



Roj: **STS 4118/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4118**

Id Cendoj: **28079110012017100603**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2017**

Nº de Recurso: **953/2016**

Nº de Resolución: **635/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 347/2016,**
STS 4118/2017,
AATS 2681/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 635/2017

Fecha de sentencia: 23/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 953/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3º

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

Transcrito por: ezp

Nota:

- Aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.
- Aplicación de la Ley 42/1998 a las membresías.
- Concepto de consumidor al adquirente de un producto vacacional.

CASACIÓN núm.: 953/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 635/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.



D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 23 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife Sección 3.^a, con fecha 18 de enero de 2016, recaída en el rollo de apelación n.º 357/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 551/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico, en nombre y representación de D.^a Felicísima y D. Felipe .

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida el procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de la mercantil Silverpoint Vacations, S.L., 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 D. Buenaventura Alfonso González, bajo la asistencia letrada de D. Miguel Ángel Melian Santana y D. Oscar S. Santana González, en nombre y representación de la Sra. Felicísima y el Sr. Felipe , formuló demanda de juicio ordinario de nulidad contractual contra la mercantil Silverpoint Vacations y frente a Resort Properties Limited. El suplico de la demanda es como sigue:

«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 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 2 de FEBRERO de 2009, 12 de Febrero de 2009 y 21 de Febrero de 2010 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 50.126,00 libras esterlinas-descontadas a la cantidad de los contratos, más la que sumamos las cantidades abonadas por cuotas de mantenimiento y restamos lo percibido por mis mandantes 3.750 libras-, se corresponden con la citada cantidad de 50.126 libras que salvo error u omisión asciende a 59.988,03 euros, (CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS CON TRES CÉNTIMOS DE EURO), más los 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 de los mentados contratos de 2009. Esto es 2000,00 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. Que salvo error u omisión corresponden a 4.786,98 euros.

3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperasen los petitum anteriores, 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 se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, (50.126,00 LIBRAS ESTERLINAS abonadas en concepto de los contratos firmados en 2009 y 2010) con expresa imposición de costas a las partes demandadas.»

2.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona, admitió a trámite la demanda mediante decreto de 8 de mayo de 2012, dando traslado a la parte demandada para contestar por plazo de veinte días.

3.- El procurador don Pedro Ledo Crespo, en nombre y representación de Silverpoint Vacations 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 Felipe y DOÑA Felicísima 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 de las costas de la instancia a la Parte actora.»

4.- El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Arona dictó sentencia el 18 de diciembre de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Felipe y D^a. Felicísima representados por el Procurador D. Buenaventura Alfonso González y defendidos por el letrado D. Miguel Ángel Santana y D. Oscar Santana González contra la entidad Silverpoint Vacations representada por el Procurador D. Pedro Ledo Crespo y defendida por el letrado D^a Cristina Rodríguez Soler y D^a. Patricia Aguilar Molina 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. Felipe y D^a. Felicísima, interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución correspondiendo su conocimiento a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que dictó sentencia el 18 de enero de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«1. Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Felicísima y D. Felipe contra la sentencia dictada en el presente procedimiento, y estimar igualmente en parte la impugnación formulada por la representación procesal de la entidad Silverpoint Vacations, S.L., revocando únicamente el pronunciamiento de las costas de la primera instancia que se deja sin efecto para no hacer imposición expresa de las mismas, manteniendo el resto de los pronunciamientos de fondo acordados en dicha resolución.

»2.- No hacer imposición expresa de las costas del recurso ni de la impugnación.»

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

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de el recurso de casación interpuesto por D.^a Felicísima y D. Felipe con base en los siguientes motivos:

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

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

El tercero plantea las consecuencias de la aplicación de la Ley 42/1998. Los recurrentes mantienen que la sala ya se ha pronunciado sobre las consecuencias de la aplicación de esta Ley a los contratos como los que son objeto del presente recurso, y ha declarado la nulidad por el hecho de que no se establece el plazo de duración como por el incumplimiento de los arts. 2, 3, 8, 9, 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998.

2.- La sala dictó auto el 12 de julio de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«1.º- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Felicísima y D. Felipe contra la Sentencia dictada, con fecha 18 de enero de 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 357/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 551/2012 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 Vacations, S.L., manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 14 de noviembre de 2017 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

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



1.- Los demandantes, en virtud de los contratos suscritos el 2 de febrero de 2009, el 12 de febrero de 2009 y el 21 de febrero de 2010, adquirían un "certificado de licencia de vacaciones", "certificados de fiducia" por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por periodos vacacionales en unos complejos, previo pago del precio.

Junto con 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 habían adquirido.

2.- Los demandantes D.^a Felicísima y D. Felipe formularon demanda el 20 de febrero 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 cantidades abonadas por cuotas de mantenimiento y descontando lo percibido (3.750 libras), que asciende a 59.988,03 euros.

(ii) La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y que se condene a devolver las cantidades por duplicado, por importe de 4.786,98 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 59.988,03 euros.

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

3.- La sentencia de primera instancia, desestima íntegramente la demanda, con expresa condena al demandante al pago de las costas procesales.

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

4.- La sección 3.^a, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 18 de enero de 2016, estima en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y estima igualmente en parte la impugnación formulada por la entidad demandada y revoca únicamente la sentencia recurrida en el pronunciamiento de las costas de primera instancia, que se deja sin efecto para no hacer imposición expresa de las mismas. No se hace imposición expresa de las costas del recurso ni de la impugnación.

5.- La Audiencia motiva su decisión con los siguientes argumentos:

(i) Los actores no pueden ser considerados consumidores pues no son los destinatarios finales de los productos que adquirirían, por tanto, no son consumidores a los efectos de aplicación de la Ley 42/1998, ya que los productos que adquirieron lo fue para invertir y obtener una ganancia o rendimiento.

(ii) Las incorrecciones que pudieran tener los contratos no tienen la entidad suficiente para anularlos ya que existe claramente consentimiento, causa y objeto y debe observarse el principio general del derecho de la conservación de la voluntad negocial.

(iii) Las membresías no quedan sujetas a la aplicación de la Ley 42/1998.

6.- Se interpuso recurso de casación por los demandantes D.^a Felicísima y de. Felipe. El recurso tiene tres motivos:

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

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

Los recurrentes alegan también que la sentencia recurrida se opone a lo resuelto por la sala en sentencia n.º 431/2015 de 16 de julio rec. 2089/2013, 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.

Citan también las sentencias de esta sala, n.º 774/2014 de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013, n.º 775/2014 de 15 de enero de 2015 rec. 3190/2012 y la n.º 776/2014 de 28 de abril de 2015 rec. 2764/2012.



Los recurrentes mantienen que parece pacífico según se recoge en estas sentencias que cualquier fórmula distinta contemplada por 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 considerada como fraude de ley.

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

Los recurrentes denuncian que la sentencia recurrida iría en contra de la doctrina fijada por la 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 y 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010 .

Se citan como sentencias que mantienen la misma posición que la sentencia recurrida, las sentencias de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de marzo de 2015 y 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 misma Audiencia en sentencia de 11 de septiembre de 2014 , consideraba a los adquirentes de estos productos como consumidores a pesar de haber suscrito contratos de reventa.

Citan también sentencias de otras Audiencias que declaran 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 citan entre otras, la sentencias de la sección 1ª, de la Audiencia Provincial de la Rioja, de 20 de febrero de 2013 y 11 de enero de 2013 .

En el tercero se plantea las consecuencias de la aplicación de la Ley 42/1998. Los recurrentes mantienen que la sala ya se ha pronunciado sobre las consecuencias de la aplicación de esta Ley a los contratos como los que son objeto del presente recurso, y ha declarado la nulidad por el hecho de que no se establece el plazo de duración como por el incumplimiento de los arts. 2 , 3 , 8 , 9 , 10 , 11 y 12 de la Ley 42/1998 .

En cuanto a la duración de los contratos la sala en sentencia n.º 431/2015 de 16 de julio, rec. 2089/2013 , ha declarado la nulidad.

En cuanto a la indeterminación de la duración de los contratos y por los incumplimientos recogidos en el art. 9 de la Ley 42/1998 la sala en sentencias n.º 774/2014 y 775/2014 ha declarado que este tipo de contratos son nulos.

7.- La sala dictó auto el 12 de julio de 2017 por el que 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.

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 TJUE sobre el concepto de consumidor en esta clase de contratos.

SEGUNDO.- *Decisión sobre admisibilidad.*

Procede su admisibilidad en este momento procesal, confirmando la que de forma provisoria se acordó el 12 de julio 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.- 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 2º).

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.- A los contratos que no tienen por objeto membresías la sentencia recurrida les niega la aplicación 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 «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».

El concepto de consumidor que mantiene la sala coincide con el que recientemente define la Ley 7/2017, de 2 de noviembre (BOE 4 de noviembre de 2017), por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/II/ UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, aunque sea a efectos de esta Ley, pero que sirve de pauta de orientación para los contratos que aquí se enjuician.

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 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.

FALLO

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

1º.- Estimar el recurso de casación, interpuesto por D. Ludovico Moreno Martín-Rico, en nombre y representación de D.^a Felicísima y D. Felipe , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife Sección 3.^a, con fecha 18 de enero de 2016, recaída en el rollo de apelación n.º 357/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 551/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 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.