



Roj: **STS 4064/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4064**

Id Cendoj: **28079110012017100581**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2017**

Nº de Recurso: **817/2016**

Nº de Resolución: **620/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2520/2015,**
STS 4064/2017,
AATS 2677/2018

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 354/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1646/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona. Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente D. Gumersindo representado por el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Oscar Salvador Santana González. Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida la mercantil 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. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los tribunales D. Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de Mr. Gumersindo, formuló demanda de juicio ordinario de nulidad contractual contra la mercantil Silverpoint Vacations, suplicando al juzgado dictase sentencia con los siguientes pedimentos:

«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 Silverpoint Vacations S. L. y tras los tramites 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 26 de agosto de 2008 y 29 de agosto de 2009, así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, en ambos casos con obligación para las demandadas de devolver a mi mandante las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 43.158*00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento y tasas de servicio de los que se ha hecho cargo en los años 2010 (Palm Beach Holiday Club) por 1.026'00 libras, 2010 (Club Paradiso) por 490'00 libras, 2010 (Club Paradiso) por 490'00 libras y 2012 (Club Paradiso) por 490'00 libras (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 57.217'70 EUROS en total) intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.



»2.- La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas por razón del contrato de 26 de agosto de 2008 l.000'00 Libras y la obligación de estas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 2.000'00 libras esterlinas (1.253'29 euros).

»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 de los contratos de aprovechamiento por turnos de los que solicitamos su nulidad y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, (43.158'00 LIBRAS ESTERLINAS) más las cuotas abonadas por gastos de mantenimiento y tasas de servicio de los que se ha hecho cargo en los años 2010 (Palm Beach Holiday Club) por 1.026*00 libras, 2010 (Club Paradiso) por 490'00 libras, 2010 (Club Paradiso) por 490'00 libras y 2012 (Club Paradiso) por 490*00 libras, ascendiendo en total -salvo error u omisión-a una suma de 57.217*70 EUROS , con los intereses legales y con expresa imposición de costas a las partes demandadas.»

2.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 16 de octubre de 2012, se dio traslado al demandado para que compareciese y contestase a la demanda por plazo de 20 días.

3.- El procurador don Pedro Ledo Crespo, en nombre y representación de la mercantil Silverpoint Vacations, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al juzgado dictase 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 18 de diciembre de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Gumersindo representado por el procurador D. Buenaventura Alfonso González y defendido por el letrado D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Oscar Santana González contra la entidad Silverpoint y Vacations representada por el procurador D. Pedro Ledo Crespo y defendida por el letrado D. José Minero Macías todo ello, con la expresa condena al demandante al pago de las costas procesales.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de D. Gumersindo interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo su conocimiento a la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 20 de noviembre de 2015 , con el siguiente fallo:

»1º.- Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Leopoldo Pastor Llarena en nombre y representación de D. Gumersindo .

»2º.- Desestimar la impugnación a la sentencia formulada por el procurador D. Pedro Ledo Crespo en nombre y representación de Silverpoint y Vacations S.L.

»3º.- Revocar parcialmente la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2014 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Arona en Autos de Juicio Ordinario nº 1646/2012.

»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.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- El procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico, en nombre y representación de D. Gumersindo , 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. 6.4º CC .

Segundo: se fundamenta, 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.

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

2.- La sala dictó auto el 5 de julio de 2017 con la siguiente parte dispositiva:



1.º- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Gumersindo contra la Sentencia dictada, con fecha 20 de noviembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 354/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1646/2012 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 Silverpoint y 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 8 de noviembre 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 expresan a continuación:

1.- El demandante, en virtud de los contratos suscritos el 26 de agosto de 2008, 29 de agosto de 2009, adquiriría un «certificado de licencia de vacaciones», «certificados de fiducia» por el que tenía derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutaría por periodos vacacionales en unos complejos, previo pago del precio.

Junto con el contrato se firmó también un contrato de inclusión en la lista de reventa independiente del contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que había adquirido.

2.- El demandante D. Gumersindo formuló demanda el 4 de octubre 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 dicho contrato más las cuotas de mantenimiento y las cuotas por la inclusión en la lista de reventas, que ascienden a la cantidad de 57.217,70 euros.

(ii) La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y que se condene a devolver las cantidades por duplicado, por importe de 1253,29 euros.

(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 57.217,70 euros.

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

3.- La sentencia de primera instancia, desestima íntegramente la demanda y absuelve a la demandada de todos los pedimentos formulados en su contra, condenando al demandante al pago de las costas.

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

4.- La sección 3.ª, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 20 de noviembre de 2015 desestima la impugnación formulada por la mercantil demandada. Estima parcialmente el recurso formulado por el demandante y revoca parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaración de las cotas, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia. No formula expresa condena de las costas en la apelación.

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

(i) El actor no es usuario final de los derechos que adquiriría en virtud de los contratos, no cabe estimar aplicable la Ley 42/1998, ni consecuentemente la nulidad de los contratos.

(ii) Los referidos contratos por el que se adquiere un producto vacacional, no se encuentran regulados en la Ley 42/1998, porque ni los contempla ni los menciona. Estos contratos se regularán por el Código Civil y por la Ley General de Consumidores y Usuarios.

(iii) En cuanto a la obligación de informar por el vendedor, el actor reconoció que fue informado del contrato.

(iv) El objeto del contrato está determinado. Las cuotas de mantenimiento, son una obligación accesoria.



(v) En cuanto a la duración del contrato, se prevé que si una obligación no señalare plazo, pero su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los tribunales fijarán su duración (art. 1128 CC).

(vi) Existen dudas de hecho y de derecho lo que justifica la no imposición de costas en ninguna de las instancias.

6.- Se interpone recurso de casación por el demandante D. Gumersindo . 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. 6.4º CC .

El recurrente alega que en relación a la aplicación de la Ley 42/1998 existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales y el criterio seguido por la sentencia recurrida ha sido contradictorio dentro de la misma Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, cita numerosas sentencias en este sentido.

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

Igualmente cita las sentencias de esta sala n.º 774/2014 de 15 de enero de 2015 rec. 961/2013 sentencia n.º 775/2014 de 15 de enero de 2015, rec. n.º 3190/2012 , sentencia n.º 776/2014 de 28 de abril de 2015, rec. n.º 2764/2012 .

Sentencias en las que la sala mantiene 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 esta alternativa mencionada en la referida Ley, deberá ser considerado cometido un fraude de ley.

El segundo se fundamenta, 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.

El recurrente mantiene que en la nueva noción comunitaria incluida en el art. 3 TRLGDCU, el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión.

El recurrente alega que de la documental obrante en auto no solo podría afirmarse la indubitada condición de consumidor y usuaria del actor, no solo porque la norma tuitiva proteja al adquirente y el actor lo ha sido, sino porque la demandada opone en su escrito de contestación a la demanda el hecho de que se haya disfrutado, y porque además no es profesional del sector.

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

Se cita como sentencias que mantienen la misma posición que la sentencia recurrida, las sentencias de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2015 , y sentencia de 25 de julio de 2014 , entre otras, en las que se niega la condición de consumidor pues la intención de los contratantes era mas bien la de alquilar o reventa posterior. Frente a esta posición la sección 3ª 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. 1.7 Ley 42/1998 , en relación con los arts. 1 , 2 , 3 , 8 , 9 , 10 y 11 de la referida, Ley , y en relación con los arts. 1261 , 1265 y 6.3 CC .

El recurrente mantiene que siendo de aplicación la Ley 42/1998, a los dos contratos, la consecuencia es la nulidad de los mismos tanto por el hecho de que en estos contratos no se establece el plazo de duración, así como por el incumplimiento de los artículos citados de la referida Ley.

Así en cuanto a la duración de los contratos, conforme a la doctrina de sala que se ha pronunciado en sentencia n.º 431/2015, de 16 de julio Rec. 2089/2013 y en sentencia n.º 774/2014 de 15 de enero de 2015, Rec. n.º 961/2013



7.- La sala dictó auto el 5 de julio de 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación y abrir un plazo de 20 días para que la parte recurrida formalizase por escrito su oposición al recurso.

Esta parte presentó escrito de oposición al recurso, pero previamente alegó su inadmisión por no existir jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales que justifique la existencia de interés casacional, y por falta de claridad en el planteamiento de los motivos.

Además solicitó que se plantease cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la condición del consumidor en los contratos de esta naturaleza

SEGUNDO.- *Decisión sobre admisibilidad.*

Procede confirmar la admisibilidad que, con carácter provisorio, se acordó en el auto de 5 julio 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:

No sólo ha citado sentencias de una sección de audiencia en que se decide en un sentido y otra diferentes, en que se decide en sentido contrario, figurando la sentencia recurrida en uno de esos grupos, sino que también cita, y ello sería relevante, doctrina del Tribunal Supremo sobre las que fundamenta el recurso. A saber, si pequeños inversores tienen la condición de consumidores y si la aplicación de la ley 42/1998 supone, ante la ausencia de los requisitos esenciales exigidos por ella, la nulidad radical del contrato.

Tal argumento sería suficiente para justificar la admisibilidad del recurso.

Pero si así no fuese, 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 ha sido patente. Pero lo que ya existe es doctrina de la sala; precisamente sobre los problemas jurídicos que daban lugar a la contradicción, lo que ha dado lugar a la sentencia de Pleno 16/2017, de 16 de enero y las posteriores que traen causa de ella (SSTS 38/2017 , de 20 de enero, 87/2017, de 15 de febrero , 373/2017, de 9 de junio y 515/2017, de 22 de septiembre , entre otras).

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

Los motivos del recurso se encuentran, como se exige para su admisibilidad, en estrecha relación con lo que constituye la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

Corresponde decidir, por tanto, en primer lugar si es de aplicación a los contratos litigiosos la Ley 42/1998, pues la sentencia de la Audiencia, como se ha recogido en el resumen de antecedentes, lo niega por dos razones:

(i) por no ser de aplicación a las membresías; (ii) por no ser consumidor el adquirente.

Si se casase la sentencia recurrida en tal extremo, correspondería enjuiciar si se ha dado o no cumplimiento a la normativa de la Ley 42/1998 en los contratos litigiosos y, de no haberse dado, qué consecuencia jurídica se le anuda.

Naturalmente, y por razones de seguridad jurídica (art. 9.3. CE), se habrá de estar a la doctrina reiterada por la sala en esta materia, a la que se ha hecho mención al decidir sobre la admisibilidad 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 (art° 1.7).

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



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

Por tanto, del tenor de la ley debe entenderse que la misma regula no solo los derechos de aprovechamiento por turno *stricto sensu* sino también los similares, es decir, cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año (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 que los tres contratos quedarían fuera del ámbito de aplicación de la Ley 42/1998 no es acertada.

«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 período determinado o determinable al año.»

SEXTO.- Una vez determinado que los contratos litigiosos se encuentran sujetos al ámbito de la Ley 42/1998, desde un punto objetivo, se ha de enjuiciar el segundo motivo por el que la Audiencia excluye la aplicación de la citada ley, a saber, por considerar que el adquirente no tiene la condición de consumidor.

Si se parte, desde el escrupuloso respeto a los hechos probados de la sentencia recurrida, de que la finalidad del demandante fue invertir para obtener una rentabilidad, y no la de adquirir el producto vacacional como consumidor final, surge la duda jurídica de que se le califique o no de consumidor.



Precisamente por ello se sometió esta cuestión al pleno de la sala, que dictó la sentencia número 16/2017, de 16 enero, declarando doctrina al respecto.

Para ello acudió, entre otros, a argumentos basados en sentencias del TJUE, con cita de su doctrina.

De ahí, que no se entienda necesario plantear cuestión prejudicial en el sentido interesado.

SÉPTIMO.- La doctrina fijada fue en los siguientes términos:

«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 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».

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 .»

OCTAVO.- Si se aplica la anterior doctrina a los hechos que aparecen probados, y especialmente el último párrafo transcrito, se ha de considerar al demandante como consumidor, pues no consta que realizase habitualmente este tipo de operaciones.

La mera posibilidad de invertir sus ahorros para lucrarse con el alquiler o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidor.

A ello se suma que la cantidad total invertida se compadece más con la de un consumidor que invierte sus ahorros, que con la de un profesional de la inversión, si se atiende a la suma desembolsada.

NOVENO.- Al ser de aplicación, 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 que impone un extenso contenido mínimo y, por supuesto, el de la duración del contrato.

La consecuencia, no por el simple déficit de información, sino de ausencia de requisitos esenciales, es la nulidad radical, dado que de acuerdo con el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización del contrato «al margen de la presente ley» (SSTS 460/2015 de 8 de septiembre , 431/2015, de 16 de julio y 515/2017, de 22 de septiembre , entre otras)

En concreto, se advierte al examinar los contratos que nada dicen sobre su extinción, configurándose con una duración indefinida, lo que incumple la previsión de la Ley 42/1998 que exige la fijación del tiempo por el que se establece el derecho o, al menos, de la duración del régimen (art. 3).

El incumplimiento de dicha previsión da lugar a la nulidad de pleno derecho, según lo dispuesto en el art. 1.7 de la Ley 42/1998 (STS 549/2017, de 11 de octubre).

DÉCIMO.- 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.

DECIMOPRIMERO.- En aplicación de los artículos 394.1 y 398. 1 LEC , no procede imponer a la parte recurrente las costas del presente recurso, ni hacer expresa condena de las costas del recurso de apelación.

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

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Gumersindo representado por el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico, contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 354/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1646/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona. **2.º**- 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 derivado de ellos, pero en los términos que se recogen en el fundamento de derecho 10º. **3.º**- 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. **4.º**- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente con devolución de los autos y del rollo de sala.

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

Así se acuerda y firma.