adquirido por el contrato de 18 de marzo de 2007, no le es de aplicación la Ley 42/98, por entender que la citada Ley ni los contempla ni los regula y que, con dicha adquisición no se adquiere el derecho de disfrute de una semana concreta sita en un apartamento y complejo determinado.

Al respecto, existen sentencias contradictorias dentro de la Audiencia Provincial de Tenerife, así como de otras Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo acerca de la aplicación a los Club Vacacionales, y a productos similares, la Ley 42/1998, teniendo la misma una vocación omnicompreensiva de todo el fenómeno del aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, a pesar de que éste pueda manifestarse de distintas formas y bajo diversas denominaciones en el tráfico económico, tratándose de un fenómeno verdaderamente proteico.

Como decimos, al respecto existen sentencias contradictorias dentro de la propia Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, acerca de la aplicación de la Ley 42/1998 a los Clubes Vacacionales, a los productos en los que no se establece la determinación exacta del apartamento, de la semana concreta y el complejo concreto en el que el actor puede disfrutar de sus vacaciones.

2.- Motivo segundo.- Consideración de consumidores y usuarios de los actores y aplicabilidad de la Ley 42/1998 a los adquirentes de derechos de aprovechamiento por turnos.

Respecto al resto de semanas que se adquieren en los contratos, la sentencia que se trae a casación considera que no le es aplicable la ley tuitiva pues, al existir ánimo de reventa y alquiler de las semanas, a pesar de que se ha disfrutado de las mismas, pierde la consideración de consumidores y usuarios y, en su mérito, no le es aplicable la Ley 42/1998 en cuanto a su criterio, ésta protege únicamente al adquirente que tenga como única finalidad la consumición propia del producto y, por ende, tampoco le es de aplicación la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios pese a que no se oponga el disfrute y no exista prueba alguna de que sean profesionales del sector o pretendan convertirse en éste o, se haya discutido incluso en sede judicial dichas circunstancias.

La sentencia que se trae a casación entiende que a los contratos no les sería de aplicación la Ley 42/1998 por el hecho de que los actores adquieren las semanas, no para el disfrute vacacional, sino la reventa (inversión).

Hacer notar que las semanas adquiridas por los contratos de los que se solicita la nulidad, con duración indefinida, son incluidas en reventa mediante contratos con una duración de 12 meses, en algunos casos nos renovados. Por otro lado, tampoco se incluye en reventa al Club Paradiso, estableciéndose expresamente que no hay departamento para ello.

No obstante, esta parte entiende que si el requisito para que no puedan considerarse consumidores y, por ende, usuarios finales, es el hecho de que en muchas ocasiones se establezca que además del disfrute o, como causa principal de la adquisición prime el hecho de que lo hayan adquirido para obtener un beneficio, se estaría asimismo infringiendo la LGDCU.

La exposición de motivos del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ha pretendido clarificar el nuevo tenor literal de su Art. 3, con las siguientes frases, que parecen querer cohonestar ambas definiciones:

«El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción comercialización o prestación a terceros».

Se ha introducido una aclaración de lo que se considera por «destinatario final» al señalar la misma exposición de motivos que la intervención en las relaciones de consumo ha de ser «con fines privados».

3.- Motivo tercero.- Consecuencias jurídicas de realizar los contratos al margen de la Ley 42/1998 de derechos sobre aprovechamiento por turnos.

Se solicita casación dado que la sentencia que da origen a ésta prevé que, no prospere la nulidad pretendida por esta parte ya que, el incumplimiento de la Ley Imperativa 42/1998 tendría trascendencia si nos encontramos en el ejercicio de la acción de desistimiento contractual prevista en la referida norma, pero no en un caso de nulidad del contrato ejercitada después de suscribir sucesivos contratos con la demandada, habiendo transcurrido 12 años desde el primero.



Sin embargo creemos que dicho razonamiento infringe el art. 1.7 de la Ley Imperativa , Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios, así como los artículos 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil .

De hecho, éste es el criterio adoptado por las recentísimas sentencias del Tribunal Supremo reseñadas, donde tanto por la indeterminación de la duración del contrato como por el incumplimiento del Art. 9 de la Ley se consideraron los contratos análogos al que nos ocupa nulos. Sentencia del Tribunal Supremo 460/2015, de 8 de septiembre, recurso 1432/2013 , Sentencia del Tribunal Supremo 431/15, de 16 de julio, recurso 2089/13 , SSTs 774/2014 y 775/2014, de fecha ambas 15/01/2015 que entendían de los recursos 640/2011 y 3190/2012 y Sentencia del Tribunal Supremo 96/2016 , de 19 de febrero, recurso 461/2014 .

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

Se estiman los motivos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La nueva Directiva 2008/122/CE, deroga la anterior, y tiene como fundamento la aparición de nuevos productos vacacionales; asimismo, completa lagunas, amplía la armonización de los ordenamientos internos de los



Estados, refuerza la información al consumidor, regula con mayor precisión los plazos de ejercicio del derecho de desistimiento, insiste y amplía la prohibición de pago de anticipos durante el plazo de ejercicio de tal derecho, y determina la ineficacia de determinados préstamos de financiación para el caso de desistimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

SÉPTIMO .- *Contratos analizados.*

Examinados los contratos, se puede apreciar que en nada respetan los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la Ley establece en su art. 9 . Se exigen anticipos que 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 de los contratos mencionados en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley».

Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en 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.

OCTAVO .- *Régimen jurídico de los contratos.*

En estos contratos se refiere:

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

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

Esta sala debe declarar que si bien es cierto que la Ley 42/1998 no regulaba expresamente los contratos de producto vacacional, ello no significa que quedasen al margen de la regulación del fenómeno, pues como dijimos regulaba los aprovechamientos por turno o «similares».

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

«El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos».

Precisamente por ese intento de fraude que intentaba eludir la aplicación de la mencionada directiva de 1994 y de la Ley 42/1998, se regulan en los arts. 12 y siguientes de la Ley 4/2012 los contratos de producto vacacional de larga duración, sometiéndolos a estrictos requisitos y a diversos formularios.

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

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

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

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

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

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

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

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

A la vista de lo declarado debemos mantener que en los contratos analizados, se pretende el uso periódico de unas semanas de vacaciones, en los turnos previamente adquiridos, en alojamientos susceptibles de uso independiente, con mobiliario y prestación de servicios accesorios, con pago de una notable cantidad por la compra del derecho y con gastos de mantenimiento anuales, con posibilidad de desistimiento, reventa, intercambio, en suma, estos contratos quedan integrados en el ámbito objetivo de regulación del art. 1 de la Ley 42/1998 .

Examinados los contratos se puede apreciar que en nada respetan los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la Ley establece en su art. 9 . Se exigen anticipos, 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 de los contratos mencionados en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley».

Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en 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 .- *Condición de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.*

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

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

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

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

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

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

»Este concepto procede de las definiciones contenidas en las directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD



Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es "toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional", con ligeras variantes de redacción entre ellas.

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

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

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

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

«1.- En relación con la controversia litigiosa, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión.

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

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

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

Desde este punto de vista, no consta que los demandantes realizaran habitualmente este tipo de operaciones por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye



su condición de consumidores. El hecho de que se contrataran 10 semanas, solo supone la decisión de invertir en dicho producto, pero no que se dedicasen profesionalmente a su compra y venta.

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

DUODÉCIMO .- *Cantidades a devolver.*

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

En consecuencia, de la cantidad satisfecha, (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 a los contratos de que se trata sin necesidad de entrar en la consideración de las pretensiones formuladas con carácter subsidiario.

Dado que se trata de diferentes contratos, se calcularán los años de uso, partiendo de la fecha de primera ocupación que figura en cada contrato, hasta la fecha de la interposición de la demanda, todo ello en ejecución de sentencia.

Igualmente deberá abonar la demandada 8.000 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 los demandantes tuvieron a su disposición los referidos inmuebles para usarlos, como de hecho hicieron directa o indirectamente.

Por lo expuesto se estima la casación y asumiendo la instancia se estima parcialmente la demanda, dado que esta sala no puede entrar en el análisis del contrato de 27 de marzo de 2001, con respecto al cual se estimó en la sentencia del juzgado la falta de legitimación activa, al no haberse contratado con la demandada, cuestión que no fue objeto de apelación, ni de decisión, por tanto, en la sentencia de la Audiencia Provincial.

DECIMOTERCERO .- No ha lugar a plantear cuestión prejudicial, dada la claridad del desarrollo jurisprudencial del concepto de consumidor por el TJUE, en cuanto que en el presente caso los demandantes actúan al margen de una actividad profesional (STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

DECIMOCUARTO .- Estimada parcialmente la demanda no se imponen a la demandada las costas de primera y segunda instancia (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. Sebastián y Dña. Amanda, contra sentencia de 15 de febrero de 2016, del recurso de apelación n.º 480/2015, de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

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

a) La nulidad radical de los contratos de 26 de febrero de 2006 y 18 de marzo de 2007.

b) De la cantidad satisfecha, (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. Se calcularán los años de uso, partiendo de la fecha de primera



ocupación que figura en cada contrato, hasta la fecha de la interposición de la demanda, todo ello en ejecución de sentencia.

c) Igualmente deberá abonar la demandada 8.000 libras esterlinas en concepto de anticipo duplicado.

3.º- No procede expresa imposición de las costas de primera y segunda instancia.

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