



Roj: **STS 1410/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1410**

Id Cendoj: **28079110012018100222**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2018**

Nº de Recurso: **3012/2016**

Nº de Resolución: **231/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2756/2016,**  
**STS 1410/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 231/2018**

Fecha de sentencia: 20/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3012/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 3012/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 231/2018**

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 20 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 5 de julio 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 789/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 558/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arona.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente D.ª Edurne y D. Jose Ignacio , representada por el procurador D. Ludovico Moreno Martín- Rico, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana y D. Oscar Salvador Santana González.

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

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los tribunales D. Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación del Sr. Jose Ignacio y Edurne , interpuso demanda de juicio ordinario de nulidad contractual contra la mercantil Silverpoint Vacations, S.L, suplicando al juzgado:

« que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que se acompañan, se sirva a admitirlo, se me tenga por comparecido y parte demandante en el proceso y, en la representación que ostento, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, por formulada la demanda de juicio declarativo ordinario frente a Resort Properties Limited y Silverpoint Vacations S. L. y tras los trámites oportunos y el recibimiento del pleito a prueba, dicte en su día sentencia por la que se declare:

»1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución, del contrato suscrito por las partes el 18 de marzo de 2009, así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, en ambos casos con obligación para las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 9.000,00 libras esterlinas, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas por razón del meritado contrato 1.000,00 Libras y la obligación de estas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 2.000,00 libras esterlinas.

»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 tal contrato, (10.000 LIBRAS ESTERLINAS) con expresa imposición de costas a las partes demandadas.»

2.- Por decreto de 15 de enero de 2013 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador 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 la demanda, con la imposición expresa a la parte actora de las costas causadas en la instancia.»

4.- El Juzgado dictó sentencia el 18 de febrero de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Desestimar íntegramente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de D. Jose Ignacio y D.ª Jose Ignacio , y en su virtud absuelvo a Silverpoint Vacation de los pedimentos frente a ella deducidos, sin imposición de costas.»

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

1.- La representación procesal de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo su tramitación a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que dictó sentencia el 5 de julio de 2016 con la siguiente parte dispositiva:



»1. Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Jose Ignacio y doña Edurne , contra la sentencia dictada en el presente procedimiento, y desestimar la impugnación formulada por la representación procesal de la entidad SILVERPOINT VACATIONS, S.L., revocando únicamente el pronunciamiento de las costas de la primera instancia, que se deja sin efecto para no hacer imposición expresa de las mismas, manteniendo el resto de los pronunciamientos de fondo acordados en dicha resolución.

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

Devuélvase la totalidad del depósito a la parte apelante, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., si se hubiera constituido.

»Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional ( art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), y recurso extraordinario por infracción procesal *si* se formula conjuntamente con aquél ( Disposición Final decimosexta 2a, de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.»

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

1.- Contra la anterior sentencia dictada por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Tenerife, interpuso recurso de casación la representación procesal de D.ª Edurne y D. Jose Ignacio , 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 , y 12 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, cuya parte dispositiva dice:

«1.º- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Edurne y D. Jose Ignacio contra la Sentencia dictada, con fecha 5 de julio 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 789/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 558/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 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.- El procurador de los tribunales D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de Silverpoint Vacations, formuló su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 3 de abril de 2018, 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 del contrato suscrito el 18 de marzo de 2009, que a continuación se transcribe, adquirieron un "certificado de fiducia" y las correspondientes "licencias-certificados de vacaciones", por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por periodos de vacaciones en unos complejos, previo pago de precio.

Transcripción del contrato:

### RESORT PROPERTIES

Comprador: Sr. Jose Ignacio Sra. Edurne

( NUM001 )

Fecha:Tenerife, 18-03-2009



Dirección: NUM000 DIRECCION000 B631JF Reino Unido

Teléfono: Teléfono Casa: Trabajo: Fax Email: NUM002 .

El presente contrato de compraventa se suscribe en la fecha arriba indicada entre el Comprador y Resort Properties Limited (S.L), el representante debidamente autorizado del propietario (en adelante "el Vendedor") de la propiedad abajo indicada, con las condiciones establecidas en esta página y en el reverso de este contrato de compraventa. El Vendedor vende y el Comprador compra el/los CERTIFICADO(S) DE FIDUCIA y las correspondientes LICENCIAS - CERTIFICADOR) DE VACACIONES en relación con el/los APARTAMENTO(S) Y PERÍODO(S) DE VACACIONES Y COMPLEJO(S) indicados abajo con las condiciones en esta página y en el reverso.

Complejo /ClubApto-SemanaDistribuciónDía de Oc.Ocupación máximaPrimera OcupaciónCuota de GestiónCuota(s) de RCI

Beverly HillsClub NUM003 -52 1DORM Vffi 6 2011 A facturar Auto - afiliación

Palm Beach Holiday Club PBHC- NUM004 (615-15) ESTUDIO VEE 4 2011 A facturar Auto - afiliación

Palm Beach Holiday Club PBHC- NUM005 (615-14) ESTUDIO Vffi 4 2011 A facturar n,.. .. (afiliación

Condiciones de Compra

Precio de Compra: 10.000

Vencimiento

Pago £1.000

Forma de Pago

Tarjeta VISA

Fecha

(d-18-03-2009)

Total Cuota de Gestión: £ 1000

Cuota de Administración: renuncia

Total: £ 10.000

Total Anticipo: £ 1000

Saldo deudor: £ 9.000

FIN

02-04-2009

Comprador: *Firma ilegible*

*Firma ilegible*

Vendedor: Resort Properties Limited

(Firma autorizada) *firma ilegible/Sello Resort Properties*

**2.-** Las dos membresías de Palm Beach Club fueron sustituidas posteriormente, por contrato suscrito el 23 de octubre de 2010, por otras dos en Hollywod Mirage Club.

**3.-** Los demandantes presentaron demanda el 20 de febrero de 2012 por la que se ejercitaba acción contra la demandada para que se declarara:

(i). La nulidad radical o subsidiaria resolución del contrato suscrito por las partes, así como sus anexos con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato por importe de 9.000 libras esterlinas, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda.

(ii). La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y que se condene a devolver las cantidades por duplicado, es decir, la suma de 2.000 libras esterlinas.



(iii). Subsidiariamente que se declare la nulidad por abusiva y no haber sido negociada de forma individualizada, las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información, y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tal contrato, por importe de 10.000 libras esterlinas.

La pretensión de subsidiaria resolución a la acción de nulidad no fue mantenida por la parte actora al interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

4.- La demandada Silverpoint Vacations S.L. se opuso a la demanda interpuesta en su contra.

5.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda.

Razonó a tal fin lo siguiente:

(i) La relación jurídica entre las partes consiste en un contrato atípico no sujeto a la Ley 42/1998.

(ii) Los demandantes no tienen la condición de **consumidores** y, por ende, procede desestimar la solicitud de nulidad por no haber sido negociadas individualmente las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información.

(iii) Ante la incomparecencia de la actora en el acto del juicio y ausencia por ella de prueba realizada, no existe base para acreditar la ausencia de los elementos esenciales del contrato.

Tampoco cabe apreciar dolo en la parte demandada, por idéntica causa de falta de acreditación.

Y por igual motivo no se aprecia en la actora error en el consentimiento que pudiera invalidar su consentimiento.

Tras firmar el contrato litigioso suscribieron otro 19 meses después de contenido idéntico, por lo que es poco verosímil la tardanza en darse cuenta de su error, de que, según ellos, fueron víctimas de un engaño, advirtiéndose más bien que, con amparo en los hechos relatados en la demanda, se pretende buscar una excusa que legitime un improcedente y extemporáneo desistimiento de unos contratos que ya no responden a las iniciales expectativas de los actores. En resumen, no cabe hablar de la existencia de un error esencial que invalide el consentimiento y que pudiera ser determinante de la nulidad contractual.

6.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia y la demandada la impugnó.

Correspondió conocer del recurso a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el cinco de julio de 2016 por la que estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª Edurne y D. Jose Ignacio y desestima la impugnación formulada por la representación procesal de la entidad Silverpoint Vacations, S.L., revocando únicamente el pronunciamiento de las costas de la primera instancia que se deja sin efecto para no hacer imposición expresa de las mismas, manteniendo el resto de los pronunciamientos de fondo acordados. No hace imposición expresa de las costas del recurso ni de la impugnación.

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

- Los demandantes no tienen la condición de **consumidores**, se trató de una inversión destinada a comerciar con el uso adquirido y obtener un rendimiento o ganancia, no son destinatarios finales del producto y por lo tanto no son **consumidores** a los efectos de la aplicación de la Ley 42/1998 lo que implica que no es exigible que los contratos celebrados se ajusten a lo previsto en dicha normativa.

- En todo caso, no cabe declarar la nulidad radical del contrato de litis por infracción de normas imperativas o prohibitivas.

- En relación con la nulidad por vicio de consentimiento no aparecen datos objetivos para que pueda apreciarse con el rigor necesario, el dolo que se denuncia porque no puede confundirse el engaño doloso con el error del propio contratante que lo alega.

- Se estima procedente establecer la validez del contrato ya que, aunque contenga algunas incorrecciones e incluso se podría entender que falta alguna información, éstas no tienen la entidad suficiente para anular el contrato por estos motivos, ya que no falta ninguno de los elementos esenciales del contrato, consentimiento, causa y objeto y siempre debe observarse el principio general del derecho de la conservación de la voluntad negocial.

- No se estima procedente hacer imposición expresa de las costas causadas en ninguna de las instancias, en atención a las dudas de hecho y también de derecho suscitadas en relación con las cuestiones debatidas.

7.- La representación procesal de la parte actora y apelante interpuso recurso de casación por interés casacional contra la anterior sentencia, al amparo del art. 477.2.3º y 481 LEC .

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 aunque se haya utilizado el término "club de vacaciones" o "club vacacional", y la Ley 42/1998 no usa estos vocablos esto no equivale a que estos contratos no se regulan por esta Ley sino que, quedan sometidos a la misma conforme dispone el art. 1.7 de la referida Ley.

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, en el presente caso, de la documental obrante en autos se puede afirmar su condición de **consumidores** no solo porque la norma tuitiva proteja a los adquirentes, sino porque además no son profesionales del sector.

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

Se cita como sentencias que mantienen la misma posición que la sentencia recurrida, las sentencias de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2015 , y sentencia de 25 de julio de 2014 , entre otras, en las que se niega la condición de **consumidor** pues la intención de los contratantes era más 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 , y 12 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 . Los recurrentes mantienen 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.

Los recurrentes, en concreto, denuncian que como no se refleja plazo de duración alguno en estos contratos conforme a la doctrina de la sala, recogida en: sentencia n.º 460/2015 de 8 de septiembre rec. 1432/2013 , 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 775/2014 de 15 de enero rec. 3190/2012 , sentencia n.º 96/2016 de 19 de febrero, rec. 461/2014 , y las más recientes sentencia n.º 192/2016 de 29 de marzo, rec. 793/2014 , sentencia n.º 385/2016 de 7 de junio, rec. n.º 790/2014 , sentencia n.º 446/2016 de 1 de julio, rec. n.º 850/2014 , y sentencia n.º 462/2016 de 7 de julio, rec. n.º 1520/2014 se debe declarar la nulidad por tratarse de contratos de duración indefinida.





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

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

**9.-** La parte recurrida se opuso en plazo al recurso de casación, si bien alegó óbices a la admisión y propuso el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE en los siguientes términos:

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

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

**SEGUNDO.-** *Decisión sobre admisibilidad del recurso.*

Procede su admisibilidad en este momento procesal, confirmando lo que de forma provisoria se acordó el 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 período determinado o determinable al año. Al que, como veremos, se anuda la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho del contrato en cuestión.

»Añade la sentencia de Pleno que:

«A pesar de que la Directiva 94/47/CEE no imponía una determinada modalidad contractual ni una concreta configuración jurídica para el derecho de aprovechamiento por turno transmitido, la Ley 42/1998 no acogió la pluralidad estructural en su configuración jurídica, por lo que el derecho de aprovechamiento por turno sólo podía constituirse como derecho real limitado (salvo si se optaba por la modalidad de arrendamiento de temporada de bienes inmuebles vacacionales a que se refiere el art. 1.6), y había de sujetarse imperativamente (incluso en esta otra modalidad) a lo dispuesto en la Ley.

»Así, prima facie, conforme a los arts. 1.1 y 1.2 de la Ley 42/1998, según el contenido objetivo del contrato antes transcrito, el mismo no supondría la constitución de un derecho real sobre un bien inmueble concreto y diferenciado. Pero si atendemos a lo dispuesto en los apartados 5 y 7 del mismo art. 1, debemos concluir que la citada Ley resulta aplicable al contrato litigioso, por cuanto el art. 1.5 establece que «lo dispuesto en la presente Ley se aplicará al propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno»; y el contrato de que se trata es claro que se refiere a la comercialización de un peculiar aprovechamiento por turno. Y fundamentalmente, porque el art. 1.7 incluye en su ámbito de aplicación al «contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año.»

**SEXTO.**- 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 a «su actividad económica, negocio, oficio o profesión» (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a). Mención esta última que, como ya hemos visto, es la misma que utiliza en su art. 2.f la Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, que sustituyó a la Directiva 94/47/CE.

»En otras normas internacionales o comunitarias, que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su art. 15.1 para «contratos celebrados por una persona, el **consumidor**, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional». Concepto que reitera el art. 17.1 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que ha sustituido al anterior. A su vez, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su art. 6 los «contratos de consumo», entendidos como los celebrados «por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional ("el **consumidor**") con otra persona ("el profesional") que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional».

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 sólo 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

En atención a lo expuesto no se acoge, como ya se ha expuesto en numerosas sentencias de la sala, la propuesta de la parte recurrida de proponer cuestión prejudicial al TJUE.

**NOVENO.-** Una vez estimados los motivos primero y segundo del recurso de casación, procede el enjuiciamiento y decisión del tercero.

En concreto, decidir, por ser de aplicación al contrato litigioso, objetiva y subjetivamente, la ley 42/1998, que consecuencias acarrea el incumplimiento de las obligaciones que impone la citada ley en la suscripción del contrato.

Como el contrato, a juicio de la parte recurrente, es contrario a la Ley específicamente promulgada para regular éste tipo de adquisiciones, será esta ley, la 42/1998, a la que se habrá de estar para indagar si cualquier incumplimiento (art. 9, 10, 11) supone la nulidad radical del contrato o no.

Antes de decidir sobre la cuestión es necesario destacar dos hechos:

(i) El contrato cuya nulidad se insta es el suscrito el 18 de marzo de 2009 y como antes de la presentación de la demanda los actores suscribieron el contrato de 23 de octubre de 2010, por el que sustituyeron las membresías de Palm Beach de aquél contrato por otras dos en Hollywood Mirage Club, quiérese decir que el presente litigio se contrae a la semana en el Beverly Hills Club, por ser el único producto vacacional del contrato de 18 de marzo de 2009 a la fecha de presentación de la demanda, y así se colige del documento nº 8 que presenta la parte actora con su demanda.

(ii) La propia parte actora, y en relación con ese producto vacacional, presenta como documento nº 6 de su demanda una "Licencia-Certificado de Vacaciones", en la que fija un periodo de derecho de ocupación que va desde la fecha de expedición (17 de mayo de 2009) hasta el 1 de junio de 20138 (fecha incluida), esto es, sin superar los 50 años que la normativa exige.



Se desestima la admisión de la prueba propuesta en el recurso de casación, pues el presupuesto del que se parte no se compadece con la realidad.

La parte recurrente, al folio 12 de su escrito de demanda, introdujo en el debate la infracción del art. 3.1 de la Ley 42/1998 y, en concreto, que el contrato no hacía referencia a la duración del régimen en estos contratos, porque ninguna indefensión puede existir para la parte recurrida al decidir sobre tal extremo.

**DÉCIMO.-** Una vez hechas las anteriores puntualizaciones fácticas, con consecuencias jurídicas evidentes, se ha de decidir sobre las consecuencias del resto de incumplimientos legales que, a juicio de la recurrente, tuvieron lugar en la celebración del contrato litigioso, en concreto de lo dispuesto en el art. 9 de la ley 42/1998, aplicable a él.

A tal fin será de aplicación la doctrina que viene manteniendo la sala en supuestos similares (sentencias 635/2017, de 23 de noviembre, y 694/2017, de 20 de diciembre, entre otras) si se contrasta el contrato de adquisición de derechos con el art. 9 de la Ley, que impone un extenso contenido mínimo, que aquí no se cumple.

La consecuencia, no por el simple déficit de información, sino de ausencia de requisitos esenciales, dado que de acuerdo con el art. 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). Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en el contrato no se transcriben los arts. 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998, ni menciona, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (art. 9.1.6º), por lo que el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato.

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

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

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

A tal cantidad se le ha de sumar la correspondiente penalización por el anticipo indebido.

En evitación de confusiones que provoquen posteriores aclaraciones, solo se prevén las consecuencias antes expuestas a la nulidad radical del contrato respecto de los derechos adquiridos en el Beverly Hills Club y apartamento NUM003, semana 52.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** En aplicación de los arts. 394.1 y 398.1 de la LEC, no procede imponer a la parte recurrente las costas del presente recurso ni las del recurso de apelación.

No se hace expresa condena en las costas de la primera instancia al ser parcial la estimación de la demanda.

## 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 la representación procesal de D.ª Edurne y D. Jose Ignacio contra la sentencia dictada, con fecha 5 de julio 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 789/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 558/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arona.

**2.º-** Casar la sentencia recurrida y, con estimación del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, declarar la nulidad radical del contrato litigioso, referido a los derechos adquiridos en el Beverly Hills Club, apartamento NUM003, semana 52, con devolución de las cantidades satisfechas, derivadas de él, pero en los términos que se recogen en el fundamento de derecho décimo primero.

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



4.º- No se hace expresa condena de las costas de la primera instancia a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ