



Roj: **STS 2807/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2807**

Id Cendoj: **28079110012018100451**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2018**

Nº de Recurso: **1707/2017**

Nº de Resolución: **465/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1564/2017,**
STS 2807/2018,
AATS 11195/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 465/2018

Fecha de sentencia: 19/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1707/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Tenerife, Sección 1ª

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 1707/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 465/2018

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 19 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto, contra la sentencia dictada con fecha 19 de enero 2017 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a), en el rollo de apelación n.º 45/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1653/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona.

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

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 D. Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de D. Herminio , formuló demanda de juicio ordinario de nulidad contractual, contra la mercantil Silverpoint Vacations, suplicando al juzgado:

«[...]dicte en su día sentencia por la que se declare:

»1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución de los contratos suscritos por las partes el 18 de enero de 2009 y 6 de febrero de 2010, así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, en ambos casos con obligación para las demandadas de devolver a mi mandante las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 49.000'00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento de 2009 (Club Beverly Hills) por 300 libras, 2010 (Club Beverly Hills) por 300 libras, 2011 (Club Beverly Hills) por 300 libras, 2012 (Club Beverly Hills) por 300 libras, 2011 (Club Paradiso) por 598 libras y 2012 (club Paradiso), por 598 libras (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 64.208'95 EUROS en total) 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 contrato de 18 de enero de, 2009 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 (2.483'24 euros).

»3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperasen los petitum anteriores, se declare la nulidad, por abusiva "y no haber sido Anegociada 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 de los contratos de aprovechamiento por-turnos de los que solicitamos su nulidad y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, (49.000'00 libras esterlinas) más las cuotas abonadas por mantenimiento 2009 (Club Beverly Hills) por 300 libras, 2010 fClub Beverly Hills) por 300 libras, 2011 (Club Beyerly Hills) por 300 libras, 2012 (Club Beverly llills) por 300 libras, 2011 (Club Paradiso) por 598 libras y 2012 (club Paradiso) por 598 libras., ascendiendo en total -salvo error u omisión-a una suma de 64.208'95 EUROS, con expresa imposición de costas a las partes demandadas.»

2.- Por decreto de 16 de octubre de 2012, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador D. Pedro Ledo Crespo, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al juzgado:

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

4.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arona, dictó sentencia el 16 de abril de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:



«Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada a instancia de D. José y D.^a Felisa , dirigido por el letrado d. Miguel Ángel Melian Santana y representado por el procurador d. Buenaventura Alfonso González contra la entidad Silverpoint Vacations SL, dirigido por el letrado D. José Minero Macias y representada por el procurador D. Pedro Ledo Crespo con expresa imposición de costas a la actora.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de D.^a Caridad , como sucesora de D. Herminio (fallecido), correspondiendo su resolución a la sección primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 19 de enero de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de D. Herminio e Caridad , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Arona, de fecha 29 de octubre de 2015 , en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 1653/2012, cuya resolución se confirma íntegramente.»

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

1.- La representación procesal de D.^a Caridad , interpuso recurso de casación contra la anterior resolución con base en dos motivos:

El primero plantea dos cuestiones:

(i) La condición de consumidora de la demandante, a tenor de la reciente doctrina de la sala, citando varias sentencias y alegando que el Tribunal Supremo, ya se había pronunciado, considerando que merecen la condición de consumidores y usuarios los pequeños inversores bancarios.

(ii) Mantiene que el Tribunal Supremo ha establecido como doctrina jurisprudencial que estos productos, siempre que se traten de la división temporal del derecho de uso de un inmueble, se ha de regular por la Ley 42/1998 y que fuera de esta alternativa se considera fraude de Ley.

El segundo se fundamenta en la infracción de los arts. 1 , 2 , 3 , 8 , 9 , 10 , 11 de Ley 42/1998 .

2.- La sala dictó auto el 24 de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

«1.º- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Caridad contra la Sentencia dictada, con fecha 19 de enero 2017 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a), en el rollo de apelación n.º 45/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1653/2012 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.- La representación procesal de Silverpoint Vations SL, formalizó su oposición al recurso interpuesto de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del presente recurso, el 4 de julio de 2018 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.- El demandante, D. Herminio formuló demanda, contra Silverpoint Vacations, S.L, en la que ejercitaba la acción de nulidad radical o subsidiariamente la resolución de los contratos suscritos el 18 de enero de 2009 y el 6 de febrero de 2010.

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

2.- La sentencia de primera instancia, desestima íntegramente la demanda y absuelve a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra, sin especial imposición de las costas causadas en esta instancia.

3.- Se interpone recurso de apelación por D.^a Caridad , como sucesora procesal por el fallecimiento de D. Herminio , y se impugna por la demandada apelada la sentencia en cuanto a su falta de legitimación pasiva.



La sección 1.ª, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 19 de enero de 2017 desestima el recurso de apelación interpuesto, y se imponen las costas del recurso a la parte apelante.

La sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluye que:

1. Los demandantes contrataron las semanas para introducirlas en un proceso de comercialización, lo que excluye la condición de consumidor.
2. La consecuencia de la ausencia en el actor del carácter de consumidor es la no sujeción de los contratos celebrados ni a la Ley especial ni a la de protección de consumidores y usuarios.
3. En todo caso la consecuencia de los incumplimientos denunciados, según el art. 10 de Ley 42/1998, daría derecho al adquirente a resolver el contrato en el plazo de tres meses a contar desde la fecha del contrato.
4. No queda acreditada la concurrencia de un vicio invalidante del consentimiento. No cabe apreciar la existencia de dolo en la conducta de la parte demandada.
5. No se advierte la ausencia de ninguno de los elementos esenciales del contrato.

4.- Se interpone recurso de casación por la demandante, D.ª Caridad. El recurso tiene dos motivos:

En el primero se plantean dos cuestiones:

(i) la condición de consumidora de la demandante, a tenor de la reciente doctrina de la sala, que en casos similares al presente ha resuelto que la adquisición de un número de semanas igual o superior a las adquiridas en este caso, sin haberse celebrado un número elevado de contratos en un corto período de tiempo, y a pesar de haberse incluido las semanas en reventa y percibido cantidades por ella, no hace que los adquirentes pierdan la condición de consumidores.

Se cita, entre otras, la sentencia n.º 16/2017 de 16 de enero rec. 2718/2014, sentencia n.º 39/2017 de 20 de enero, rec. 3264/2014, sentencia n.º 38/2017 de 20 de enero, rec. 3238/2014, sentencia n.º 37/2017 de 20 de enero rec. 2959/2014.

En todo caso, la recurrente alega que la doctrina del Tribunal Supremo, ya se había pronunciado considerando incluso que merecen la condición de consumidores y usuarios los pequeños inversores bancarios, SSTS de 22 de diciembre de 2009, 17 de junio 2010 y 11 de junio de 2011.

(ii) La recurrente mantiene que el Tribunal Supremo ha establecido como doctrina jurisprudencial que estos productos, siempre que se trata de la división temporal del derecho de uso de un inmueble, se han de regular por la Ley 42/1998 y que fuera de esta alternativa se considera cometido en fraude de Ley.

Cita la sentencia n.º 16/2017 del Pleno de 16 de enero, rec. 2718/2014, que fija como doctrina la aplicabilidad de la Ley 42/1998 al tipo de contratos conocidos como «Clubs Vacacionales», de manera que la sentencia recurrida vulnera dicha doctrina jurisprudencial. Se cita también en el motivo las SSTS n.º 56/2017 de 30 de enero rec. 2764/2014, la sentencia n.º 37/2017 de 20 de enero rec. 2959/2014, n.º 38/2017 de 20 de enero, rec. 3238/2014, n.º 39/2017 de 20 de enero rec. 3264/2014,

La recurrente mantiene que la sentencia recurrida se oponía a la doctrina que la sala venía aplicando desde las SSTS n.º 774/2014 de 15 de enero de 2015 rec. 961/2013, la n.º 431/2015 de 16 de julio de 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.

En definitiva, alega que de acuerdo con la doctrina de la sala, cualquier fórmula distinta a la contemplada por la Ley 42/1998, para regular una división temporal del derecho al uso de un bien inmueble, fuera de la alternativa de la referida Ley, deberá ser considerado nulo, y cometido en fraude de ley merecedor de la sanción de nulidad, art. 1.7 Ley 42/1998.

El segundo se fundamenta en la infracción de los arts. 1, 2, 3, 8, 9, 10, 11 de Ley 42/1998.

La recurrente, alega que la sentencia recurrida se opone a la reciente doctrina de la sala que declara nulos los contratos que no respeten el articulado de la Ley 42/1998 y, por lo tanto, en base al art. 477.3 LEC el recurso presenta interés casacional.

Se cita la sentencia n.º 37/2017 de 20 de enero rec. 2959/2014, sentencia n.º 19/2017 de 17 de enero, rec. 3064/2014, sentencia n.º 38/2017 de 20 de enero, rec. 3238/2014, sentencia n.º 192/2016 de 29 de marzo, rec. 793/2014, entre otras.

La recurrente mantiene que el Tribunal Supremo, en asuntos similares, con los mismos incumplimientos denunciados, ha entendido que al celebrarse los contratos eludiendo sistemáticamente la Ley 42/1998 la consecuencia conforme al art. 1.7 Ley 42/1998 debe ser la declaración de nulidad.



5.- La sala dictó auto el 24 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.

6.- 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 "adquirente" 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.

»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.

«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 la adquirente recurrente realizara 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.

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

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

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

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

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

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

Pero no es el supuesto aquí enjuiciado, pues la demandante 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.



DÉCIMO PRIMERO.- En aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 LEC , no procede imponer a la parte recurrente las costas del presente recurso.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Caridad , contra la sentencia dictada con fecha 19 de enero 2017 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 45/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1653/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona.

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

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

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

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente con devolución de los autos y del rollo de sala e insértese en la colección legislativa.

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

Así se acuerda y firma.

Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Eduardo Baena Ruiz M.ª Angeles Parra Lucan