



Roj: **STS 4587/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4587**

Id Cendoj: **28079110012017100647**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2017**

Nº de Recurso: **1962/2016**

Nº de Resolución: **694/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 631/2016,**  
**STS 4587/2017**

CASACIÓN núm.: 1962/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Civil**

##### **Sentencia núm. 694/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 20 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección 4<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, recaída en el rollo de apelación 547/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario 572/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Arona.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente D.<sup>a</sup> Lina y D. Gaspar, representados por el procurador D. Ricardo Ludovico Moreno Martín- Rico.

Ha comparecido ante esta sala en concepto de parte recurrida 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.-** *Resumen de antecedentes.*



1.- El procurador don Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Lina y D. Gaspar , interpuso demanda de juicio ordinario frente a Silverpoint Vacations, S.L., suplicando al juzgado dictase sentencia en los siguientes términos:

«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 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 25.000,00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento y servicio en los años 2011 y 2012 (todas ellas de Hollywood Mirage) por importe total de 2.099,54 euros, (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 31.521,67 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 25.000'00 libras esterlinas (29.422,13 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, 50.000,00 libras esterlinas (58.844,26 euros), de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 25.000,00 libras esterlinas (29.422,13 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, (25.000,00 LIBRAS ESTERLINAS) más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicio en los años 2011 y 2012 (todas ellas de Hollywood Mirage) por importe total de 2.09. 954 euros, ascendiendo en total -salvo error u omisión- a la suma de 31.521,67 euros, más los intereses legales y con expresa imposición de costas a la parte demandada.»

2.- Por Decreto de 10 de octubre de 2013, se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado a la parte por plazo de veinte días para su contestación.

3.- El procurador don Pedro Ledo Crespo, en nombre y representación de Silverpoint Vacations SL., contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó 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 Gaspar y DOÑA Lina 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 de Primera Instancia nº 2 de Arona dictó sentencia el 18 de septiembre de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

«Desestimar íntegramente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Don Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de don Gaspar y doña Lina frente a Silverpoint Vacation, representada por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Ledo Crespo, y en su virtud le absuelvo de los pedimentos frente a ella deducidos, sin imposición de costas.»

**SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.**

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de D.<sup>a</sup> Lina y D. Gaspar , correspondiendo su resolución a la Sección 4<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5<sup>a</sup>, que dictó sentencia el 8 de abril de 2016 , con la siguiente parte dispositiva:

«1. Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la entidad apelada Silverpoint Vacations S.L., condenándole al pago de las costas de dicha impugnación si las hubiere.

»1. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por D. Gaspar y D<sup>a</sup> Lina , confirmándose la sentencia dictada en primera instancia con imposición de costas a la parte apelante y con pérdida del depósito que se haya constituido para recurrir.»

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

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación de D. Roque y D.<sup>a</sup> Adoracion , con base en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Se fundamenta en la infracción del art. 3 Ley 42/1998 , que establece un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza.

Motivo segundo.- Se fundamenta en la infracción de los arts. 2 , 3 , 8 , 9 , 10 , 11 , y 12 Ley 42/1998 . Los recurrentes alegan que los incumplimientos de los preceptos citados, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.7 de la Ley 42/1998

2.- La sala dictó auto el 18 de octubre de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«1.º - Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Lina y D. Gaspar contra la Sentencia dictada, con fecha 29 de marzo 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 547/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 572/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 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 el 12 de diciembre 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:

1.- Los demandantes, solicitan la nulidad de los contratos suscritos el 21 de marzo de 2009 y el 31 de marzo de 2010 por el que adquirirían un "certificado de licencia de vacaciones", "certificados de fiducia" que les otorgaban el 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 una declaración de conformidad, y un acuerdo para la inclusión en la lista de reventa en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

El contrato de 21 de marzo de 2009 tenía por objeto el aprovechamiento por turnos respecto de cuatro semanas a disfrutar de sendos estudios en el complejo Beverly Hills Club y otras dos semanas en sendos apartamentos en el complejo Hollywood Mirage Club.

2.- Los demandantes D.<sup>a</sup> Lina y D. Gaspar presentaron demanda el 10 de julio de 2013, en la que ejercitaban acción para que se declarara:

(i) La nulidad o subsidiaria resolución de los contratos suscritos así como de cualesquiera otros anexos de dichos contratos, con obligación de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos mas los gastos de mantenimiento y servicios cantidad que asciende a 31.521,67 euros en total, mas los intereses devengados desde la interposición de la demanda.

(ii) La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por razón de los referidos contratos, debiendo devolver dichas cantidades duplicadas, cantidad que asciende a 29.422,13 euros, porque encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado en el punto anterior.

(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 más los gastos de mantenimiento y servicios por importe de 31.521,67 euros.

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

3.- La sentencia de primera instancia, desestimó íntegramente la demanda, absolvió a la demandada de todos los pedimentos formulados en su contra, sin imposición de costas.



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

4.- La sección 4.ª, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 29 de marzo de 2016, desestimó la impugnación de la sentencia formulada por la entidad Silverpoint Vacations S.L, condenándole al pago de las costas de dicha impugnación. Desestimó el recurso interpuesto por los demandantes, confirmando la sentencia de primera instancia con imposición de costas a la parte apelante.

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

(i) Los actores no podían tener la condición de consumidores porque no son los destinatarios finales de los derechos adquiridos, sino que los adquirían para obtener beneficios. Por ello, la consecuencia es que los contratos no están sujetos a Ley especial ni a la Ley de protección de consumidores y usuarios.

(ii) En todo caso, aunque resultara de aplicación la Ley 42/1998, el recurso habría de ser desestimado porque el incumplimiento de las formalidades requeridas en el art. 9, o el art. 8, da lugar a la facultad de resolver el contrato en el plazo de tres meses según dispone el art. 10.2 de Ley 42/1998, facultad de la que no hicieron uso los demandantes en el plazo indicado.

(iii) Son de aplicación las normas generales de las obligaciones y contratos del Código Civil, y no se advierte la ausencia de ninguno de los elementos esenciales del contrato, consentimiento, objeto y causa.

(iv) No cabe apreciar en el presente caso la existencia de dolo en la conducta de la demandada que hubiera podido inducir a los actores a concertar los contratos. No se advierte ningún error en la prestación del consentimiento que pudiera invalidar los contratos litigiosos.

(v) No cabe hacer imposición especial de las costas de primera instancia a ninguna de las partes pese a la desestimación íntegra de la demanda al apreciarse serias dudas de hecho y de derecho al inicio de la presente litis.

5.- Se interpuso recurso de casación por los demandantes, D.ª Lina y D. Gaspar .

El recurso de casación tiene dos motivos.

El primero se fundamenta en la infracción del art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley LGDCU. Se solicita en este motivo que la Sala se pronuncie sobre la consideración de los adquirentes de estos contratos como consumidores.

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

Los recurrentes mantienen que en el presente caso de la documental obrante en autos se puede afirmar que son consumidores porque solo querían sacar provecho de sus ahorros cuando las circunstancias personales no les hubieran permitido usar y disfrutar de las semanas adquiridas pues ellos no son profesionales del sector ya que se trataba de una inversión dentro del ámbito doméstico o particular.

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

Se cita como sentencias que mantienen la misma posición que la sentencia recurrida, las sentencias de la sección 3.ª 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 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de septiembre de 2014, les consideraba consumidores a pesar de haber suscrito contratos de reventa.

Así como, otras Audiencias declaran también la condición de consumidor a pesar de que en muchos casos se suscribían reventas y la intención de los adquirentes se combinara con la inversión, en concreto, la sección 1.ª, de la Audiencia Provincial de la Rioja, de 20 febrero de 2013, y 11 de enero de 2013 entre otras.

El segundo se fundamenta en la infracción de los arts. 2, 3, 8, 9, 10, 11, y 12 Ley 42/1998. Los recurrentes alegan que los incumplimientos de los preceptos citados, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.7 de la Ley 42/1998, determina la nulidad de los contratos. Los recurrentes, denuncian que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala, recogida en: sentencia n.º 96/2016, rec. 461/2014, de 19 de febrero, sentencia n.º 431/2015 de 16 de julio rec. 2089/2013, sentencia n.º 774/2014 de 15 de enero de 2015 rec. 961/2013,



sentencia n.º 460/2015 de 8 de septiembre rec. 1432/2013 , sentencia n.º 775/2014 de 15 de enero rec. 3190/2012 .

La sala en estas sentencias ha declarado la nulidad de los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 42/1998, que tengan una duración indefinida.

Los recurrentes al folio 6 de las actuaciones de primera instancia, -página 12 del escrito de demanda-denunciaban la infracción del art. 3.1 de la Ley 42/1998 , pues no se hace referencia a la duración del régimen en estos contratos.

En definitiva, los recurrentes mantienen que en el presente caso no se ha cumplido prácticamente ninguno de los preceptos de la Ley 42/1998.

6.- La sala dictó auto el 20 de septiembre de 2017 en el que acordó admitir el recurso de casación interpuesto y abrir plazo de veinte días para que la parte recurrida formalizase por escrito su oposición al recurso.

7.- Esta parte presentó escrito de oposición al recurso a la par que alegó óbices de admisibilidad y propuso a la sala que ésta plantease cuestión prejudicial al TJUE en los siguientes términos:

«¿Debe considerarse que la persona que adquiere un producto de los que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 94/47/CE con la finalidad de destinar el producto a su reventa debe ser considerado "adquirente" en el sentido que le otorga el artículo 2 de la Directiva?

»¿Debe considerarse que la persona que adquiere numerosos productos de los que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 94/47/CE, de forma que no pueda entenderse que la adquisición se ha realizado para el propio uso y disfrute del producto adquirido, debe considerarse "adquirente" en el sentido que otorga la Directiva?»

#### **SEGUNDO.- Decisión sobre admisibilidad.**

Procede confirmar la admisibilidad que, con carácter provisorio, se acordó en el auto de 20 de septiembre de 2017.

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

##### **1.- Motivo Primero.**

(i) Si se entendiese, como sostiene la sentencia recurrida, que la finalidad de los demandantes fue invertir para obtener una rentabilidad, y no la de adquirir el producto vacacional como consumidor final, surge la duda jurídica de calificar como consumidores a los adquirentes.

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, que se compadece con la definición de consumidor que hace la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/11 /UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013.

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

(ii) 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 .»

(iii) Si se aplica la anterior doctrina a los hechos que aparecen probados, y especialmente el último párrafo transcrito, se ha de considerar a los demandantes como consumidores, pues no consta que realicen 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 consumidores.

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.

**2.- Motivo Segundo.** 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 ).

**CUARTO.-** 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.

El único anticipo sujeto a devolución son las 1.000 libras que como anticipo se abonaron a la firma del contrato de 21 de marzo de 2009.

**QUINTO.-** En aplicación de los arts. 394.1 y 398.1 LEC no procede imponer a la parte recurrente las costas del presente recurso, ni hacer expresa condena para ella de las costas del recurso de apelación.

Se condena a la parte demandada a las costas de la primera instancia.

## FALLO

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

**1.º-** Estimar el recurso de casación de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Lina y D. Gaspar , contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, recaída en el rollo de apelación 547/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario 572/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 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 4º.

**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 interpuesto por la actora.

**4.º-** No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.