



Roj: **STS 1157/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1157**

Id Cendoj: **28079110012018100167**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/04/2018**

Nº de Recurso: **2199/2016**

Nº de Resolución: **180/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1277/2016,**
STS 1157/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 180/2018

Fecha de sentencia: 03/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2199/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 2199/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 180/2018

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 3 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2016, dictada en recurso de apelación 648/2015, de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante de autos de juicio ordinario 235/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Everardo y Dña. Penélope, representados en las instancias por el procurador D. Leopoldo Pastor Llarena, bajo la dirección letrada de Dña. Eva María Gutiérrez Espinosa y D. Miguel Rodríguez Ceballos, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Vicente Javier López López en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la mercantil Silverpoint Vacations S.L., representado por el procurador D. Luciano Rosch Nadal, bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Everardo y Dña. Penélope, representados por el procurador D. Leopoldo Pastor Llarena y asistidos del letrado D. Miguel Rodríguez Ceballos, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations S.L. (Resort Properties y Club Paradiso), Palm Beach Holiday Club Limited y Resort Properties Limited y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare:

»1.- La nulidad, o subsidiaria resolución, de los contratos de fechas 15 de enero de 2005 (NUM000), 8 de enero de 2008 (NUM001) y 12 de enero de 2009 (NUM002), así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, con obligación solidaria para la demandada Silverpoint Vacations, S.L. y Resort Properties Limited, de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, 5.988,00 libras esterlinas (6.920,17 euros) por el primero, 15.000,00 libras esterlinas (17.335,09 euros) por el segundo y 7.255,00 libras esterlinas (8.384,40 euros) por el tercero, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La nulidad, o subsidiaria resolución, del contrato de fecha 30 de enero de 2006 (NUM003), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, con obligación solidaria para las demandadas Silverpoint Vacations, S.L., Palm Beach Holiday Club Limited y Resort Properties Limited, de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, 4.870,00 libras esterlinas (5.628,12 euros), más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»3.- Para el caso de no ser estimada la pretensión anterior, se declare la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas, Silverpoint Vacations, S.L. y Resort Properties Limited, por razón de los contratos suscritos por las partes y que se recogen en el hecho tercero, debiendo por lo tanto devolver de forma solidaria dicha cantidad doblada, es decir, 7.000 libras esterlinas.

»Es justicia que insto...».

2.- La entidad demandada Silverpoint Vacations S.L., representada por el procurador D. Pedro Ledo Crespo y bajo la dirección letrada de D. José Minero Macías, se personó en las actuaciones y contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

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

3.- Por decreto de fecha 28 de abril de 2014 se tuvo por desistidos a los demandantes de la prosecución del proceso frente a los codemandados Palm Beach Holiday Club Limited y Resort Properties Limited.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arona se dictó sentencia, con fecha 12 de mayo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. desestimo íntegramente la demanda presentada por D. Leopoldo Pastor Llarena, procurador de los tribunales, en nombre y representación de Dña. Penélope y D. Everardo, frente a Silverpoint Vacations S.L.,



absolviendo a esta última de todos los pedimentos formulados en su contra con imposición de costas a la parte actora».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de los demandantes e impugnada la sentencia por la representación procesal del demandado, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, con fecha 11 de abril de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo:

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

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

»3º.- Revocar parcialmente la sentencia dictada el 12 de mayo de 2015 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Arona en Autos de Juicio Ordinario núm. 235/2013.

»4º.- No formular expresa condena en costas en ninguna de las instancias».

TERCERO.- 1.- D. Everardo y Dña. Penélope interpusieron recurso de casación por interés casacional para unificación de doctrina basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- La sentencia cuyo recurso ahora nos ocupa se opone a la doctrina del Tribunal Supremo expresada en sentencias dictadas por la Sala Primera del TS en fecha de 15 de enero de 2015 , en los autos de rec. de casación 3.190/12, sentencia de 8 de septiembre de 2015, recurso 1.432/13 y sentencia de 29 de marzo de 2016, recurso de casación 793/14 . Ya la primera referida anuncia expresamente en el fallo que la misma se constituye como doctrina jurisprudencial, e impone la sanción de nulidad radical a los contratos de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, en los que no se observen los elementos esenciales que definen el objeto, más concretamente se imponía tal grave sanción ante la falta de identificación adecuada del objeto contractual, en tanto el derecho comercializado no concretaba sobre que recae, no identificando ni el lugar ni el tiempo del disfrute. Se trata según la sentencia del Tribunal Supremo de una desatención a las exigencias de información expresamente impuestas en el art. 9 de la Ley 42/98 , si bien ha de subrayarse que la información de que se priva al adquirente es esencial pues no permite conocer adecuadamente el objeto sobre el que recae el derecho y el contrato, por lo que se asimila y de ahí la dura sanción a la nulidad radical por falta de objeto. La declaración de nulidad se hace en este caso con fundamento en el art. 1.7 de la Ley 42/98 , en relación con el art. 9.1.3.º que se incumple, sin perjuicio de anunciar que tal declaración es susceptible también de nulidad con fundamento en el Código Civil , por vulnerar norma imperativa, art. 6.3, así como por falta de elemento esencial art. 1.261 CC . La sentencia que ahora nos ocupa, en contra de tal criterio, viene a considerar que los contratos donde el objeto no esté debidamente definido, como sucede en los contratos de autos, y de forma más grave respecto de los derechos adquiridos en club Paradiso (contratos aportados al 4 y 5 de los documentos), quedan exentos de la aplicación de la norma por no ajustarse al ámbito objetivo de la misma, dejando huérfanos de normativa especial a aquellos contratos que con desatención a la norma sectorial no concretan el objeto, ni cumplen el esencial deber de información.

Motivo segundo.- Ante la desatención por la sentencia que nos ocupa, de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo al respecto de las consecuencias jurídicas que cabe imponer a la empresa comercializadora de este tipo de productos de derechos de uso o aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, como lo es la demandada, ante la desatención de la norma especial, Ley 42/98 LATBI, en su artículo 3 , que viene a establecer un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza. Esta doctrina jurisprudencial se expresa en sentencia de 15 de enero de 2015, dictada por el pleno de la Sala 1.ª del Tribunal, (rec. 961/2013, sentencia 774/2014 , ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel), dictada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en fecha de 16 de julio de 2015, sentencia 431/2015, recurso de casación 2.089/13 , ponente D. Antonio Salas Carceller, y la última y más reciente dictada el 29 de marzo de 2016, en el recurso de casación 793/14, también magistrado ponente D. Antonio Salas Carceller.

Motivo tercero.- Se da un claro interés casacional, al amparo del mismo artículo 477.2.3.º, en tanto existe criterios contradictorios al respecto de la consideración del adquirente como **consumidor** al amparo de la Ley General de **Consumidores** y Usuarios , Ley 26/1984, (según la fecha de celebración del contrato). Se sucede la divergencia de criterios a la vista de que la Audiencia Provincial de Tenerife considera no ser de aplicación esta norma en tanto no considera usuario a quien adquiere un derecho como particular, pero pretende a continuación lucrarse económicamente, aun cuando tal pretensión se lleva a cabo en el ámbito privado. Entendemos que se incumple los artículos 2 y 3 de la Ley 26/1984 , en interpretación conforme a los motivos de la Ley, que viene a ser lo que fallan otras AAPP tales como la de la Rioja, en sistemáticas sentencias



que dotan de la cualidad de **consumidor** a quien aun pretendiendo la adquisición para un provecho económico, en tanto se hace en la esfera privada debe tener la condición de **consumidor**.

Motivo cuarto.- Infracción de la doctrina clásica del Tribunal Supremo del *nomen iuris*. Esta divergencia de criterios respecto de la aplicación o no de la ley especial (Ley 42/98), al respecto de los derechos indeterminados vendidos respecto del club Paradiso (tercer y cuarto contrato, docs. núms. 4 y 5 de nuestra demanda) contradice además la doctrina clásica del *nomen iuris*, que viene a expresar que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aun cuando se le renombre de otra forma (adquisición de derechos vacacionales, filiación o membresía a un club), lo que está claro es que lo que comercializa la demandada, y así se les expone y vende al actor, no es otra cosa que derechos de aprovechamiento por turno de uso turístico, y como tales deben estar salvaguardados por su específica legislación que no olvidemos aparece en el marco normativo con un claro afán proteccionista ante los históricos abusos del sector. La no aplicación de la ley por la mera nominación del producto como paquete vacacional o afiliación a un club, sin que entendamos en que se diferencia de los demás productos que se comercializan bajo la identificación concreta de la mal llamada multipropiedad, o aprovechamiento por turno, entendemos que iría en contra del propio sentido de la norma, e incumplimiento de forma clara la doctrina jurisprudencial existente sobre la irrelevancia del *nomen iuris* recogida en SSTs de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985, y sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo 58/2013 de 25 de febrero, rec. 994/2010, que declara que los Tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 27 de septiembre de 2017, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de Silverpoint Vacations S.L., presentó escrito de oposición al mismo, aportando documental y proponiendo en otrosi digo el planteamiento de cuestión prejudicial.

3.- Respecto a la documental en providencia de fecha 19 de febrero de 2018 se acordó no haber lugar a la misma, sin perjuicio de que en la deliberación de los recursos la sala considerase necesario su incorporación, y no habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 21 de marzo de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

Los demandantes, en virtud de los contratos suscritos el 15 de enero de 2005, el 30 de enero de 2006, el 8 de enero de 2008 y el 12 de enero de 2009, adquirirían 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 los contratos se firmó también una declaración de conformidad y unos acuerdos 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.

Los demandantes Dña. Penélope y D. Everardo presentaron la demanda el 18 de marzo de 2013, contra Silverpoint Vacations, S.L, Resort Properties Limited, y Palm Beach Holiday Club Limited, ejercitaron la acción de nulidad o resolución de los referidos contratos, solicitaron:

La nulidad o subsidiaria resolución de los contratos suscritos así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, con la obligación solidaria de las codemandadas de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de los referidos contratos más los intereses devengados desde la interposición de la demanda, con expresa condena en costas a la contraparte.

Para el caso de no ser estimadas las pretensiones anteriores se declare la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por razón de los contratos suscritos por las partes debiendo devolver las codemandadas Resort Properties Limited y Silverpoint Vacations, S.L, de forma solidaria dicha cantidad doblada, es decir, 7.000 libras esterlinas.

Los demandantes desistieron de la acción que ejercitaban contra Resort Properties Limited y contra Palm Beach Holiday Club Limited.

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



La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda y absolvió a la demandada de todos los pedimentos formulados en su contra, con imposición de costas a la parte actora.

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.

La sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 11 de abril de 2016, estimó en parte el recurso formulado por los demandantes, revocó parcialmente la sentencia recurrida. Se desestimó la impugnación formulada por la entidad demanda Silverpoint Vacations S.L. No se formuló expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

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

- Las adquisiciones de club Paradiso tal y como reiteradamente se ha pronunciado esta Sección, se trata de un producto vacacional que no se encuentra regulado en la Ley 42/1998 porque ni los contempla ni los menciona.

- En las adquisiciones de semanas en Club Hollywood Mirage y Palm Beach Holiday Club Limited, los demandantes no actuaron como usuarios finales siendo su finalidad la reventa, lo que determina la imposibilidad de la aplicación de la Ley 42/1998. La inaplicación de la referida Ley, hace innecesario entrar en el análisis de los incumplimientos del referido texto.

- Se declara la inaplicación de la Ley 42/1998, tanto para las adquisiciones de semanas para su reventa, como a las membresías que adquirió tras no conseguir la reventa de las primeras, pues los actores han disfrutado a su conformidad, hasta que surgió el problema de la disponibilidad, lo que no determina la nulidad ni la resolución del contrato.

Se interpone recurso de casación por los demandantes Dña. Penélope y D. Everardo , el recurso tiene cuatro motivos:

El motivo primero se fundamenta en la infracción del art. 1.7 en relación con el art. 9 ambos Ley 42/1998 ; infracción del art. 6.3 CC , en relación con el art. 1261 CC .

Los recurrentes denuncian que el criterio seguido en la interpretación de estos artículos por la sentencia recurrida, va en contra de la doctrina de la sala que se recoge en la sentencia de 15 de enero de 2015, rec. 3190/2012 , y sentencias de 8 de septiembre y 29 de marzo de 2016 , que declara la nulidad de un contrato de aprovechamiento por turno en el que de forma indebida no se identificaba el objeto.

En el presente caso, según los recurrentes la falta de definición es mas grave, pues no se concreta ni el lugar ni el momento donde puede ejercitarse el uso, pero se recoge en todo momento los derechos respecto de la ocupación de un inmueble.

Solicitan los recurrentes que la sala aplique dicha doctrina y en consecuencia declare la nulidad radical a los contratos de autos por una falta grave de atención a la norma por una total indefinición del objeto.

El motivo segundo se fundamenta en la infracción del art. 3 Ley 42/1998 , que establece un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza.

La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de la sala que se recoge en la sentencia 774/2014 de 15 de enero de 2015, rec. 961/2013 , y sentencia 431/2015 de 16 de julio, rec. 2089/2013 , y la más reciente de 29 de marzo de 2016, rec. 793/2014, que declara la nulidad de cualquier derecho vendido desde la entrada en vigor de la Ley 42/1998, con una duración superior a cincuenta años.

Los recurrentes mantienen que la sentencia recurrida no otorga ninguna consecuencia a tal incumplimiento, pues consta la duración indefinida de los contratos, ya que no se identifica el tiempo de finalización de los mismo, además la duración indefinida se reconoce por la adversa.

En la página 8 del escrito de demanda, los recurrentes denunciaban la infracción del art. 3.1 Ley 42/1998 por la indeterminación del plazo de duración del régimen.

El motivo tercero se fundamenta en la infracción de los arts. 2 y 3 Ley 26/1984 , en cuanto a la condición de **consumidores** de los adquirentes de estos productos.

Los recurrentes alegan que la Audiencia Provincial de Tenerife, considera que no es de aplicación esta norma porque los adquirentes pretenden lucrarse económicamente aun cuando esta pretensión se lleve a cabo en el ámbito privado, frente a esta posición citan las sentencias de la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de la Rioja, en sentencias de 20 de febrero de 2013, rec. 389/2011 , y 15 de julio de 2011, rec. 92/2010 , que reconocen la condición de **consumidor** a los adquirentes aunque pretendan un provecho económico en tanto se hace en la esfera privada.



A pesar de que exista jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, los recurrentes alegan que el motivo se formula porque la sentencia recurrida iría en contra de la doctrina de la sala que se recoge en la sentencia de 22 de diciembre de 2009, rec. 407/2006 , 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.

El motivo cuarto, se fundamenta en la infracción de la doctrina clásica del Tribunal Supremo, del *nomen iuris* que expresa que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aun cuando se le renombre de otra forma, lo que está claro es que lo que comercializa la demandada no es otra cosa que derechos de aprovechamiento por turno turístico y como tales derechos deben estar salvaguardados por su específica legislación.

Los recurrentes alegan que la no aplicación de la ley por la mera nominación del producto como paquete vacacional o afiliación a un club iría en contra del propio sentido de la norma e incumple de forma clara la doctrina jurisprudencial sobre la irrelevancia del *nomen iuris* que recogen las sentencias de 24 de enero de 1986 , 25 de abril de 1985 , que declara que los tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado, porque aunque el documento haya querido llamar algo distinto, el objeto contractual está claro, se adquieren derechos de aprovechamiento por turno, que implica el derecho de uso exclusivo de un inmueble durante un período semanal al año, previo pago de una cuota de mantenimiento.

SEGUNDO .- *Contratos.*

1.- Contrato de 15 de enero de 2015. Se adquieren dos participaciones en complejo Hollywood Mirage, en apartamentos y semanas identificados, por precio conjunto de 5988 libras esterlinas, años de ocupación 2006 y 2005, respectivamente. Sin duración.

2.- Contrato de 30 de enero de 2006. Se adquieren dos participaciones en complejo Palm Beach Holliday Club, en apartamentos y semanas identificados, por precio conjunto de 4870 libras esterlinas, año de ocupación 2007. Sin duración.

3.- Contrato de 8 de enero de 2008. Se adquiere una participación en complejo Club Paradiso, referencia City 1879, por precio de 15.000 libras esterlinas, año de ocupación 2008. Sin duración y sin concreción de apartamento ni semana.

4.- Contrato de 12 de enero de 2009. Se adquiere una participación en complejo Club Paradiso, referencia Isla 0779, por precio de 7255 libras esterlinas, año de ocupación 2009. Sin duración y sin concreción de apartamento ni semana.

TERCERO .- *Motivos uno a cuatro.*

1.- Motivo primero.- La sentencia cuyo recurso ahora nos ocupa se opone a la doctrina del Tribunal Supremo expresada en sentencias dictadas por la Sala Primera del TS en fecha de 15 de enero de 2015, en los autos de rec. de casación 3.190/12, sentencia de 8 de septiembre de 2015, recurso 1.432/13 y sentencia de 29 de marzo de 2016, recurso de casación 793/14 . Ya la primera referida anuncia expresamente en el fallo que la misma se constituye como doctrina jurisprudencial, e impone la sanción de nulidad radical a los contratos de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, en los que no se observen los elementos esenciales que definen el objeto, más concretamente se imponía tal grave sanción ante la falta de identificación adecuada del objeto contractual, en tanto el derecho comercializado no concretaba sobre que recae, no identificando ni el lugar ni el tiempo del disfrute. Se trata según la sentencia del Tribunal Supremo de una desatención a las exigencias de información expresamente impuestas en el art. 9 de la Ley 42/98 , si bien ha de subrayarse que la información de que se priva al adquirente es esencial pues no permite conocer adecuadamente el objeto sobre el que recae el derecho y el contrato, por lo que se asimila y de ahí la dura sanción a la nulidad radical por falta de objeto. La declaración de nulidad se hace en este caso con fundamento en el art. 1.7 de la Ley 42/98 , en relación con el art. 9.1.3.º que se incumple, sin perjuicio de anunciar que tal declaración es susceptible también de nulidad con fundamento en el Código Civil , por vulnerar norma imperativa, art. 6.3, así como por falta de elemento esencial art. 1.261 CC . La sentencia que ahora nos ocupa, en contra de tal criterio, viene a considerar que los contratos donde el objeto no esté debidamente definido, como sucede en los contratos de autos, y de forma más grave respecto de los derechos adquiridos en club Paradiso (contratos aportados al 4 y 5 de los documentos), quedan exentos de la aplicación de la norma por no ajustarse al ámbito objetivo de la misma, dejando huérfanos de normativa especial a aquellos contratos que con desatención a la norma sectorial no concretan el objeto, ni cumplen el esencial deber de información.

2.- Motivo segundo.- Ante la desatención por la sentencia que nos ocupa, de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo al respecto de las consecuencias jurídicas que cabe imponer a la empresa



comercializadora de este tipo de productos de derechos de uso o aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, como lo es la demandada, ante la desatención de la norma especial, Ley 42/98 LATBI, en su artículo 3, que viene a establecer un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza. Esta doctrina jurisprudencial se expresa en sentencia de 15 de enero de 2015, dictada por el pleno de la Sala 1.ª del Tribunal, (rec. 961/2013, sentencia 774/2014, ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel), dictada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en fecha de 16 de julio de 2015, sentencia 431/2015, recurso de casación 2.089/13, ponente D. Antonio Salas Carceller, y la última y más reciente dictada el 29 de marzo de 2016, en el recurso de casación 793/14, también magistrado ponente D. Antonio Salas Carceller.

3.- Motivo tercero.- Se da un claro interés casacional, al amparo del mismo artículo 477.2.3.º, en tanto existe criterios contradictorios al respecto de la consideración del adquirente como **consumidor** al amparo de la Ley General de **Consumidores** y Usuarios, Ley 26/1984, (según la fecha de celebración del contrato). Se sucede la divergencia de criterios a la vista de que la Audiencia Provincial de Tenerife considera no ser de aplicación esta norma en tanto no considera usuario a quien adquiere un derecho como particular, pero pretende a continuación lucrarse económicamente, aun cuando tal pretensión se lleva a cabo en el ámbito privado. Entendemos que se incumple los artículos 2 y 3 de la Ley 26/1984, en interpretación conforme a los motivos de la Ley, que viene a ser lo que fallan otras AAPP tales como la de la Rioja, en sistemáticas sentencias que dotan de la cualidad de **consumidor** a quien aun pretendiendo la adquisición para un provecho económico, en tanto se hace en la esfera privada debe tener la condición de **consumidor**.

4.- Motivo cuarto.- Infracción de la doctrina clásica del Tribunal Supremo del *nomen iuris*. Esta divergencia de criterios respecto de la aplicación o no de la ley especial (Ley 42/98), al respecto de los derechos indeterminados vendidos respecto del club Paradiso (tercer y cuarto contrato, docs. núms. 4 y 5 de nuestra demanda) contradice además la doctrina clásica del *nomen iuris*, que viene a expresar que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aun cuando se le renombre de otra forma (adquisición de derechos vacacionales, filiación o membresía a un club), lo que está claro es que lo que comercializa la demandada, y así se les expone y vende al actor, no es otra cosa que derechos de aprovechamiento por turno de uso turístico, y como tales deben estar salvaguardados por su específica legislación que no olvidemos aparece en el marco normativo con un claro afán proteccionista ante los históricos abusos del sector. La no aplicación de la ley por la mera nominación del producto como paquete vacacional o afiliación a un club, sin que entendamos en que se diferencia de los demás productos que se comercializan bajo la identificación concreta de la mal llamada multipropiedad, o aprovechamiento por turno, entendemos que iría en contra del propio sentido de la norma, e incumple de forma clara la doctrina jurisprudencial existente sobre la irrelevancia del *nomen iuris* recogida en SSTs de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985, y sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo 58/2013 de 25 de febrero, rec. 994/2010, que declara que los Tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

CUARTO .- *Causas de inadmisibilidad.*

Procede rechazarlas dado que:

1.º- Se invoca acertadamente el interés casacional dadas las contradicciones entre sentencias de Audiencias Provinciales y la reciente doctrina jurisprudencial de esta sala, que luego se citará.

2.º- No se intentan modificar los hechos probados de la sentencia recurrida, al ser prácticamente inexistentes.

QUINTO .- *Decisión de la Sala. Régimen jurídico.*

Se estiman los motivos.

En el régimen jurídico que regula el aprovechamiento por turno, y haciendo una breve reseña histórica de su regulación debemos citar:

1. La Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguló en España, por primera vez, el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, también conocido con la expresión más breve -aunque inexacta y prohibida- de multipropiedad.

Antes de la promulgación de la Ley 42/1998 se había aprobado por las instituciones de la entonces Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, la Directiva 94/47/CE, que, con la finalidad de acabar con los fraudes y abusos que se daban en ese sector, obligaba a los legisladores nacionales a dictar determinadas normas protectoras de los adquirentes de este tipo de derechos sobre inmuebles. La Ley 42/1998 no se limitó a la transposición estricta de la Directiva, sino que procuró dotar a la institución de una regulación completa, más amplia de la exigida por aquélla.



El objeto de Ley, según indica su art. 1, 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 en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios.

Entre las cuestiones que suscita el derecho de aprovechamiento por turno se encuentran las referidas a la configuración jurídica del derecho y a la protección del adquirente en la celebración del contrato.

En lo que respecta a la configuración jurídica del derecho, la cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola. Según indica su preámbulo, la Ley 42/1998 «ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo, sin embargo, la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica».

El derecho de aprovechamiento por turno es, por naturaleza, temporal. Así se desprende del art. 3 de la Ley, al establecer que: «1. La duración del régimen será de tres a cincuenta años, a contar desde la fecha de inscripción del régimen jurídico o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción.

»2. Extinguido el régimen por transcurso del plazo de duración, los titulares no tendrán derecho a compensación alguna».

La indicación de la fecha en que el régimen de aprovechamiento por turno se extinguirá es uno de los extremos que configuran el contenido mínimo del contrato de transmisión de derechos de aprovechamiento por turno (art. 9.1. 2.º y 10.º de la Ley).

En lo que respecta a la protección del adquirente en la celebración del contrato, la ley regula de forma detallada las cuestiones referidas al documento informativo -art. 8-, el contenido del contrato -art. 9-, el desistimiento y la resolución *ad nutum* y la resolución-sanción -art. 10-, la prohibición del pago de anticipos -art. 11- y la resolución de préstamos vinculados -art. 12-.

2. La Ley 4/2012, de 6 de julio.

La nueva Directiva 2008/122/CE, deroga la anterior, y tiene como fundamento la aparición de nuevos productos vacacionales; asimismo, completa lagunas, amplía la armonización de los ordenamientos internos de los estados, refuerza la información al **consumidor**, regula con mayor precisión los plazos de ejercicio del derecho de desistimiento, insiste y amplía la prohibición de pago de anticipos durante el plazo de ejercicio de tal derecho, y determina la ineficacia de determinados préstamos de financiación para el caso de desistimiento.

Su incorporación al ordenamiento jurídico español se ha producido con la actual regulación de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

En esta nueva norma se ha optado por elaborar un texto unificado, que comprenda tanto la transposición de la Directiva 2008/122/CE, en el título I, como la incorporación de la Ley 42/1998, en los títulos II y III, con las adaptaciones que requiere dicha Directiva.

La Ley 4/2012 contempla la regulación de cuatro figuras contractuales: el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, el contrato de adquisición de productos vacacionales de larga duración, el contrato de reventa y el contrato de intercambio.

El derecho de desistimiento del **consumidor** se establece sin necesidad de motivación y se puede ejercer tanto si el empresario hubiera facilitado toda la información precontractual como si no lo hubiera hecho o la hubiera facilitado de forma insuficiente. Se trata de un único derecho que se diferencia sólo en el cómputo. Las cláusulas contractuales correspondientes al derecho de desistimiento y a la prohibición del pago de anticipos, serán firmadas aparte por el **consumidor**.

El contrato incluirá, asimismo, un formulario normalizado de desistimiento en documento aparte.

El plazo de los 14 días que en todos los tipos contractuales tiene el **consumidor** para desistir del contrato se computarán de la forma que establece el art. 12 de la Ley 4/2012. Dicho plazo arrancará desde la fecha de celebración del contrato, si bien, como garantía para el adquirente, el plazo no empezará a contar si el empresario no le hubiera entregado el «formulario de desistimiento» o la «información precontractual» (de ahí la enorme importancia de la presencia de la firma y de la fecha en el propio interés del empresario), en



cuyo caso comenzará a contar a partir del momento de la fecha de su efectiva entrega. Ahora bien, desde el momento de la celebración del contrato la ley establece para hacer efectivo el desistimiento el plazo máximo de un año -por ausencia de formulario- o de tres meses -por ausencia de información precontractual-.

Dado que el contrato analizado se formaliza después, es indudable que será la Ley 42/1998 la aplicable al caso.

SEXTO .- *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 (art. 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.

SÉPTIMO .- *Contratos analizados.*

Examinados los contratos, se puede apreciar que en nada respeta los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la ley establece en su art. 9. Se exigen anticipos que los contratos denominan «depósito» y no se determina la duración de los contratos. Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma. Máxime en los del club Paradiso que ni se menciona el apartamento, ni la semana.

Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley».

Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en los contratos no se transcriben los arts. 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998, ni mencionan, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (art. 9.1.6.º), por lo que el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato.

OCTAVO .- *Régimen jurídico de los contratos.*

En estos contratos se refiere:

1. Carta de asociación al club de vacaciones.
2. Un programa de intercambio.
3. Cuota de gestión anual.
4. Pago anticipado.

En la sentencia recurrida se declara que estos contratos no se refieren a un contrato de aprovechamiento por turno sino a un producto vacacional (membresía), completamente distinto, que la Ley 42/1998 no recoge ni menciona y que sí regula la Ley 4/2012 que por su ámbito temporal no es aplicable a estos contratos.



Esta sala debe declarar que si bien es cierto que la Ley 42/1998 no regulaba expresamente los contratos de producto vacacional, ello no significa que quedasen al margen de la regulación del fenómeno, pues como dijimos regulaba los aprovechamientos por turno o «similares».

Es decir, la Ley 42/1998 concedora de las posibilidades de fraude (art.1.7) se preocupó de ampliar su cobertura a:

«El 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, 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».

Precisamente por ese intento de fraude que intentaba eludir la aplicación de la mencionada directiva de 1994 y de la Ley 42/1998, se regulan en los arts. 12 y siguientes de la Ley 4/2012 los contratos de producto vacacional de larga duración, sometidos a estrictos requisitos y a diversos formularios.

La nueva Directiva 2008/122/CE recoge en sus considerandos iniciales:

«Además, la experiencia adquirida en la aplicación de la Directiva 94/47/CE ha demostrado que algunos aspectos que ya estaban cubiertos necesitan una actualización o una precisión para impedir que se creen productos con la finalidad de eludir las disposiciones de la presente Directiva».

Pero el acuerdo armonizador que efectúa la Directiva 2008/122, ampliando la regulación a los productos vacacionales para evitar el fraude, ya se había anticipado en nuestra Ley 42/1998, pues dado que las directivas comunitarias son normas de mínimos nuestro legislador creó una regulación sistemática y amplia del aprovechamiento por turno.

En este sentido declara la exposición de motivos de la Ley 42/1998 que:

«Al final, la propia Unión Europea llegó al convencimiento de que el problema no estaba tanto en una teórica insuficiencia legislativa como en el hecho de tratarse de un sector donde el **consumidor** está especialmente desprotegido, de modo que lo procedente era la elaboración de una Directiva que estableciera una normativa de carácter excepcional y que limitara, en este ámbito, la autonomía de la voluntad hasta donde fuera aconsejable...

»La cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola, dejando fuera de la ley a las demás. Se ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo sin embargo la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica.

»La Ley, por otra parte, no se limita a la transposición estricta de la Directiva, sino que procura dotar a la institución de una regulación completa. Así determina la posibilidad de constituir un derecho de naturaleza real, por el que se adquiere la facultad de disfrutar de un inmueble durante un período determinado del año; regula cómo se constituye sobre un inmueble el régimen jurídico del aprovechamiento por turno y dispone cómo han de ejercitarse en España los derechos de desistimiento y resolución que establece la Directiva europea.

»No es la primera vez que un texto comunitario es origen de una regulación interna más amplia de la exigida por aquél y, más aún, tratándose de Directivas que establecen unas garantías mínimas de protección».

A la vista de lo declarado debemos mantener que en los contratos analizados, se pretende el uso periódico de unas semanas de vacaciones, en los turnos previamente adquiridos, en alojamientos susceptibles de uso independiente, con mobiliario y prestación de servicios accesorios, con pago de una notable cantidad por la compra del derecho y con gastos de mantenimiento anuales, con posibilidad de desistimiento, reventa, intercambio, en suma, estos contratos quedan integrados en el ámbito objetivo de regulación del art. 1 de la Ley 42/1998 .

Examinados los contratos se puede apreciar que en nada respeta los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la ley establece en su art. 9 . Se exigen anticipos, en un caso, que el contrato denomina «depósito» y no se concreta el objeto del contrato en dos de ellos, pues no se indica un apartamento sino una tipología de inmueble a la que denomina «City» e «Isla».

Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma.



Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley».

Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en los contratos no se transcriben los arts. 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998, ni mencionan, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (art. 9.1.6.º), por lo que el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato, ni tampoco la duración del contrato y en dos de los casos ni el objeto.

NOVENO .- Condición de **consumidor** a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.

Esta sala ha declarado en sentencia 16/2017, de 16 de enero :

«2.- 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 la redacción vigente cuando se firmaron los contratos litigiosos, "son **consumidores** o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

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

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

»En otras normas internacionales o comunitarias, que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su art. 15.1 para "contratos celebrados por una persona, el **consumidor**, para un uso que pudiese considerarse ajeno a su actividad profesional". Concepto que reitera el art. 17.1 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A su vez, el Reglamento 593/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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"».

DÉCIMO .- El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de **consumidor** de una persona física.



Esta sala ha declarado en sentencia 16/2017, de 16 de enero :

«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. 1.1.º CCom ».

Desde este punto de vista, no consta que los Sres. Penélope Everardo realizaran habitualmente este tipo de operaciones por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de **consumidores**. El hecho de que se contrataran otras semanas, solo supone la decisión de invertir en dicho producto, pero no que se dedicasen profesionalmente a su compra y venta.

UNDÉCIMO .- De acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 , ya mencionado, procede declarar la nulidad radical de los contratos por no ajustarse a lo dispuesto en la misma, la que se trató de eludir sistemáticamente.

DUODÉCIMO .- *Cantidades a devolver.*

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 legales, pero no ha sucedido así en el presente supuesto en el cual, los demandantes han podido disfrutar durante algunos años de los alojamientos que el contrato les ofrecía, por lo que el reintegro de cantidades satisfechas no ha de ser total sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años.

En consecuencia, de la cantidad satisfecha habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados partiendo de la atribución de una duración contractual de 50 años, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, acogiendo así los pedimentos principales del «suplico» de la demanda en cuanto a los contratos de que se trata sin necesidad de entrar en la consideración de las pretensiones formuladas con carácter subsidiario.

Calculamos los años de uso, partiendo de la fecha de primera ocupación que figura en cada contrato, hasta la fecha de la interposición de la demanda, lo que se determinará en ejecución de sentencia.

No procede condena a la devolución de los gastos de mantenimiento dado que los demandantes tuvieron a su disposición los referidos inmuebles para usarlos, como de hecho hicieron directa o indirectamente.



Por lo expuesto se estima parcialmente la casación y asumiendo la instancia se estima parcialmente la demanda.

DECIMOTERCERO .- No ha lugar a plantear cuestión prejudicial, dada la claridad del desarrollo jurisprudencial del concepto de **consumidor** por el TJUE, en cuanto que en el presente caso los demandantes actúan al margen de una actividad profesional (STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

Esta sala tampoco considera preciso que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la segunda cuestión que se propone por el recurrente, habida cuenta de que el art. 11 de la Directiva 94/47/CE , como resulta de su propio tenor literal, permitía a los Estados mantener disposiciones más favorables en materia de protección del adquirente, lo que el legislador español pretendió hacer mediante la regulación del tipo de productos vacacionales que contempló en la Ley 42/1998.

DECIMOCUARTO .- Estimada sustancialmente la demanda se imponen a la demandada las costas de primera instancia. (arts. 394 y 398 LEC).

No procede imposición de costas de la apelación ni de la casación, con devolución del depósito constituido para este recurso.

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 parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Everardo y Dña. Penélope , contra sentencia de 11 de abril de 2016, del recurso de apelación 648/2015, de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife .

2.º- Casar la sentencia recurrida, dictando una nueva por la que se estima sustancialmente la demanda en el siguiente sentido:

a) La nulidad radical de los contratos de 15 de enero de 2005, 30 de enero de 2006, 8 de enero de 2008 y 12 de enero de 2009.

b) Condenamos a la demandada al pago a los demandantes de la cantidad que en ejecución de sentencia se determine conforme al fundamento de derecho decimosegundo, e interés legal desde la interposición de la demanda y al pago de las costas de la primera instancia.

3.º- No procede imposición de costas de la apelación ni en casación, con devolución del depósito constituido para este recurso.

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.