



Roj: **STS 1738/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1738**

Id Cendoj: **28079110012018100276**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2018**

Nº de Recurso: **3805/2016**

Nº de Resolución: **284/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 284/2018**

Fecha de sentencia: 18/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3805/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 3805/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 284/2018**

Excmos. Sres. y Excmo. 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 18 de mayo de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 9 de septiembre 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª) sentencia dictada con fecha 9 de septiembre 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 96/2016 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 489/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente D.ª Begoña y D. Belarmino , representados por el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico, asistido del letrado 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, asistido del letrado D. Manuel Linares Trujillo.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador de los tribunales D. Buenaventura Alonso González, en nombre y representación de D. Belarmino y D.ª Begoña , formuló 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 Silverpoint Vacations S. L. 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 a que se refiere la presente demanda, 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:

»A. Por precio del referido contrato, el importe de GBP 6.985 (Seis Mil Novecientas Ochenta y Cinco Libras Esterlinas) que se corresponden a 8.451,85? (Ocho Mil Cuatrocientas Cincuenta y Un Euros con Ochenta y Cinco Céntimos).

»B. Por la inclusión en lista de reventa la cantidad de GBP 200.00 (Doscientas Libras Esterlinas), que se corresponden a 242 ? (Doscientos Cuarenta y Dos Euros).

»C. Por Gastos de mantenimiento en el Beverly Hills Club, años 2009 a 2014 inclusive el importe de 5.463,07 (Cinco Mil Cuatrocientos Sesenta Y Tres Euros con Cero Siete Céntimos) Lo que suma una cantidad total reclamada de 14.156,92 Euros, salvo error u omisión 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 del meritado contrato de GBP 6.985 (Seis Mil Novecientas Ochenta y Cinco Libras Esterlinas) que se corresponden a 8.451, 85? (Ocho Mil Cuatrocientas Cincuenta y Un Euros con Ochenta y Cinco Céntimos), con la obligación de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, en virtud del artículo 11 de la Ley 42/1998 , es decir, GBP 13.970 (Trece Mil Novecientas Setenta Libras Esterlinas) que se corresponden a 16.903? (Dieciséis Mil Novecientos Tres Euros con Setenta Céntimos), de las cual solo se debe abonar la cantidad de GBP 6.985 (Seis Mil Novecientas Ochenta y Cinco Libras Esterlinas) que se corresponden a 8.451, 85? (Ocho Mil Cuatrocientas Cincuenta y Un Euros con Ochenta y Cinco Céntimos), 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 GBP 6.985 (Seis Mil Novecientas Ochenta y Cinco Libras Esterlinas) que se corresponden a 8.451,85? (Ocho Mil Cuatrocientas Cincuenta y Un Euros con Ochenta y Cinco Céntimos)

»B. Por la inclusión en lista de reventa la cantidad de GBP 200.00 (Doscientas Libras Esterlinas), que se corresponden a 242 ? (Doscientos Cuarenta y Dos Euros).



»C.Por Gastos de mantenimiento en el Beverly Hills Club, años 2009 a 2014 inclusive el importe de 5.463,07 (Cinco Mil Cuatrocientos Sesenta Y Tres Euros con Cero Siete Céntimos).

»Lo que suma una cantidad total reclamada de 14.156,92 Euros, salvo error u omisión más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.»

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

**3.-** El procurador D. Ledo Crespo, en nombre y representación de Silverpoint Vacations, SL, 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 dieciséis 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. Belarmino y D.<sup>a</sup> Begoña frente a la entidad SILVERPOINT VACATIONS SL, representada por el Procurador D. Pedro Ledo 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.-** La representación procesal de D. Belarmino y D.<sup>a</sup> Begoña, interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo conocer de el a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 9 de septiembre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

«Se desestima el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Belarmino y D.<sup>a</sup> Begoña .

»Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la entidad Silvertpoint Vacations SL.

»Se confirma la sentencia recurrida.»

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

**1.-** Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de D. Belarmino y D.<sup>a</sup> Begoña, con base en dos motivos: el primero se fundamenta, en la infracción del art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007. El segundo se fundamenta en la infracción de los arts. 2, 3, 8, 9, 10, 11, y 12 Ley 42/1998,

**2.-** La sala dictó auto el 8 de noviembre de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«1.º- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Begoña y D. Belarmino contra la Sentencia dictada, con fecha 9 de septiembre 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 96/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 489/2014 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 SL. formalizó oposición al recurso interpuesto de contrario.

**4.-** No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 8 de mayo 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, suscribieron con la mercantil demandada el contrato de 27 de noviembre de 2006 por los que adquirirían unos "certificados de licencia de vacaciones", "certificados de fiducia" que les otorgaban el derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por periodos vacacionales en unos complejos, previo pago del precio.



Junto con los contratos se firmaba una declaración de conformidad, y un acuerdo para la lista de reventa.

2.- Los demandantes, D.<sup>a</sup> Begoña y D. Belarmino presentaron demanda el 20 de junio de 2014, en la que ejercitaban acción 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 así como los gastos por la inclusión en la lista de reventa y por gastos de mantenimiento, que asciende a la cantidad total de 14.156,92 €, 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 8.451,85 € porque la otra mitad ya está 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 de tal contrato, así como los gastos por mantenimiento y por servicios, que asciende a la cantidad de 14.156,92 €.

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

3.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

En lo ahora relevante motiva su decisión con dos argumentos:

(i) Los adquirentes carecen de la condición de **consumidores**, pues, según se desprende de la documental aportada, de su demanda y de sus afirmaciones en el acto del juicio, no contrataron como destinatarios finales del producto sino con la finalidad de revender o alquilar y conseguir una rentabilidad. Así se les prometió, y al frustrarse tal promesa instan la nulidad.

(ii) Aunque la nulidad se pretenda por el incumplimiento de la normativa de la Ley 42/1998, no será posible, pues los incumplimientos de las formalidades impuestas por los arts. 8.1, 9, 11 de la misma lo que prevén es instar el desistimiento o la resolución del contrato, en un plazo ya superado, pero no llevan anudada como efecto la nulidad radical del mismo.

4.- Los demandantes interpusieron recurso de apelación contra la citada sentencia, y la mercantil demandada se opuso al recurso e impugnó la sentencia en lo referente a la desestimación de la excepción de falta de legitimación.

5.- Conoció del recurso la sección tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 9 de septiembre de 2016 por lo que desestimó el mismo, así como la impugnación de la demandada, y, por ende, confirmó la sentencia de primera instancia.

6.- La Audiencia concluye en la sentencia dictada que la parte actora no era consumidora a los efectos de la aplicación de la Ley 42/1998, pues la finalidad del contrato era obtener una rentabilidad mediante la comercialización o explotación de los derechos que eran objeto del contrato.

Consecuencia de ello es la no aplicación de la Ley en que la actora funda su pretensión principal.

Niega también que padeciese el error alegado.

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

El recurso se articula en dos motivos:

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

Los recurrentes alegan que estos contratos fueron realizados dentro del ámbito familiar y doméstico o privado, y en la nueva noción comunitaria incluida en el art. 3 TRLGDCU, el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión, además en este caso no puede haber si quiera ánimo de lucro dado que no se han incluido las semanas en reventa.

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, en la reciente sentencia n.º 776/2014 de 28 de abril de 2015, en cuanto al contexto normativo del régimen específico de la Ley de aprovechamientos por turno, que resulta presidida por una innegable finalidad tuitiva o protectora de la posición contractual del **consumidor**.

Se cita también las sentencias de la sala de 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010, que 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 financiero.

En cuanto, a jurisprudencia de Audiencias, 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 segundo 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 y por falta de determinación del objeto, y el pago de los anticipos.

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 en la página, 18 y 19 del escrito de demanda, denuncian que el contrato no hace referencia a la duración del régimen, por lo que se vulnera el art. 3.1 de la Ley 42/1998, que fija unos plazos entre 3 y 50 años.

**8.-** La sala dictó auto el 8 de noviembre 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.

**9.-** La parte recurrida presentó escrito de oposición, si bien alegó óbices de admisibilidad y propuso que la sala plantease una cuestión de prejudicialidad al TJUE sobre la interpretación del concepto de adquirente en el ámbito de la Directiva 94/47.

Las cuestiones a plantear serían las siguientes:

- ¿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 la que de forma provisoria se acordó en el auto de 8 de noviembre de 2017.

La *ratio decidendi* -razón de decidir- de la sentencia consiste en la no aplicación al contrato litigioso de la ley 42/1998, por quedar aquel fuera de su ámbito desde el punto de vista 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.-** Las cuestiones jurídicas a resolver son dos: (i) Consideración de **consumidores** de los demandantes, adquirentes del producto vacacional; (ii) 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.-** Sobre el concepto de **consumidores**.

«A tal fin se ha de estar a la doctrina 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.

En atención a los argumentos de la sala, con fundamento en derecho comunitario, no se considera necesario plantear la cuestión prejudicial propuesta por la recurrida.

**QUINTO.-** 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 .»

**SEXTO.-** 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.

**SÉPTIMO.-** 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 el contrato 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 ).

La cuestión relativa a la duración del contrato se introdujo por la parte actora, aquí recurrente, en su escrito de demanda, por lo que no puede tacharse de cuestión nueva.

La sentencia 192/2016 . de 29 marzo (rec. 793/2014). seguida de otras en igual sentido (como la 627/2016, de 25 de octubre), se hacen las siguientes consideraciones:

«B) Duración. Al configurar el contrato con una duración indefinida, tampoco se cumple con las previsiones 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 (artículo 3 ). Esta sala ya ha resuelto al respecto en sentencia 774/2014, de 15 enero , que interpreta la disposición transitoria segunda de la Ley 42/1998, tras una conexión sistemática de sus aparatos 2 y 3, en el sentido de que quien deseara "comercializar los turnos aún no transmitidos como derechos de aprovechamiento por turno (...) debería constituir el régimen respecto de los períodos disponibles con los requisitos establecidos en esta Ley , entre ellos, el relativo al tiempo, establecido en el artículo 3, apartado 1", de modo que el incumplimiento de dicha previsión da lugar a la nulidad de pleno derecho según lo dispuesto en el artículo 1.7. En este sentido, para comprobar cómo el legislador ha querido que desde la entrada en vigor de la ley el contrato tenga una duración determinada, que generalmente estará unida a la de duración del régimen, basta acudir a la norma contenida en su artículo 13 que, al regular el derecho de resolución del propietario por falta de pago de servicios, establece que "para llevar a cabo la resolución, el propietario deberá consignar, a favor del titular del derecho, la parte proporcional del precio correspondiente al tiempo que le reste hasta su extinción"; norma para cuya aplicación resulta precisa la fijación de un tiempo de duración».

Al no quedar cumplida dicha exigencia en el contrato de que se trata, se impone la estimación del recurso de casación y la declaración de nulidad de conformidad con lo establecido en el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 .

Así lo reitera la reciente sentencia 220/2018 de 13 de abril , todos ellos en supuestos análogos al que aquí se enjuicia.

**OCTAVO.-** 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 ostante 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 es el supuesto aquí enjuiciado, pues los demandantes han tenido a su disposición los aprovechamientos litigiosos desde el inicio de vigencia del contrato 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.

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 42/1998 , en cuanto prohíbe los pagos anticipados mientras el adquirente disponga de la facultad de resolución, sin perjuicio de que se garantice el pago del precio aplazado, procede condenar igualmente a la demandada a la devolución de una cantidad igual a la que alcanzan dichos pagos anticipados, en tanto que el apartado 2 de dicha norma ordena la devolución duplicada de la cantidad entregada, siendo así que dicha cantidad ya está comprendida en la obligación de devolución lo percibido como consecuencia de la nulidad del contrato que se declara.

También recoge tal declaración la reciente sentencia, ya citada, 220/2018 de 13 de abril .





Las cantidades anticipadas constan en el contrato y la parte actora presenta un principio de prueba de haber cumplido lo pactado. Que así es se infiere de que la demandada, a pesar del tiempo transcurrido, no acredita haber realizado reclamación alguna a los actores por incumplir esas obligaciones.

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

No se hace expresa condena en las costas de la primera instancia, ni en el recurso de apelación.

## FALLO

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

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Begoña y D. Belarmino , contra la sentencia dictada con fecha 9 de septiembre 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 96/2016 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 489/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona.

**2.º-** Casar la sentencia recurrida en lo aquí decidido y, con estimación parcial 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 derivadas de él, pero en los términos que se recogen en el fundamento de derecho octavo.

**3.º-** No ha lugar a hacer expresa condena en las costas de la primera instancia ni en las del recurso de apelación.

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

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

Así se acuerda y firma.

Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller

Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz

M.ª Angeles Parra Lucan