



Roj: **STS 1158/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1158**

Id Cendoj: **28079110012018100168**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2018**

Nº de Recurso: **2818/2016**

Nº de Resolución: **195/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 643/2016,**
STS 1158/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 195/2018

Fecha de sentencia: 06/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2818/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Tenerife, Sección 4ª

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 2818/2016

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. 195/2018

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 6 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 26 de mayo 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 713/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 493/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente D.ª Micaela y D. Cesar , representados por el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida la mercantil Silverpoint Vacations, S.L, representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los tribunales D. Buenaventura Alfonso González, formuló demanda de juicio ordinario de nulidad contractual, contra la mercantil Silverpoint Vacations, S.L, suplicando al juzgado:

«La nulidad radical o subsidiaria resolución del contrato de fecha 29 de enero de 2010 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

»A. Por precio del referido contrato, el importe de 25.000'00 (veinticinco mil libras esterlinas), que se corresponden salvo error u omisión a 30.360'50 ? (treinta mil trescientos sesenta euros con cincuenta céntimos) 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 meritados contratos de 25.000'00 libras esterlinas [30.360'50 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 (60.721'00 euros), de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 25.000'00 libras esterlinas (30.360'50 euros) por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado en el 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

»A. Por precio del referido contrato, el importe de 25.000'00 (veinticinco mil libras esterlinas), que corresponden salvo error u omisión a 30.360'50? (treinta mil trescientos sesenta euros con cincuenta céntimos)

»Más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.»

2.- Por decreto de 31 de julio de 2014, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador de los tribunales D. Pedro Ledo Crespo, en nombre y representación de Silverpoint Vacations,S.L., contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al juzgado:

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

4.- El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Arona, dictó sentencia el 16 de octubre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales, don Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de D. Cesar y D.ª Micaela frente a la entidad Silverpoint Vacations, S.L representada por el Procurador don Pedro Crespo, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra, sin hacer especial imposición de las costas causadas en esta instancia.»

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

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Silvertpoint Vacation, S.L correspondiendo su resolución a la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 26 de mayo de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

»1. Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la entidad apelada Silvertpoint Vacations S.L, condenándole al pago de las costas de dicha impugnación, con pérdida del depósito que se haya constituido para impugnar.

»2. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por Cesar y Micaela , 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 sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de D.ª Micaela y D. Cesar , con base en los siguientes motivos:

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

El segundo se fundamenta, en la infracción del art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley LGDCU

El tercero se fundamenta en la infracción de los arts. 2 , 3 , 8 , 9 , 10 , 11, Ley 42/1998 , en relación con lo dispuesto en el art. 1.7 de la misma Ley .

2.- La sala dictó auto el 25 de octubre de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«1.º- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Micaela y D. Cesar contra la Sentencia dictada, 26 de mayo 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 713/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 493/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona.

»2.º- Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de Silvertpoint Vacations S.L, se opuso al recurso formulado de contrario, planteando dos cuestiones prejudiciales sobre el concepto de adquirente contenido en el art. 11 de la Directiva 94/47/CE .

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el día 3 de abril del presente año, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.-** *Resumen de Antecedentes.*

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

1.- Los demandantes, en virtud de los contratos suscritos el 20 de enero de 2010 adquirirían un «certificado de licencia de vacaciones», «certificados de fiducia» por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutaría por periodos vacacionales en unos complejos, previo pago del precio y se cancelaba el contrato de fecha 10 de marzo de 2009.

Junto con el contrato se firmó también una declaración de conformidad y un contrato de reventa.

2.- Los demandantes D.ª Micaela y D. Cesar presentaron demanda el 20 de junio de 2014, en la que ejercitaba acción para que se declarara:

(i) La nulidad radical o subsidiaria resolución del contrato suscrito por las partes el 20 de enero de 2010, así como sus anexos con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato que asciende a la cantidad total de 30.360,50 euros.

(ii) La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y que se condene a devolver las cantidades por duplicado, por importe de 30.360,50 euros por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado.



(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 del contrato por importe de 30.360,50 euros.

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

3.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda en atención a lo siguiente. (i) los derechos de membresía o de afiliación a un club no son incardinables en la ley 42/98; (ii) los adquirentes de los derechos no tienen la condición de consumidores pues su fin era el de la inversión, por lo que tampoco sería de aplicación la citada ley, y, (iii) si fuese de aplicación los incumplimientos de su normativa solo podría dar lugar al desistimiento o resolución de los contratos, que no se ha producido ni planteado, pero no a la nulidad.

4.- Los demandantes interpusieron recurso de apelación contra la anterior sentencia y fue impugnada por la parte apelada.

Correspondió conocer del recurso a la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 26 de mayo de 2016 por la que desestimó la impugnación formulada por la entidad apelada, con condena en costas de tal impugnación, y desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes.

5.- La sentencia de apelación confirma la sentencia dictada en primera instancia por sus propios fundamentos, y añade, de forma destacada, que no es aplicable al caso la Ley 42/98, de 15 de diciembre, por no tener los demandantes la condición de consumidores sino de inversores para obtener beneficios con la reventa.

6.- La representación procesal de la parte actora interpuso recurso de casación.

El recurso se articula en tres motivos:

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

Los recurrentes alegan que es de aplicación a estos contratos en los que se adquiere la afiliación a un Club Vacacional la Ley 42/1998, pero existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales referida a esta cuestión.

Denuncian 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 entender que estos contratos no se encuentran regulados por la mencionada Ley, porque ni los contempla ni los menciona cita numerosas sentencias en este sentido.

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

Igualmente citan las sentencias de esta sala n.º 774/2014 de 15 de enero de 2015 rec. 961/2013, sentencia n.º 776/2014 de 28 de abril de 2015, rec. n.º 2764/2012 y la sentencia n.º 460/2015 de 8 de septiembre, rec. n.º 1432/2013 y en el mismo sentido la sentencia n.º 775/2014 de 15 de enero de 2015, rec. n.º 3190/2012.

Los recurrentes entienden que la afiliación al Club, es equiparable a la semana flotante sobre la que la sala se ha pronunciado aplicando la ley 42/1998 y ha declarado la nulidad de estos contratos.

El segundo 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, la Ley 42/1998 protege a los adquirentes, y además no son profesionales del sector y solo 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, en sentencia n.º 776/2014 de 28 de abril de 2015, rec. 2764/2012 y las sentencias de la sala de 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010, que declaran 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.

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, en sentencias de 20 febrero de 2013, y 11 de enero de 2013 entre otras.

El tercero se fundamenta en la infracción de los arts. 2, 3, 8, 9, 10, 11, Ley 42/1998, en relación con lo dispuesto en el art. 1.7 de la misma Ley. Se alega también la infracción de los arts. 1261, 1265, 6.3 todos del Código Civil. La recurrente mantiene que la aplicación de la Ley 42/1998, determina la nulidad de estos contratos, por la infracción de los preceptos citados, porque no se refleja la duración de los contratos y por falta de fijación de cual es su objeto.

Los recurrentes, en concreto, denuncia que como no se refleja plazo de duración alguno en estos contratos conforme a la doctrina de la sala, recogida en: sentencia n.º 385/2016 de 7 de junio, rec. n.º 790/2014, sentencia n.º 340/2016, rec. 810/2014, de 24 de mayo, sentencia n.º 192/2016 de 29 de marzo, rec. 793/2014, sentencia n.º 96/2016 de 19 de febrero, rec. 461/2014, 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, se debe declarar la nulidad por tratarse de contratos de duración indefinida.

Los recurrentes en la página 20 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.

Se denuncia también que la indeterminación del alojamiento que determina el objeto del contrato lleva consigo la nulidad de los contratos como se ha pronunciado la sala en, sentencias n.º 460/2015 de 8 de septiembre rec. n.º 1432/2013 y sentencia n.º 775/2014 de 15 de enero de 2015, rec. n.º 3190/2012.

7.- La sala dictó auto el 25 de octubre de 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación y abrir plazo para que la parte recurrida formalizase por escrito su oposición al recurso.

8.- La parte recurrida presentó escrito de oposición, si bien alegó óbices de admisibilidad y propuso que la sala plantease dos cuestiones de prejudicialidad al TJUE, en los que se formularsen las siguientes cuestiones:

PRIMERA:

-¿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 "adquierente" en el sentido que otorga la Directiva?

SEGUNDA:

-¿Debe considerarse que el artículo 11 de la Directiva 94/47/CE permite a los Estados Miembros impedir la comercialización de productos de los previstos en el ámbito de aplicación de la directiva (artículo 2), teniendo en cuenta que el artículo 11 únicamente permite a los Estados Miembros que adopten medidas que sean más favorables en materia de protección del adquirente en el ámbito regulado por la misma?

SEGUNDO.- *Decisión sobre admisibilidad del recurso.*

Procede su admisibilidad en este momento procesal, confirmando la que de forma provisoria se acordó en el auto de 25 de octubre 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 o desde el subjetivo.

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.- Tres son las cuestiones jurídicas a resolver: (i) Si 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 demandantes, adquirentes de los productos vacacionales (Motivo 2º); (iii) De ser aplicable la Ley 42/1998, consecuencias del incumplimiento de su normativa, especialmente por la indefinición de la duración del contrato.

Sobre todas estas cuestiones se viene pronunciando la sala con reiteración (sentencias de Pleno 16/2017, de 16 de enero, y sentencia 115/2017, de 22 de febrero, entre otras muchas), por lo que estaremos a ellas al decidir el presente 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 periodo 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.»

Con tales argumentos no entiende la sala necesario plantear las dos cuestiones prejudiciales que propone la recurrida.

SEXTO.- La sentencia recurrida además de negar que el contrato litigioso se encuentre sujeto a la ley 42/1998 por razones objetivas, lo niega por razones subjetivas, por considerar que los demandantes no son 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). Menciona 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 .»

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* invertido.

NOVENO.- Al ser de aplicación, pues, la Ley 42/1998, se aprecia que no se ha cumplido sus preceptos si se contrasta los contratos de adquisición con el artículo 9 de la Ley que impone un extenso contenido mínimo y, por supuesto, el de la duración del contrato.

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

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

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

DÉCIMO.- Como recoge la doctrina de la Sala, (sentencia 38/2017, de 20 de enero)«es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante la interpretación de dicha norma y su aplicación al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del artículo 3 CC en el sentido de que dicha interpretación se ha de hacer atendiendo fundamentalmente a su «espíritu y finalidad». En el caso del citado artículo 1.7 se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato -normalmente de adhesión- que no cumple con las prescripciones leales.»

Pero no es el supuesto aquí enjuiciado, pues los demandantes han tenido a su disposición los aprovechamientos litigiosos desde el inicio de vigencia de los contratos hasta la fecha de presentación de la demanda.

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

No procede sumar a tal cantidad la correspondiente a la penalización por el anticipo indebido, pues este tuvo lugar en el contrato de 10 de marzo de 2009, que fue cancelado, y no en el que aquí se declara nulo de fecha 20 de enero de 2010.

DÉCIMO PRIMERO.- En aplicación de los artículos 943.1 y 398.1 LEC , no procede imponer a la parte recurrente las costas del presente recurso de apelación.

No se hace expresa condena en 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 interpuesto por D.ª Micaela y D. Cesar , contra la sentencia dictada, con fecha 26 de mayo 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 713/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 493/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona.

2.º- Casar la sentencia recurrida en lo aquí decidido y, con estimación del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, declarar la nulidad radical del contrato litigioso, con devolución de las cantidades satisfechas en concepto de pago derivado de él, pero en los términos que se recogen en el fundamento de derecho décimo.

3.º- No ha lugar a hacer expresa condena en costas de las de primera instancia.



4.º- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de apelación ni las del recurso de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ