

Roj: **STS 3358/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3358**Id Cendoj: **28079110012017100491**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/09/2017**Nº de Recurso: **3805/2015**Nº de Resolución: **515/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP TF 2447/2015,**
STS 3358/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 22 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada el 2 de octubre de 2015, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación 240/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 939/2013, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Arona. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Trinidad y don Samuel, representados por el procurador don Ludovico Moreno Martín-Rico. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida la mercantil "Silverpoint Vacations, S.L.", representado 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 doña Trinidad y don Samuel formuló demanda de juicio ordinario contra la mercantil Silverpoint Vacations, S.L, solicitando al juzgado dicte en su día sentencia por la que se declare:

«SUPlico AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que se acompañan, se sirva 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 la mercantil Silverpoint Vacations S. L., y tras los tramites legales de rigor, previo recibimiento del juicio a prueba que desde ahora intereso, dicte en su día sentencia por la que se declare:

»1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos a que se refiere la presente demanda, así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, 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 38.541'00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento en los años 2005 (PBHC-4138) por 251'10 libras esterlinas, 2006 (PBHC-4138) por 274'50 libras esterlinas, 2007 (PBHC-4138) por 345'96 libras esterlinas, 2008 (PBHC-4138) por 380'95 libras esterlinas, 2009 (PBHC-4138) por 463'60 libras esterlinas, 2010 (PBHC-4138) por 463'60 libras esterlinas, 2011 (PBHC-4138, 732-46) por 278'00 libras esterlinas, 2012 (PBHC-4138, 732-46) por 278'00 libras esterlinas y 2013 (PBHC-4138, 732-46) por 300'00 libras esterlinas, 2005 (Beverly Hills Club A301- 36) por 471'00 libras esterlinas, 2006 (Beverly Hillis Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2007 (Beverly Hills Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2008 (Beverly luis Club A301-36) por 500,00 libras esterlinas, 2009 (Beverly Hills Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2010 (Beverly Hillis



Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2011 (Beverly Hillis Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2012 (Beverly Hills Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2013 (Beverly Hillis Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2007 (PBHC- 6666 y PBHC-6667) por 744'00 libras esterlinas, 2008 (PBHC-6666 y PBHC-6667) por 802'00 libras esterlinas, 2009 (PBHC-6666 y PBHC-6667) por 976'00 libras esterlinas, 2010 (PBHC6666 y PBHC-6667) por 976'00 libras esterlinas, 2011 (PBHC-6666 -521,11- y PBHC-6667 -521,12-) por 556'00 libras esterlinas, 2012 (PBHC-6666 - 521,11- y PBHC-6667 - 521,12-) por 556'00 libras esterlinas y 2013 (PBHC6666 -521,11- y PBHC-6667 -521,12-) por 600'00 libras esterlinas, (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 59.980'51 EUROS en total) más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La improcedencia del cobro anticipado a mi mandante, de las cantidades satisfechas en concepto de anticipo por razón de los mentados contratos de 38.541'00 libras esterlinas (45.594'39 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, 77.082'00 libras esterlinas (91.188'78 euros), de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 38.541'00 libras esterlinas (45.594'39 euros), salvo error u omisión-, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado en 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, (38.541'00 LIBRAS ESTERLINAS) más las cuotas abonadas por mantenimiento en los años 2005 (PBHC-4138) por 251'10 libras esterlinas, 2006 (PBHC-4138) por 274'50 libras esterlinas, 2007 (PBHC-4138) por 345'96 libras esterlinas, 2008 (PBHC-4138) por 380'95 libras esterlinas, 2009 (PBHC-4138) por 463'60 libras esterlinas, 2010 (PBHC-4138) por 463'60 libras esterlinas, 2011 (PBHC-4138, 732-46) por 278'00 libras esterlinas, 2012 (PBHC-4138, 732-46) por 278'00 libras esterlinas y 2013 (PBHC-4138, 732-46) por 300'00 libras esterlinas, 2005 (Beverly Hillis Club A301-36) por 471'00 libras esterlinas, 2006 (Beverly Hills Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2007 (Beverly luis Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2008 (Beverly Hills Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2009 (Beverly Hillis Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2010 (Beverly Hillis Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2011 (Beverly Hillis Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2012 (Beverly Hills Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2013 (Beverly Hillis Club A301-36) por 500'00 libras esterlinas, 2007 (PBHC-6666 y PBHC-6667) por 744'00 libras esterlinas, 2008 (PBHC6666 y PBHC-6667) por 802'00 libras esterlinas, 2009 (PBHC-6666 y PBHC6667) por 976'00 libras esterlinas, 2010 (PBHC-6666 y PBHC-6667) por 976'00 libras esterlinas, 2011 (PBHC-6666 -521,11- y PBHC-6667 -521,12-) por 556'00 libras esterlinas, 2012 (PBHC-6666 -521,11- y PBHC-6667 - 521,12-) por 556'00 libras esterlinas y 2013 (PBHC-6666 -521,11- y PBHC6667 -521,12-) por 600'00 libras esterlinas, ascendiendo en total -salvo error u omisión- a la suma de 59.980'51 euros, más los intereses legales y con expresa imposición de costas a la parte demandada.»

2.- Por Decreto de 27 de enero de 2014 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a la parte para contestar.

3.- El procurador de los Tribunales don Pedro Ledo Crespo, en nombre y representación de la mercantil Silverpoint Vacations, S.L, antes (TENSEL , S.L), contestó a la demanda suplicando al Juzgado:

«Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que lo acompañan, se sirva tener por contestada, en tiempo y forma legal, la demanda formulada de contrario por don Samuel y doña Trinidad y, por opuesta a esta parte en la representación de Silverpoint Vacations, S.L., a fin de que en su día dicte Sentencia por la que se desestime la demanda, con la imposición expresa a la parte actora de las costas causadas en la instancia».

4.- El Juzgado dictó sentencia el 2 de diciembre de 2014, con la siguiente parte dispositiva dice:

«ÚNICO. Desestimo íntegramente la demanda presentada por don Buenaventura Alfonso González, procurador de los Tribunales, en nombre y representación de doña Trinidad y don Samuel , 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.- Tramitación en segunda instancia.

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Samuel y doña Trinidad , correspondiendo dictar sentencia a la sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 2 de octubre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

- «1º.- Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Buenaventura Alfonso González en nombre representación de D. Samuel y Dª Trinidad .
- »2º.- Desestimar la impugnación a la sentencia formulada por el Procurador D. Pedro Ledo Crespo en nombre y representación de Silverpoint Vacations S.L.
- »3º.- Revocar parcialmente la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2014 por el Juzgado de ia Instancia nº4 de Arona en Autos de Juicio Ordinario nº939/2013
- »4º.- No formular expresa condena en costas en la primera instancia.
- »5º.- Mantener el resto de la resolución.
- »6º.- No formular expresa condena en costas en esta alzada.
- »Devuélvase la totalidad del depósito a la parte apelante, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., si se hubiera constituido.
- »Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º 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 del recurso de casación.

1.- Contra la sentencia nº 273/2015, dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife el 2 de octubre de 2015, la representación procesal de doña Trinidad y don Samuel , interpuso recurso de casación con base en los siguientes:

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 .

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**.

2.- La Sala dictó auto el 24 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva dice:

«1.º- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Trinidad y D. Samuel , contra la Sentencia dictada, con fecha 2 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 240/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 939/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 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 Silverpoint Vacations S.L., manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 12 de septiembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

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

«(i) El 3 de febrero de 2.004 Dª Trinidad y D. Samuel suscribieron con RESORT PROPERTIES LIMITED contrato por el que adquirirían una membresía consistente en 6 semanas en el HOLLYWOOD MIRAGE CLUB, una en el BEVERLY HILLS CLUB y otra en el BEVERLY HILLS HEIGHTS en virtud de las cuales podían disfrutar, respectivamente, en los periodos estipulados, de los apartamentos reseñados a partir del año 2.005. El precio establecido por tal adquisición ascendió a 18.950 libras esterlinas abonándose por los compradores 3.790 en concepto de depósito mediante tarjeta de crédito y el resto mediante giro bancario.

»(ii)El 28 de abril de 2.004 Dª Trinidad y D. Samuel suscribieron con RESORT PROPERTIES LIMITED contrato por el que adquirirían una membresía consistente en 1 semanas en el PALM BEACH HOLIDAY CLUB en virtud de la cual podían disfrutar, en el periodo estipulado, del apartamento reseñado a partir del año 2.005.



»(iii) El 4 de julio de 2.004 D^a Trinidad y D. Samuel suscribieron con RESORT PROPERTIES LIMITED contrato por el que adquirirían una membresía consistente en una semana en el BEVERLY HILLS CLUB en virtud de la cual podían disfrutar en el periodo estipulado, del apartamento reseñado a partir del año 2.005. El precio establecido por tal adquisición ascendió a 13.966 libras esterlinas abonándose por los compradores 1.000 en concepto de depósito mediante tarjeta de crédito y el resto mediante giro bancario.

»(iv) El 18 de marzo de 2.006 D^a Trinidad y D. Samuel suscribieron con PALM BEACH HOLIDAY CLUB LTD contrato por el que adquirirían una membresía consistente en dos semanas en el PALM BEACH HOLIDAY CLUB en virtud de la cual podían disfrutar en el periodo estipulado, de los apartamentos reseñados a partir del año 2.007. El precio establecido por tal adquisición ascendió a 5.625 libras esterlinas abonándose por los compradores 500 en concepto de reserva y el resto mediante giro bancario.»

2.- Los demandantes D.^a Trinidad y D. Samuel formularon demanda, solicitando que se declarara:

1. La nulidad o subsidiaria resolución de los contratos suscritos, con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pago derivados de dichos contratos, mas los gastos de mantenimiento, cantidad que asciende a 59.980,51 ?.

2. La improcedencia del cobro anticipado, de las cantidades satisfechas en concepto de anticipo por razón de los referidos contratos, con la obligación de devolver dichas cantidades por duplicado, que asciende a 45.594,39, porque la otra mitad está incluida dentro de la totalidad del precio reclamado en el punto anterior.

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, que asciende a la cantidad de 59.980,51 ?.

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

Se denunciaba el incumplimiento de la Ley 42/98, en especial el del contenido mínimo del art. 9 .

3.- La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda y absuelve a la demandada.

Motiva su decisión en que es de aplicación la normativa del Código Civil, y no concurre nulidad contractual por vicios del consentimiento.

Niega a los adquirentes su condición de **consumidores**, y de ahí que sea de aplicación el Código Civil y no las disposiciones de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

Funda su negativa a considerarlos **consumidores** en no haber acreditado los actores tal condición, reconociendo estos, por el contrario, que adquirieron como una inversión los aprovechamientos contratados.

4.- La representación procesal de los demandantes interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección tercera de la Audiencia Provincial de Tenerife.

Dictó sentencia el 2 de octubre de 2015 por la que desestimaba sustancialmente el recurso de apelación.

La Audiencia, al igual que la sentencia de primera instancia, considera de aplicación la normativa del Código Civil.

Niega que sea de aplicación a los contratos litigiosos la Ley 42/1998 por dos motivos: (i) porque los contratos de 28 de febrero y 4 de julio de 2004, así como el de 18 de marzo de 2006, tienen por objeto la adquisición de membresías y éstas no se encuentran reguladas por la Ley 42/1998; (ii) porque no tiene tal consideración de membresía la compraventa celebrada el 3 de febrero de 2004, pero sin embargo, tampoco le es de aplicación la Ley 42/1998, pues los adquirentes son inversores y no **consumidores**.

5.- Se interpuso recurso de casación por los demandantes D.^a Trinidad y D. Samuel , 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. 6.4.º CC .

Los recurrentes mantienen que en relación con la aplicación de esta Ley a los productos vacacionales no es pacífica la doctrina pues dentro de la propia Audiencia Provincial de Tenerife no es unánime la posición, se citan numerosas sentencias de distintas secciones de esta Audiencia sobre esta cuestión.

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 431/2015 de 16 de julio, rec. n.º 2089/2013 .



Sentencias que establecen que la aplicación de la Ley 42/1998 es imperativa a todos los productos que tengan por objeto el disfrute de un periodo de tiempo cada año.

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 los actos de consumo en ámbitos puramente familiares, personales o domésticos en que el **consumidor** es el destinatario final quedarán fuera del ámbito profesional y por tanto son actos realizados por **consumidores**.

Con la nueva noción comunitaria incluida en el Art. 3 TRLGDCU el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión. Según los recurrentes los contratos se firmaron par uso y disfrute e inversión de sus ahorros, siempre dentro de su esfera privada o doméstica.

Citan la doctrina de la Sala que se recoge en las sentencias 22 de diciembre de 2009 , de 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010 , en cuanto, se 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.

Por último, los recurrentes, en cuanto a las consecuencias jurídicas por los incumplimientos derivados de estos contratos, en concreto, la duración ilimitada como la demandada reconoce -al folio 171 y 172 de las actuaciones de primera instancia-, así como por los incumplimientos de los arts. 2, 3, 8, 9, 10 y 11 de la Ley, alegan que la sala ya se ha pronunciado en sentencia n.º 431/2015 de 16 de julio en Rc. 2089 y la consecuencia sería la nulidad de los contratos como también se declaró en sentencia n.º 774/2014 de 15 de enero de 2015, recurso núm. 961/2013 y sentencia n.º 775/2014 de 15 de enero recurso núm. 3190/2012 .

6.- La Sala dictó auto el 24 de mayo de 2017 por el que se acordó admitir el recurso de casación y abrir el plazo de 20 días para que la parte recurrida formalizase por escrito su oposición al recurso.

7.- 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 TJUE 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 el 24 de mayo de 2017.

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

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

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

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

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

TERCERO.- *Decisión del recurso.*

Dos son las cuestiones jurídicas a resolver: (i) Sí es de aplicación la ley 42/1998 a los contratos sobre paquetes vacacionales en los que se adquiere la condición de socio a un club vacacional (Motivo 1º); (ii) Consideración de **consumidores** a los adquirentes de productos vacacionales. (Motivo 2ª).

Como reiteradamente viene ofreciendo respuesta la sala a ambas cuestiones en las sentencias antes citadas, a ellas estaremos en el hilo conductor de la presente para la decisión del recurso.

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

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

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

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

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

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

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

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

«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 período determinado o determinable al año. Al que, como veremos, se anuda la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho del contrato en cuestión.»

Añade la sentencia de Pleno que:

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



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

SEXTO.- Aunque la sentencia recurrida no califica como membresía la compraventa celebrada el 3 de febrero de 2004, sin embargo, no considera que le sea de aplicación las disposiciones de la ley 42/1998, al negar que los adquirentes tengan la consideración de **consumidores**.

Ello enlaza con el motivo segundo del recurso.

«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). 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 pudiese 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 sólo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

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

Con la doctrina sentada por la sala, aquí recogida, no se entiende necesario plantear cuestión prejudicial al TJUE, por fundarse en sentencias de este Tribunal.

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

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

Siendo aplicable, pues, la Ley 42/1998, se aprecia que no se ha cumplido sus preceptos si se contrasta los contratos de adquisición con el artículo 9 de la ley 42/1998 que impone un extenso contenido mínimo.

La consecuencia nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados, dado que de acuerdo con el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de los contratos «al margen de la presente ley».

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 aquí enjuiciado, pues los demandantes han tenido a su disposición los aprovechamientos litigiosos desde el inicio de vigencia de los contratos hasta la fecha de presentación de la demanda.

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

A tal cantidad se le ha de sumar la correspondiente penalización por el anticipo indebido.

DÉCIMO.- En aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 de la L.E.C , no procede imponer a la parte recurrente las costas del presente recurso ni las del recurso de apelación.

Procede condenar a la demandada a las costas de la primera instancia.

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

FALLO

1º.- Estimar el recurso de casación, interpuesto por doña Trinidad y don Samuel , representados por el procurador don Ludovico Moreno Martín- Rico, contra la sentencia dictada el 2 de octubre de 2015, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación 240/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 939/2013, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Arona . **2º.-** Casar la sentencia recurrida y, con estimación del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, declarar la nulidad radical de los contratos litigiosos, con devolución de las cantidades satisfechas en concepto de pago derivados de ellos, pero en los términos que se recogen en el fundamento de derecho noveno. **3º.-** Se condena a la parte demandada a las costas de la primera instancia, sin hacerse expresa condena de las causadas en el recurso de apelación. **4º.-** No se imponen a la recurrente las costas del recurso de casación, con devolución del depósito para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.