



Roj: **STS 3351/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3351**

Id Cendoj: **28079110012017100488**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/09/2017**

Nº de Recurso: **3123/2015**

Nº de Resolución: **506/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1622/2015,**
STS 3351/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 19 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada el 17 de julio de 2015, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación 148/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 919/2012, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Arona. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Porfirio y doña Angelica, representados por el procurador don Ludovico Moreno Martin-Rico. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida la mercantil Silverpoint Vacations, S.L., representada por el procurador don Luciano Rosch Nadal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los tribunales don Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de don Porfirio y doña Angelica, presentó demanda de juicio ordinario contra la mercantil Silverpoint Vacations, S.L., suplicando al Juzgado:

«Que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que se acompañan, se sirva a admitirlo, se me tenga por comparecido y parte demandante en el proceso y, en la representación que ostento, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, por formulada la demanda de juicio declarativo ordinario frente a Resort Properties Limited y Silverpoint Vacations S. L. y tras los trámites oportunos y el recibimiento del pleito a prueba, dicte en su día sentencia por la que se declare:

»1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes el 8 de mayo de 2006 y el 13 de noviembre de 2006, 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 de dichos contratos, por importe de 43.890 libras esterlinas, 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 por mis mandantes a las demandadas por razón de los meritados contratos 2.000,00 Libras y la obligación de estas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 4.000,00 libras esterlinas.

»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 tal contrato, (45.890 LIBRAS ESTERLINAS) con expresa imposición de costas a las partes demandadas.»

2.- Por Decreto de 5 de junio de 2012, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a la parte contraria para contestar.

3.- El procurador de los tribunales don Pedro Antonio Ledo Crespo, en nombre y representación de la entidad mercantil Silverpoint Vacations, S.L., contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

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

4.- El Juzgado dictó sentencia el 31 de julio de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

« Estimar parcialmente la demanda y por consiguiente:

»1º) Desestimar las pretensiones de declaración de nulidad, subsidiaria resolución, declaración de improcedencia de cobro anticipado de cantidades y subsidiaria declaración de abusividad en relación con el contrato de 8 de mayo de 2013.

»2º) Desestimar las pretensiones de declaración de nulidad, subsidiaria resolución, declaración de improcedencia de cobro anticipado de cantidades y subsidiaria declaración de abusividad en relación con la parte del contrato de 13 de noviembre de 2006 en cuya virtud se adquirió el derecho de uso/aprovechamiento de la semana nº 14 del año en el apartamento NUM000 del DIRECCION000 .

»3º) Decretar la nulidad absoluta de la parte del contrato de 13 de noviembre de 2006 relativa a adquisición de la membresía del llamado "Club Paradiso", condenando a la demandada a restituir a los actores las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, más los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda, declarando, asimismo, la improcedencia del pago anticipado de 1.000 libras esterlinas recibido por la demandada por razón de dicha membresía, condenándola a la devolución de dicha cantidad por duplicado.

Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de la entidad mercantil Silverpoint Vacations, S.L., correspondiendo su resolución a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que dictó sentencia el 17 de julio 2015 con el siguiente Fallo:

«Se estima parcialmente el recurso formulado por la entidad Silverpoint Vacations SL.

»Se revoca parcialmente la sentencia recurrida, acordándose en su lugar la desestimación de la demanda y la absolución de la entidad demandada de los pedimentos contenidos en la demanda en su contra, sin efectuar expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.

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

Devuélvase la totalidad del depósito a la parte apelante, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.PJ ., si se hubiera constituido.

»Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de don Porfirio y doña Angelica , con base en los siguientes motivos:

Primero.- Con base 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. 6.4º CC .

Segundo.- Con base en la infracción del art. 1 Ley 16/1984 , LGDCU y el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 .

Tercero.- 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 R .D 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.

2.- La sala dictó auto el 26 de abril de 2016 cuya parte dispositiva dice:

«1.º- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Angelica y D. Porfirio , contra la Sentencia dictada, con fecha 17 de julio de 2015, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 148/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 919/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona.

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

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de la entidad mercantil Silverpoint Vacations, S.L., manifestó su oposición a los recursos formulados de contrario.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

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

1.- Los demandantes, en virtud de los contratos suscritos el 8 de mayo de 2006 y 13 de noviembre de 2006, adquirieron un certificado, «*certificado 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 una declaración de conformidad complementaria a los mismos. Y se firmó 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.

2.- El contrato de 13 de noviembre de 2006 tiene por objeto, en lo ahora relevante, la adquisición de la membresía del llamado «Club Paradiso»

3.- Los demandantes doña Angelica y don Porfirio formularon demanda el 30 de abril de 2012, solicitando que se declarara:

(i) La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes, así como sus anexos con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos que ascienden a la cantidad de 43.890 libras esterlinas.

(ii) La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y que se condene a devolver las cantidades por duplicado, por importe de 4.000 libras esterlinas.

(iii) 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 45.890 libras esterlinas.

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

4.- La sentencia de primera instancia, declara la desestimación de la demanda respecto de la declaración de nulidad en relación con el contrato de 8 de mayo de 2006, desestima también la demanda en relación con la parte del contrato de 13 de noviembre de 2006, en cuya virtud se adquirió el derecho de uso /aprovechamiento de la semana 14 del año en el apartamento NUM000 de DIRECCION000 .

Declara la nulidad absoluta de la parte del contrato de 13 de noviembre de 2006 relativa a la adquisición de la membresía del llamado Club Paradiso , condena a la demandada a restituir a los actores las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, declarando la improcedencia del pago anticipado de 1.000 libras esterlinas recibido por la demandada por razón de dicha membresía, condenándola a la devolución de dicha cantidad por duplicado.

5.- Se interpone recurso de apelación por la mercantil demandada *Silverpoint Vacations, S.L* y la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 17 de julio de 2015 , estima parcialmente el recurso formulado por la entidad Silverpoint Vacations S.L, y desestima la impugnación de sentencia formulada por



los actores, se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, y se acuerda desestimar la demanda formulada en su contra sin efectuar expresa imposición de las costas causadas en primera instancia.

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

(i) Es firme el pronunciamiento sobre la desestimación de la demanda respecto del contrato de 8 de mayo de 2006 y de parte del contrato de 13 de noviembre de 2006 por el que adquirió el derecho de uso de la semana 14 del apartamento NUM000 de DIRECCION000 , pues ha sido aceptado por los demandantes.

(ii) La cuestión ha quedado reducida a la pretensión de nulidad en relación con el contrato de 13 de noviembre de 2006 por el que se adquirió la membresía del llamado Club Paradiso.

(iii) La Ley 42/1998, no resulta de aplicación a este contrato, que se regulará por el Código Civil.

(iv) Existe, además, dificultades para considerar a los actores como verdaderos consumidores cuando el objeto de ellos no es destinarla al uso propio, sino más bien al alquiler o reventa posterior.

(v) No hay elementos de prueba para deducir la concurrencia de dolo o error para celebrar el contrato.

6.- Se interpone recurso de casación por los demandantes doña Angelica y don Porfirio . El recurso tiene dos 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. 6.4º 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 y sentencia n.º 776//2014 de 28 de abril 2015, rec. n.º 2764/2012 .

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, denuncian 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 así como 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 del adquirente de estos contratos como consumidores.

Los recurrentes alegan que este contrato fue realizado dentro del ámbito familiar y doméstico o privado, y no hay prueba alguna de que lo hicieran profesionalmente, además, 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 3ª, de 8 de mayo de 2015 , 2 de marzo de 2015 y sentencia de 25 de julio de 2014 , en las que se niega la condición de consumidor pues la intención de los contratantes era mas bien la de alquilar o reventa posterior. Frente a esta posición la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 20 de enero de 2015, 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 1ª, de la Audiencia Provincial de la Rioja, de 20 febrero de 2013, y 11 de enero de 2013 entre otras.



7.- La sala dictó auto el 26 de abril de 2017 por el que acordó admitir el recurso y abrir el plazo de veinte días para que la parte recurrida formalizase por escrito su oposición al recurso.

8.- Esta parte presentó escrito de oposición al recurso de casación, si bien alegó óbices de admisibilidad y solicitó que se promoviese cuestión prejudicial ante el TSJUE sobre el concepto de consumidor en esta clase de contratos.

SEGUNDO.- *Decisión sobre la admisibilidad.*

Procede su admisibilidad en este momento procesal, confirmando la que de forma provisoria se acordó en el auto de 26 de abril de 2017.

La parte recurrente ha expresado con claridad el problema jurídico sobre el que existe contradicción respecto de aquellos que constituyen *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

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

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

Tal constancia es patente por cuanto, decidiendo sobre problemas jurídicos idénticos, y por alegarse la existencia de doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales, ya ha decidido esta sala en la sentencia de Pleno 16/2017, de 16 de enero y en posteriores (SSTS 38/2017, de 20 de enero y 87/2017, de 15 de febrero).

TERCERO.- *Decisión de la Sala sobre el recurso.*

En atención a lo que acabamos de afirmar, a lo contenido en el resumen de antecedentes y a los motivos del recurso, resulta forzoso decidir éste siguiendo el hilo conductor y la motivación de las sentencias citadas.

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

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

Se contempla también dentro del ámbito objetivo de estos contratos con carácter general, que el contrato en virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos (artº 1 .7).

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

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

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

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

QUINTO.- *La tesis de la sentencia recurrida no la comparte esta sala.*



«La sentencia del Pleno 16/2017, de 16 de enero, afirma que «no adquiriría simplemente la prestación de unos servicios (lo que se conoce como paquete vacacional), sino la integración en una comunidad (membresía), mediante el abono de una cuota de entrada y de cuotas periódicas de mantenimiento, parece evidente que sí estaba contratando un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, si bien mediante una fórmula que pretendía eludir la aplicación de la normativa específica en la materia (la mencionada Ley 42/1998 y 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)...»

Del contenido contractual se desprende que «en realidad, estamos ante un contrato por el que se constituye un derecho, sin expresión de su carácter real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, que, bajo la apariencia de apartarse de la figura del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, no cumple su regulación normativa en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Materializándose así el presupuesto contemplado en el art. 1.7 de la propia Ley 42/1998, conforme al cual, son también objeto de la misma los contratos por virtud de los cuales se constituya o transmita cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año. Al que, como veremos, se anuda la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho del contrato en cuestión.»

Añade la sentencia de Pleno que:

«A pesar de que la Directiva 94/47/CEE no imponía una determinada modalidad contractual ni una concreta configuración jurídica para el derecho de aprovechamiento por turno transmitido, la Ley 42/1998 no acogió la pluralidad estructural en su configuración jurídica, por lo que el derecho de aprovechamiento por turno sólo podía constituirse como derecho real limitado (salvo si se optaba por la modalidad de arrendamiento de temporada de bienes inmuebles vacacionales a que se refiere el art. 1.6), y había de sujetarse imperativamente (incluso en esta otra modalidad) a lo dispuesto en la Ley.

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

SEXTO.- *Motivo Segundo.*

Como hemos adelantado deviene necesario precisar la «condición de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles».

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

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

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

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

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

»3.- Según el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TRLGCU), en su redacción



vigente cuando se firmó el contrato litigioso, «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

»Este concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas.

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

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

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

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

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

»2. - A su vez, la reforma del mencionado art. 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente 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. 1.1º CCom .»

Con la doctrina sentada por la sala, aquí recogida, no se entiende necesario plantear cuestión prejudicial al TJUE, por haber decidido la sala con cita de sentencias de ese Tribunal.

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

Al ser de aplicación la Ley 42/1998 procede confirmar la sentencia de primera instancia.

NOVENO.- Como recoge la doctrina de la Sala. (sentencia 38/2017, de 20 de enero)«es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante la interpretación de dicha norma y su aplicación al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del artículo 3 CC en el sentido de que dicha interpretación se ha de hacer atendiendo fundamentalmente a su «espíritu y finalidad». En el caso del citado artículo 1.7 se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato -normalmente de adhesión- que no cumple con las prescripciones leales.»

Pero no es el supuesto que aquí se contempla, pues los demandantes han tenido a su disposición el aprovechamiento litigioso del contrato de 13 de noviembre de 2006 desde el año 2007 hasta la fecha de presentación de la demanda.

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

A tal cantidad se le ha de sumar, como recoge la sentencia, la correspondiente a la penalización por el anticipo indebido.

DÉCIMO.- En aplicación de los arts. 394.1 y 398.1 LEC , no procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

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

esta sala ha decidido

1.- Estimar el recurso de casación, interpuesto por don Porfirio y doña Angelica , representados por el procurador don Ludovico Moreno Martín-Rico, contra la sentencia dictada el 17 de julio de 2015, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación 148/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 919/2012, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Arona. **2.-** Casar la sentencia recurrida y, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de primera instancia, confirmar esta, pero con las deducciones mencionadas en el fundamento de derecho noveno, que se llevará a cabo en ejecución de sentencia. **3.-** Se condena a la demandada a las costas del recurso de apelación. **4.-** No se impone a la recurrente las costas del recurso de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.