



Roj: **STS 3326/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3326**

Id Cendoj: **28079110012017100485**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2017**

Nº de Recurso: **3405/2015**

Nº de Resolución: **514/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1727/2015,**
STS 3326/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 22 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de julio de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 295/2015, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1015/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arona; recurso interpuesto ante la citada audiencia por D. Dionisio y Dña. Inés, representados en primera y segunda instancia por el procurador D. Buenaventura Alfonso González, bajo la dirección de los letrados D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Óscar Salvador Santana González, compareciendo ante este tribunal en sus nombres y representaciones el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Silverpoint Vacations S.L., representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal, bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Dionisio y Dña. Inés, representados por el procurador D. Buenaventura Alfonso González y asistidos de los letrados D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Óscar S. Santana González, interpusieron demanda de juicio ordinario contra 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:

»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:

»A) Por precio de los referidos contratos, el importe de GBP 50.255 (cincuenta mil doscientas cincuenta y cinco libras esterlinas), que se corresponden a 60.306.-€ (sesenta mil trescientos seis euros).

»B) En concepto de cuotas de mantenimiento la cantidad de 9.528,90.-€ (nueve mil quinientos veintiocho euros con noventa céntimos de euro).

»C) En concepto de cuotas por la inclusión en lista de reventas la cantidad de 582.-€ (quinientos ochenta y dos euros).



»Cantidad que suma un total de 70.416,90.-€ (setenta mil cuatrocientos dieciséis euros con noventa), salvo error u omisión, que es la que se reclama, 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 GBP 50.255 (cincuenta mil doscientas cincuenta y cinco libras esterlinas), equivalentes salvo error u omisión a la suma de 60.306.-€ (sesenta mil trescientos y seis 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, GBP 100.510 (cien mil quinientas diez libras esterlinas) de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 50.255 (cincuenta mil doscientas cincuenta y cinco libras esterlinas), equivalentes salvo error u omisión a la suma de 60.306.-€ (sesenta mil trescientos y seis 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 prosperase el *petitum* anterior, 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 del complejo donde se ubicaba el apartamento objeto del contrato de aprovechamiento por turnos del que solicitamos su nulidad y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos:

»A) Por precio de los referidos contratos, el importe de GBP 50.255 (cincuenta mil doscientas cincuenta y cinco libras esterlinas), que se corresponden a 60.306.-€ (sesenta mil trescientos seis euros).

»B) En concepto de cuotas de mantenimiento la cantidad de 9.528,90.-€ (nueve mil quinientos veintiocho euros con noventa céntimos de euro).

»C) En concepto de cuotas por la inclusión en lista de reventas la cantidad de 582.-€ (quinientos ochenta y dos euros).

»Cantidad que suma un total de 70.416,90.-€ (setenta mil cuatrocientos dieciséis euros con noventa), salvo error u omisión, que es la que se reclama, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte».

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

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

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

«Fallo. Desestimo íntegramente la demanda presentada por D. Buenaventura Alfonso González, procurador de los tribunales, en nombre y representación de Dña. Inés y D. Dionisio, frente a Silverpoint Vacations S.L. absolviendo a esta última 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 parte demandada, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 20 de julio de 2015, 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.

»2. Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dionisio y Inés, confirmándose la sentencia dictada en primera instancia salvo en lo que se refiere al pronunciamiento sobre costas, que se revoca, sin que proceda hacer especial pronunciamiento de condena al pago de las costas de primera instancia, así como tampoco al pago de las costas del recurso».

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

Primer motivo.- Inaplicabilidad de la Ley 42/1998 sobre derechos de aprovechamiento por turnos.

A.- Disposición adicional segunda de la Ley.



B.- Artículo 1 (ámbito objetivo) de la Ley.

C.- Art. 6.4.º del Código Civil .

Se alega que existe un criterio contradictorio entre la sentencia de la que pretendemos casación y las recientes sentencias del **Tribunal Supremo** de 16 de julio , 28 de abril y 15 de enero, todas de 2015, 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).

Segundo motivo.- Consideración de consumidores y usuarios.

A.- Art. 1 de la Ley 26/1984 General en Defensa de Consumidores y Usuarios .

B.- Art. 3 y 4 del RD Legislativo 1/2007 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

C.- Art. 217 de la LEC .

Se alega 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 el art. 1 de la Ley 26/1984 General en Defensa de Consumidores y Usuarios .

Tercer motivo.- Consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de la Ley a los contratos objeto de litis.

A.- Art. 1.7 de la Ley 42/1998 sobre derecho de aprovechamiento por turnos.

B.- Art. 10 de la Ley 26/1984 General en Defensa de Consumidores y Usuarios .

C.- Arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 , 79 del T. Refundido del RD Legislativo 1/2007 .

D.- Arts. 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil .

Se solicita casación dado que la sentencia que da origen a esta casación prevé que no prospere la nulidad pretendida por la recurrente ya que la misma se fundamenta en la ausencia de menciones establecidas en la Ley 42/1998 o en la realización de actos como haber exigido anticipos otorga al adquirente la facultad de resolver los contratos en el plazo de tres meses según dispone el art. 10.2 .

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 10 de mayo 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 la mercantil Silverpoint Vacations S.L., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 6 de septiembre de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

Los demandantes, en virtud de los contratos suscritos el 5 de julio de 2005, el 2 de julio de 2006, el 1 de julio de 2008 y el 8 de julio de 2009, adquirirían un «certificado de Fiducia» por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por períodos vacacionales en unos complejos, previo pago del precio.

Junto con los contratos se firmó una declaración de conformidad complementaria a los mismos. Y se firmaron también unos contratos de reventa independientes de los contratos de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

Los demandantes D.ª Inés y D. Dionisio formularon demanda el 16 de diciembre 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 las cuotas de mantenimiento y las cuotas por la inclusión en la lista de reventas, que ascienden a la cantidad de 70.416,90 euros.



2. La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y que se condene a devolver las cantidades por duplicado, por importe de 60.306 euros, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado.

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 70.416,9 euros.

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

La sentencia de primera instancia, concluyó que:

1. Los demandantes no han acreditado su condición de consumidores.

2. Consta que los demandantes suscribieron contratos de reventa de los derechos adquiridos, y percibieron sumas por la venta o alquiler de los mismos lo que evidencia la finalidad de lucro de la contratación efectuada.

3. El fin primordial de los contratos estaba alejado de la esfera familiar o doméstica, constituyendo una inversión que impide otorgar al actor la condición de consumidor, -D. Dionisio admitió que se dedicaba de forma profesional al sector inmobiliario- y en consecuencia impide la aplicación de la Ley 42/1998.

4. La alusión a vicios del consentimiento en la formalización del contrato fue introducida *ex novo* en el trámite de conclusiones con patente infracción de la prohibición de la *mutatio libelli*.

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

Se interpuso recurso de apelación por los demandantes, y se impugna por la demandada 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 20 de julio de 2015, desestimó la impugnación de la sentencia formulada por la mercantil demandada y estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes confirmando la sentencia de primera instancia salvo en lo que se refiere al pronunciamiento sobre costas, que se revocó, y sin que procediera hacer especial pronunciamiento de condena al pago de las costas de primera instancia, así como tampoco al pago de las costas del recurso.

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

1. Los actores no tienen la condición de consumidores pues adquirirían las semanas para introducirlas en un proceso de comercialización, lo que excluye la condición de consumidor.

2. La consecuencia es la no sujeción de los contratos celebrados ni a la ley especial ni a la de protección de consumidores y usuarios.

3. Aún en el caso de que fuera aplicable la Ley 42/1998, habría que desestimar el recurso, pues los incumplimientos de las formalidades, la Ley otorga al adquirente la facultad de resolver el contrato en el plazo de tres meses, como dispone el art. 10.2 LATBI, facultad de la que no hicieron uso los actores.

4. De la prueba practicada no se advierte la ausencia de ninguno de los elementos esenciales del contrato, ni se advierte ningún error en la prestación del consentimiento.

Se interpuso recurso de casación por los demandantes D.ª Inés y D. Dionisio . El recurso tiene tres motivos:

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

Los recurrentes mantienen que es de aplicación a estos contratos la Ley 42/1998, pues es un hecho incontrovertido que se vende derechos de aprovechamiento por turnos en un complejo determinado, en un apartamento determinado para una semana determinada del año, con un número determinado de ocupantes.

Como fundamento del interés casacional cita la jurisprudencia sobre la aplicabilidad de esta Ley a estos productos, sentencias n.º 774/2014, de 15 de enero rec. 961/2013 , sentencia n.º 775/2015 de 15 de enero de 2014, rec. n.º 3190/2012 , que fijan como doctrina, que cualquier fórmula distinta a la contemplada por la Ley 42/1998, para regular una división temporal del derecho al uso de un bien inmueble, fuera de la alternativa que contempla esta Ley, deberá ser considerada cometida en fraude de ley y además el negocio jurídico fraudulento era merecedor de la sanción de nulidad, del art. 1.7 de la mencionada Ley.

Mantienen también 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.



En definitiva, denuncia que la sentencia recurrida infringe el art. 1 de la Ley 42/1998 , y la disposición adicional segunda, preceptos que no condicionan la aplicabilidad de ésta Ley a que los adquirentes sean usuarios finales y/o consumidores y usuarios.

El segundo se fundamenta, en la infracción del art. 1 de la Ley 26/1984 de 19 de julio y en la infracción 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 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, la sentencia de la sección 4.^a, de 20 de julio de 2015 , y las sentencias de la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2015 , y sentencias de 11 de septiembre de 2014 , 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 del art. 10 Ley 42/1998 , infracción del art. 1.7 Ley 42/1998 , infracción del art. 10 Ley 26/1984 LGDCU, infracción de los arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 , 79, del Texto Refundido del RD Legislativo 1/2007 , así como los arts. 1261 , 1265 y 6.3 CC . Se plantea en el presente motivo las consecuencias jurídicas de realizar el contrato al margen de la Ley 42/1998.

Los recurrentes mantienen que los incumplimientos en los que se funda su pretensión, la consecuencia jurídica no puede ser la resolución contractual con fundamento en el art. 10 de la Ley 42/1998 , como interpreta la sentencia recurrida.

Para los recurrentes, los incumplimientos de la demandada, en relación a los contratos de aprovechamiento por turnos, en cuanto a la falta de información básica, contenido de los contratos, prohibición de anticipos, la falta de fijación del límite temporal de los contratos, 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 .

Los recurrentes mantienen que la propia demandada en la contestación a la demanda reconoce que los contratos que nos ocupan, en los que se indica que la duración de la transmisión es ilimitada, son perfectamente válidos y eficaces, pues en aplicación de la Ley 42/1998 a los regímenes preexistentes, se ha señalado en los estatutos de los respectivos clubes que su duración es indefinida.

Los recurrentes alegan la doctrina de la sala, recogida en las sentencias 774/2014 y 775/2014 de 15 de enero de 2015 , 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 .

Denuncian 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, alegan que se vulnera también el art. 10 de LATBI en relación con el art. 1261 CC por cuanto no contaban con la información suficiente para que pudiera considerarse que otorgaban un consentimiento válido. Citan 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.

Los recurrentes mantienen que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala que se recoge en las sentencias de enero de 2015 citadas y además existe jurisprudencia contradictoria de diversas Audiencias Provinciales, cita numerosas sentencias de diferentes Audiencias Provinciales.



Se cita la sentencia n.º 431/2015 de 16 de julio de 2015, que establece que la aplicación de la Ley 42/1998 es imperativa a todos los productos que tenga por objeto el disfrute de un período de tiempo cada año, decretando la nulidad por la duración indefinida de los contratos.

SEGUNDO .- *Hechos no controvertidos* .

El 5 de julio de 2005, Dña. Inés y D. Dionisio suscribieron con Palm Beach Holiday Club LTD contrato por el que adquirirían una membresía consistente en cinco semanas en el Palm Beach Club. El precio establecido por tal adquisición ascendió a 13.500 libras esterlinas abonándose por los compradores 500 en el momento de la suscripción y el resto mediante giro bancario amén de 1501 puntos detentados en el Club la Costa. De igual modo Dña. Inés y D. Dionisio suscribieron en fecha indeterminada contrato con Resort Properties Limited para la inclusión de los derechos adquiridos en un mercado o lista de reventas (docs. 2, 4 y 8 de la demanda).

El 2 de julio de 2006, Dña. Inés y D. Dionisio suscribieron con Resort Properties Limited contrato por el que adquirirían una membresía consistente en una afiliación en el Club Paradiso y una semana en el Hollywood Mirage Club. El precio establecido por tal adquisición ascendió a 20.861 libras esterlinas abonándose por los compradores 1000 en concepto de tasa de gestión y el resto mediante giro bancario. De igual modo Dña. Inés y D. Dionisio suscribieron en fecha indeterminada contrato con Resort Properties para la inclusión de las semanas y afiliaciones adquiridas en un mercado o lista de reventas (docs. 9 a 15 de la demanda).

El 1 de julio de 2008, Dña. Inés y D. Dionisio suscribieron con Resort Properties Limited contrato por el que adquirirían una membresía consistente en una afiliación en el Club Paradiso y una semana en el Hollywood Mirage Club. El precio establecido por tal adquisición ascendió a 10.670 libras esterlinas abonándose por los compradores 1000 en concepto de tasa de gestión y el resto mediante giro bancario amén de la semana de afiliación Isla 0197 (docs. 16 a 20 de la demanda).

El 8 de julio de 2009, Dña. Inés y D. Dionisio suscribieron con Resort Properties Limited contrato por el que adquirirían una membresía consistente en cuatro semanas en el Beverly Hills Club y dos semanas en el Hollywood Mirage Club. El precio establecido por tal adquisición ascendió a 5.224 libras esterlinas abonándose por los compradores 1000 en concepto de tasa de gestión y el resto mediante giro bancario. El precio de compra incluyó igualmente la afiliación propiedad de los actores denominada Isla Platinum 0126. De igual modo Dña. Inés y D. Dionisio suscribieron en fecha indeterminada contrato con Resort Properties para la inclusión de las semanas adquiridas en un mercado o lista de reventas (docs. 21 a 27 de la demanda).

El 5 de septiembre de 2006, Dña. Inés y D. Dionisio percibieron 1700 libras por la venta de la semana PBHC-1755, 1200 por la venta de la semana PBHC-2439 y 1700 por la semana PBHC-4662 (doc. 48 de la demanda).

El 5 de septiembre de 2006, Dña. Inés y D. Dionisio percibieron 1200 libras por la venta de la semana PBHC-5331 y 1200 por la venta de la semana PBHC-7577 (doc. 50 de la demanda).

El 13 de abril de 2007, Dña. Inés y D. Dionisio percibieron 2983,16 libras por la venta de la semana 6315-26 (doc. 48 de la demanda).

El 12 de agosto de 2009, Dña. Inés y D. Dionisio percibieron 1879,09 libras en concepto de alquiler de la afiliación ISLP-0126 (doc. 51 de la demanda).

El 6 de abril de 2010, Dña. Inés y D. Dionisio percibieron 1879,09 libras por la venta de la semana A122-11 (doc. 52 de la demanda).

El 16 de febrero de 2010, Dña. Inés y D. Dionisio percibieron 1440 libras por la venta de la semana A122-14 (doc. 53 de la demanda).

El 1 de marzo de 2010, Dña. Inés y D. Dionisio percibieron 600 libras por la venta de la semana A129-13 (doc. 54 de la demanda).

TERCERO .- *Causas de inadmisibilidad*.

Deben rechazarse las causas de inadmisibilidad planteadas, dado que en el recurso, admitido a trámite en base al art. 477.2, 3.º LEC, se concretan las infracciones normativas que se invocan, se relatan con exquisito detalle las sentencias que provocan la contradicción, tanto en un sentido como en otro, ya sean de las Audiencias Provinciales o de este Tribunal Supremo.

CUARTO .- *Motivo segundo*.

Consideración de consumidores y usuarios.

A.- Art. 1 de la Ley 26/1984 General en Defensa de Consumidores y Usuarios .



B.- Art. 3 y 4 del RD Legislativo 1/2007 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

C.- Art. 217 de la LEC .

Se alega 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 el art. 1 de la Ley 26/1984 General en Defensa de Consumidores y Usuarios .

El segundo se fundamenta, en la infracción del art. 1 de la Ley 26/1984 de 19 de julio y en la infracción 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.

QUINTO .- *Decisión de la sala.*

Se desestima el motivo.

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"».

A lo expresado cabe añadir que el tenor de la Directiva 94/47 CE establecía en su art. 2 que se entenderá por adquirente.

- «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.

En el presente procedimiento se ha constatado en ambas instancias que los demandantes actuaban dentro de su actividad profesional, pues el propio demandante reconoció «que se dedicaba de forma profesional al sector inmobiliario» (folio 10 de la sentencia del juzgado).

Junto con ello cabe añadir que de la totalidad de las semanas adquiridas, al día de la sentencia de segunda instancia habían vendido seis.

De estos extremos cabe concluir que no puede entenderse que los demandantes tengan la condición de consumidores pues adquirieron las semanas de tiempo compartido para integrarlas en su actividad inmobiliaria de compra y venta, por lo que procede confirmar la sentencia recurrida en cuanto les niega la condición de consumidores.

SEXTO .- *Motivo primero.*

Inaplicabilidad de la Ley 42/1998 sobre derechos de aprovechamiento por turnos.

A.- Disposición adicional segunda de la Ley.

B.- Artículo 1 (ámbito objetivo) de la Ley.

C.- Art. 6.4.º del Código Civil .

Se alega que existe un criterio contradictorio entre la sentencia de la que pretendemos casación y las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio , 28 de abril y 15 de enero, todas de 2015, 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).

Se desestima el motivo.

La exposición de motivos de la Ley 42/1998 establecía:

«Por otro lado, para la Unión Europea ha sido, hace ya tiempo, motivo de preocupación la gran cantidad de abusos que se han dado en este sector: desde la «propuesta de Resolución sobre la necesidad de colmar la laguna jurídica existente en materia de multipropiedad», que fue presentada al Parlamento Europeo el 17 de octubre de 1986, hasta la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, «relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido». Hitos importantes en ese camino fueron las Resoluciones del Parlamento Europeo de 13 de octubre de 1988 y de 11 de junio de 1991. También cabe citar la Resolución de 14 de septiembre de 1989, que se enmarca en el campo de las adquisiciones inmobiliarias transfronterizas.

»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».

Esta Ley traspuso la mencionada directiva 94/47, la que se dictó en el ámbito de protección de los consumidores (art. 100 A TCE).

La Ley 42/1998 no definió claramente el concepto de adquirente pero no consta que lo extendiese más allá de lo pretendido por la Directiva en su art. 2 , antes transcrito. Incluso la propia EM de la Ley reconocía que estábamos en un sector en el que el consumidor se encontraba especialmente desprotegido.



Por lo expuesto, debemos rechazar el motivo de impugnación, dado que la Ley 42/1998 se dictó en protección de los consumidores, por lo que no siéndolo los recurrentes, debemos entender que la tutela establecida en la Ley 42/1998 no le es de aplicación al tratarse de profesionales del sector inmobiliario.

SÉPTIMO .- *Motivo tercero.*

Consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de la Ley a los contratos objeto de litis.

A.- Art. 1.7 de la Ley 42/1998 sobre derecho de aprovechamiento por turnos.

B.- Art. 10 de la Ley 26/1984 General en Defensa de Consumidores y Usuarios .

C.- Arts. 60 , 62 , 63 , 69 , 71 , 79 del T. Refundido del RD Legislativo 1/2007 .

D.- Arts. 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil .

Se solicita casación dado que la sentencia que da origen a esta casación prevé que no prospere la nulidad pretendida por la recurrente ya que la misma se fundamenta en la ausencia de menciones establecidas en la Ley 42/1998 o en la realización de actos como haber exigido anticipos otorga al adquirente la facultad de resolver los contratos en el plazo de tres meses según dispone el art. 10.2 .

Se desestima el motivo.

Como declaró la sentencia del juzgado, todo lo relativo a los vicios del consentimiento, no fue alegado en la demanda, por lo que su introducción fue considerado como una cuestión nueva, tesis que debe ser ratificada por esta sala.

OCTAVO .- *Costas.*

Se imponen a los recurrentes las costas de la casación con pérdida del depósito constituido par recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Dionisio y Dña. Inés , contra sentencia de 20 de julio de 2015, dictada en el recurso de apelación núm. 295/2015, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife . **2.º**- Confirmar la resolución recurrida en todos sus extremos. **3.º**- Se imponen a los recurrentes las costas de la casación con pérdida del depósito constituido para recurrir. Librese 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 coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.