



Roj: **STS 2655/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2655**

Id Cendoj: **28079110012018100422**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2018**

Nº de Recurso: **564/2017**

Nº de Resolución: **448/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2145/2016,**
STS 2655/2018,
AATS 10965/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 448/2018

Fecha de sentencia: 12/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 564/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 564/2017

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. 448/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

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 12 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto, contra la sentencia dictada con fecha 18 de noviembre 2016, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a), en el rollo de apelación n.º 231/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 353/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arona.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente, el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico, en nombre y representación de D.^a Elisabeth , bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Melián Santana.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida, el procurador D. Luciano Rosch Nadal, bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo, en nombre y representación de la mercantil Silverpoint Vacations, S.L.

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. Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de Mrs. Elisabeth , formuló demanda de juicio ordinario de nulidad contractual contra la mercantil Silverpoint

«Que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que se acompañan, se sirva a admitirlo, se me tenga por comparecido y parte demandante en el proceso y, en la representación que ostento, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, por formulada la demanda de juicio declarativo ordinario frente a Silverpoint Vacations S. L. y tras los 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 de los referidos contratos, el importe de 48.013 Libras Esterlinas que se corresponden con 56.751,36 ? (cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y un euros con treinta y seis céntimos) salvo error u omisión.

»B) En concepto de Cuotas de mantenimiento la cantidad de 3502,56? (tres mil quinientos dos euros con cincuenta cincuenta y seis céntimos), salvo error omisión;

Cantidad que suma un total de 60.253,92? (sesenta mil doscientos cincuenta y tres euros con noventa y dos céntimos), salvo error u omisión, que es la que se reclama, 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 a mi mandante, de las cantidades satisfechas en concepto de anticipo por razón del meritado contrato de 56.751,36 ? (cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y un mil euros con treinta y seis 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, 120.507, 85 ?, de las cual solo se debe abonar la cantidad de 56.751,36 ? (cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y un euros con treinta y seis 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 tal contrato:

»A) Por Precio de los referidos contratos, el importe de 48.013 Libras Esterlinas que se corresponden con 56.751,36 ? (cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y un euros con treinta y seis céntimos) salvo error u omisión.



- »B)En concepto de Cuotas de mantenimiento la cantidad de 3.502,56? (tres mil quinientos dos euros con cincuenta y seis céntimos) salvo error u omisión.
- »Cantidad que suma un total de 60.253,92? (sesenta mil doscientos cincuenta y tres euros con noventa y dos céntimos), salvo error u omisión, que es la que se reclama, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.»
- 2.-** Por decreto de 11 de febrero de 2014 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.
- 3.-** El procurador D. Pedro Lledo Crespo, en nombre y representación de Silverpoint Vacations, SL, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al juzgado dictase sentencia por la que:
- «[...] se desestime la demanda, con la imposición expresa a la parte actora de las costas causadas en la instancia.»
- 4.-** El Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción dictó sentencia el 31 de julio de 2015 con la siguiente parte dispositiva:
- «Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D.^a Elisabeth , representada por el procurador de los tribunales D.Leopoldo Pastor Llarena, contra la entidad Silverpoint Vacations, representada por el procurador de los tribunales D. Pedro Ledo Crespo, y en consecuencia;
- »1.º- Debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra.
- »2.º- Debo condenar y condeno a la parte demandante a abonar las costas procesales causadas.»
- SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*
- 1.-** La representación procesal de la Sra. Elisabeth , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo su resolución a la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 11 de septiembre de 2014 con la siguiente parte dispositiva:
- «Se estima parcialmente el recurso formulado por la entidad Silverpoint Vacations SL.
- »Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la representación de Mr. Diego y Mrs. Violeta .
- »Se revoca parcialmente la sentencia recurrida, acordándose en su contra, sin efectuar expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.
- »No se efectúa expresa imposición de las costas causadas de esta alzada.»
- TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*
- 1.-** Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de D.^a Elisabeth , con base en los siguientes motivos:
- Primero.- Se fundamenta, en la infracción del art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley LGDCU.
- Segundo.- Con base 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 .
- Tercero.- Se fundamenta en la infracción de los arts. 1 , 2 , 3 , 8 , 9 , 10 , 11, Ley 42/1998 .
- 2.-** La sala dictó auto el 17 de enero de 2018 con la siguiente parte dispositiva:
- «1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Interplay, S.A., contra la sentencia dictada con fecha 31 de julio de 2015 por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.^a), en el rollo de apelación n.º 476/14 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 243/13 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Sanlúcar de Barrameda.
- »2.º- Casar la sentencia recurrida y con estimación del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, revocar esta y, por ende, estimar la demanda en todos sus pronunciamientos.»
- 3.-** Dado traslado a las partes, la representación procesal de Silverpoint Vacations SL, manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.
- 4.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se acordó la votación y fallo del recurso el 4 de julio del presente año, en que ha tenido lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

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

1.- La demandante, D.^a Elisabeth formuló demanda, contra Silverpoint Vacations, S.L, en la que ejercitaba la acción de nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos con la demandada el 30 de marzo de 2009, en abril de 2010 y 12 de marzo de 2011.

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

2.- La sentencia de primera instancia, desestimó íntegramente la demanda y absolvió a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra, con condena a la parte demandante a abonar las costas causadas.

3.- Se interpuso recurso de apelación por la demandante, y se impugna por la demandada apelada la sentencia en cuanto a su falta de legitimación pasiva.

La sección 3.^a, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 18 de noviembre de 2016, desestimó la impugnación formulada por la demandada, estima en parte el recurso interpuesto por la parte actora, y revocó parcialmente la sentencia apelada, en el único sentido de no formular expresa condena en costas en la primera instancia y, confirmó el resto de pronunciamientos. Sin efectuar expresa imposición de las costas de esta alzada.

4.- La sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluye lo siguiente en su sentencia:

(i) Respecto del contrato de 2009, en el que se adquirieron, al parecer, tres o cuatro semanas, al margen de que resulta difícil determinar su contenido pues no ha sido traído a los autos, ni se ha practicado prueba alguna para justificar las diversas causas de nulidad alegada, lo cierto es que, debe tenerse por acreditada su existencia, conforme al pronunciamiento no recurrido, y visto el número de semanas y el interés en la reventa de las mismas afirmado en la demanda, cabe apreciar la no aplicación de la Ley 42/1998 al mismo.

(ii) Respecto del contrato de 2010, adquisición de Club Paradiso, se mantiene la doctrina seguida por la sección de la audiencia en el sentido de que las membresías del Club Paradiso no se encuentran reguladas por la Ley 42/1998.

No obstante en cuanto a la nulidad referida a la Ley de **Consumidores** y Usuarios y al Código Civil, consta en el certificado y documentación anexa, el objeto, semana de intercambio y su precio, es decir el objeto y el tiempo, e igualmente la existencia de una cuota anual que se indica se expresa o explica en otro documento recibido, lo que, sin existir ningún otro medio probatorio que avale la nulidad por los motivos alegados en la demanda impiden apreciar la nulidad pretendida

(iii) Finalmente, el contrato de 2011, suscrito con Silverpoint Vacations, que tiene por objeto la adquisición de una semana, nada obsta a apreciar que al mismo sí le es de aplicación la Ley 42/1998, sin embargo, lo cierto es que de la documental obrante en las actuaciones, aportada por la actora y por la demandada, no cabe apreciar los defectos que de forma generalizada atribuye el recurrente a los mismos, ni la discrepancia concreta que el contrato tenga con la normativa vigente. Constando en la información precontractual entregada (documento 2 de la contestación), entre otros extremos, la expresión de los plazos de duración del derecho, el importe de las cuotas de mantenimiento, y habiéndose suscrito expresamente (documento 4 de la contestación) el documento referido a la facultad de desistimiento, ante ello, y partiendo del conocimiento previo que sobre los resorts y el mercado vacacional tenía la actora en base a los contratos anteriores, no puede estimarse la existencia de causa alguna que determine la existencia de ninguna de las causas de nulidad invocadas.

5.- Se interpone recurso de casación por la demandante, D.^a Elisabeth. El recurso tiene tres motivos:

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

La recurrente alega que la demandada nunca ha puesto en duda su condición de consumidora, pero además no se acredita su condición de profesional del sector, y con la firma del contrato de 30 de marzo de 2009 solo se adquieren tres semanas que son entregadas como parte del precio del contrato de 2011 y no constan incluidas en la reventa.

La recurrente mantiene que con la nueva noción comunitaria incluida en el art. 3 TRLGDCU, el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión.

La recurrente cita numerosas sentencias de Audiencias Provinciales en las que se declara que el ánimo de lucro no excluye la consideración de **consumidor**.



Esta postura doctrinal es la que sigue la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 , y sentencias de 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010 , 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.

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 segundo 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 .

La recurrente alega que al contrato de 2010, por el que se adquiere la afiliación al Club Paradiso, resulta aplicable la Ley 42/1998, pero existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales acerca de la aplicación a los Clubes de Vacaciones de la referida Ley. Mantiene 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.

La recurrente alega también que la sentencia recurrida se opone a lo resuelto por la sala en sentencia de 16 de julio de 2015, rec. 431/2015 rec. 2089/2013, 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 la sentencia 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 .

La recurrente mantiene que a los llamados "Clubes de Vacaciones", de acuerdo con la jurisprudencia de la sala, también resulta aplicable la Ley 42/1998, siempre que haya una división temporal del derecho de uso en un bien inmueble.

El tercero se fundamenta en la infracción de los arts. 1 , 2 , 3 , 8 , 9 , 10 , 11, Ley 42/1998 . La recurrente mantiene que la aplicación de la Ley 42/1998, al producto adquirido en el contrato de 2010 -Club Paradiso- al no establecerse el objeto concreto del derecho determinaría su nulidad.

En cuanto al contrato de 12 de marzo de 2011 en lo que se refiere al Hollywood Mirage Club en el que se establece una duración hasta el 1 de junio de 2065, el contrato tendría una duración superior a 54 años cuando la Ley 42/1998, art. 3.1 establece que el plazo máximo de 50 años y como se viene reiterando por el Tribunal Supremo, el contrato sería nulo.

La recurrente, en concreto, cita la doctrina de la sala, recogida entre otras en: sentencia n.º 460/2015 de 8 de septiembre rec. 1432/2013 , sentencia n.º 775/2014 de 15 de enero rec. 3190/2012 , sentencia n.º 96/2016 , rec. 461/2014, de 19 de febrero , sentencia n.º 431/2015 de 16 de julio rec. 2089/2013 , sentencia n.º 774/2014 de 15 de enero de 2015 rec. 961/2013 , se debe declarar la nulidad por tratarse de contratos de duración indefinida.

En la demanda, al folio 11, se denunciaba la infracción del art. 3.1 de la Ley 42/1998 , en cuanto, no se hacía referencia a la duración del régimen en estos contratos.

Se cita también la doctrina de la sala que recoge la sentencia n.º 520/2016 de 21 de julio rec. 1994/2014 , respecto al incumplimiento del art. 11 de la Ley 42/1998 .

6.- La sala dictó auto el 17 de enero de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación y abrir plazo para que la parte recurrida formalizase por escrito su oposición al recurso.

7.- 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 formularan 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.- Para una adecuada metodología en la decisión del recurso, según autoriza la doctrina de la sala, vamos a resolver conjuntamente todos los motivos que se han articulado.

Habrá que decidir, en primer lugar, si la Ley 42/1998 es de aplicación, por razones objetivas, a las membresías.

Así mismo si la Ley 42/1998 es de aplicación a los contratos litigiosos por tener los adquirentes la condición de **consumidores**.

Si la citada ley fuese de aplicación será cuando se habrá de considerar si se han cumplido las previsiones legales contenidas en ella, y, si no se hubiesen cumplido, cuáles sean las consecuencias.

Sobre todo ello existe jurisprudencia (sentencias 16/2017, de 16 de enero , 115/2017 de 22 de febrero , entre otras)

TERCERO.- *Decisión sobre admisibilidad.*

A partir de las cuestiones a decidir procede la admisibilidad del recurso, confirmando la que de forma provisoria se acordó en el auto de 24 de enero de 2018.

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.

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.

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 niega la aplicación de la Ley 42/1998 a personas como la recurrente, por negarle el concepto de **consumidores** y, por ende, quedar fuera del ámbito de aplicación de ella.

«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 no consta que la adquirente recurrente realizase 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 consumidora.

La cantidad invertida se compadece más con un **consumidor**, que con un profesional de la inversión.

En atención a lo expuesto, con cita de derecho comunitario, no se accede a plantear las dos cuestiones prejudiciales ante el TJU.

NOVENO.- Una vez decidido que es de aplicación a los contratos litigiosos la Ley 42/1998, procede enjuiciar si adolecen de falta de algún requisito que, según la doctrina de la sala, tenga como consecuencia la nulidad de los mismos.

1.- No procede declarar la nulidad del contrato de 30 de marzo de 2009 por dos motivos.

De una parte, y es fundamental; porque tal contrato ha sido extinguido, ya que la propia parte recurrente afirma que las tres semanas adquiridas fueron entregadas como parte del precio del contrato de 2011.

De otra, porque reconoce la sentencia recurrida, y tal extremo no se combate en el recurso por el cauce adecuado, que al no aportarse el contrato se ignora su contenido para poder justificar las causas de nulidad, ni se ha practicado prueba a tal fin.

2.- Lo mismo cabe decir del contrato del 2010 sobre adquisición de Club Paradiso, porque al no acompañarse el contrato no es posible examinar su contenido.

Pero existe un dato revelador, cual es, que la duración pactada es inferior a 50 años, según el certificado de socio al Club que la propia parte demandante aporta con su demanda como documento nº 6.

3.- Por el contrario procede la nulidad del contrato de fecha 12 de marzo de 2011, pues, aunque la sentencia recurrida sostiene que de la documental aportada por ambas partes se desprende que consta la expresión de los plazos de duración, sin embargo omite el tiempo pactado, y respecto al Hollywood Mirage Club, objeto de este contrato la duración establecida es hasta el 1 de junio de 20165, esto es, superior a 50 años, 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 la duración del régimen (art. 3), dentro del máximo previsto por la ley.

El incumplimiento 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 la demandante han tenido a su disposición el aprovechamientos litigioso 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.

DÉCIMO PRIMERO.- En aplicación de los arts. 394.1 y 398.1 LEC , no procede imponer a la parte recurrente las costas del presente recurso, ni hacer expresa condena de las costas de ambas instancias.

FALLO

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



1.º- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Moreno Martín-Ricocontra, contra la sentencia dictada, con fecha 18 de noviembre 2016 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 231/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 353/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arona.

2.º- Casar parcialmente 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 de fecha 12 de marzo de 2011, 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 las costas de las instancias.

4.º- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso con devolución del depósito

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ