



Roj: **SAP M 12913/2018 - ECLI: ES:APM:2018:12913**

Id Cendoj: **28079370092018100369**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **9**

Fecha: **18/10/2018**

Nº de Recurso: **451/2018**

Nº de Resolución: **430/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN ANGEL MORENO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Novena

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933935

37007740

N.I.G.: 28.006.00.2-2016/0005795

Recurso de Apelación 451/2018 -4

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 04 de Alcobendas

Autos de Procedimiento Ordinario 731/2016

APELANTE: BOSQUES NATURALES SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA CRISTINA PEREZ PERRINO

APELADO: D./Dña. Silvio

PROCURADOR D./Dña. FEDERICO BRIONES MENDEZ

SENTENCIA NÚMERO:

RECURSO DE APELACIÓN Nº 451/2018

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. INMACULADA MELERO CLAUDIO

D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA

Dª. MARÍA PILAR PALÁ CASTÁN

En Madrid, a dieciocho de octubre de dos mil dieciocho.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Procedimiento Ordinario nº 731/2016 procedentes del Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Alcobendas a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 451/2018, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelado **D. Silvio** representado por el Procurador D. FEDERICO BRIONES MÉNDEZ; y, de otra, como demandada y hoy apelante **BOSQUES NATURALES SA** representada por la Procuradora Dª. MARÍA CRISTINA PÉREZ PERRINO; sobre nulidad contratos y reclamación cantidad.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO/ SR. D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO



La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alcobendas en fecha 02-11-2017 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimo la demanda presentada por D. Silvio representado por el Procurador Sr. Briones asistido por el letrado Sr. Pinna contra Bosques Naturales S.A. representada por la procuradora Sra. Pérez Perrino defendida el letrado Sr. Vela.

Se declara la nulidad de los siguientes contratos: contrato factura de contrato Factura nº NUM000 , contrato de reserva forestal NUM001 , contrato de reserva forestal NUM002 , contrato Factura nº NUM003 por infracción de los preceptos contenidos en la ley 43/2007 de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración y consecuentemente:

Se condena a la parte demandada a abonar al actor, la suma total de 9047,89 sumas que habrán de verse incrementadas con el interés legal desde el instante en que se materializaron los contratos de compraventa, hasta la fecha de la eventual sentencia estimatoria de nuestras pretensiones.

A abonar el interés moratorio, establecido en el artículo 576 de la LEC, desde la fecha de la sentencia hasta su abono de la cantidad objeto de condena.

A abonar el pago de las costas procesales.

Los actores deberán reintegrar los árboles a lademandada junto con los rendimientos adquiridos, bonificaciones o usufructores en su caso obtenidos y sus intereses legales. "

SEGUNDO.- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la parte demandada, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, se opuso a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día diecisiete de octubre del presente año.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia, que deben entenderse sustituidos por los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- Con carácter previo a resolver los distintos motivos del recurso de apelación, debe partirse de los siguientes hechos que han quedado acreditados en los autos:

La entidad demandada BOSQUES NATURALES SA es una sociedad constituida en 1996 que tiene por objeto la plantación de árboles para su venta y posterior cultivo y cuidado de los mismos, así como la venta de madera y productos derivados de aquéllos.

El actor y ahora apelado suscribió con la entidad demandada tres contratos el 6 de mayo de 1998, 30 de diciembre de 1998, y el 31 de mayo de 1999, por un importe total de 5.683,02 €, en virtud de ello el actor adquiriría de la demandada diversos plantones de madera noble, y la entidad demandada asumía el compromiso de proceder a plantar dichos árboles en alguna de sus fincas, con la obligación de asumir el cultivo y cuidado de los mismos, y una vez transcurrido el plazo previsto en el contrato 25 años, se procedería al desarraigo de los árboles y a su venta, correspondiendo el precio de la venta al actor, cobrando por las gestiones de venta asumidas por la entidad BOSQUES NATURALES SA, el 20 % del precio de venta.

El 31 de mayo de 2001 el actor firmo un contrato, por intermediación de la demanda adquiriendo un tercero otros plantones de madera noble que el transmitente había adquirido por importe de 3.3365, 67 € .

En todos los contratos y bajo la rúbrica de servicios de corta, desarraigo, y de gestión de venta se recoge una cláusula, que es la DECIMA o la UNDÉCIMA en función del contrato pero de contenido idéntico en el que se establece "BOSQUES NATURALES , S.A. se compromete y obliga a llevar a cabo cuantas gestiones sean necesarias en orden a realizar la corta como la posterior venta de madera resultante, poniendo a disposición del Cliente el importe de la venta, una vez deducidas las cantidades que correspondan, según se detalla en las siguientes estipulaciones. El cliente se compromete y obliga a no encomendar a terceros estos servicios,



ordenando con carácter irrevocable, a la citada sociedad, y una vez vencido el contrato a la corta, desarraigo y venta de la madera.

En cuando a la forma de llevar a cabo la venta de la madera se pactó que "Dentro del plazo de quince días a contar de la finalización, BOSQUES NATURALES S.A. notificará por escrito al Cliente, las tres mejores ofertas de compra que haya conseguido en el mercado mundial, para que el Cliente, en otro plazo de treinta días a contar de la recepción de la notificación, comunique a BOSQUES NATURALES, S.A cuál de las ofertas selecciona, o bien presentar una mejor oferta de compra por un tercero.

Vencidos los plazos señalados, si el Cliente no hubiese aceptado ninguna de las ofertas de compra comunicadas, BOSQUES NATURALES, S.A. procederá a la venta de la madera resultante de la corta y desarraigo de los árboles objeto de este documento, por el mayor de los precios comunicados al Cliente, o los comprará para sí por el mismo precio. El producto de la venta, una vez deducidas las cantidades correspondientes se pondrá a disposición del cliente.

TERCERO.- En la sentencia de instancia que estima la demanda se llega a la conclusión que es de aplicación la ley 43/2007, y que en virtud de la Disposición transitoria única de dicha ley, en relación con el artículo 6 de la ley deberán entenderse nulos los citados contratos por no haberse adaptado, atribuyendo la responsabilidad de no haberse prestado las garantías que establece el artículo 5 de la ley a la entidad demandada.

Antes de entrar al examen de los distintos motivos del recurso de apelación, debe tenerse en cuenta que la acción principal ejercitada es la nulidad de los contratos, por infracción de la ley 43/2007 de protección de los consumidores en la comercialización de bienes con oferta de restitución del precio, y por lo tanto aunque se alega la existencia de información precontractual engañosa, o que el contenido del contrato inducía a confusión, solo procede entrar a examinar si el contrato es nulo en virtud de las prescripciones de la ley 43/2007, que según la demanda, , toda vez que en ningún momento se está alegando la nulidad del contrato por la existencia de cláusulas abusivas.

La propia exposición de motivos de la ley 43/2007 expresamente viene a señalar que un objetivo de la ley es complementar las obligaciones de información, y construir un marco completo de regulación, reforzando la protección de la parte más débil del contrato, el consumidor, mediante el otorgamiento de garantías a su favor, para la comercialización de bienes como sellos, obras de arte, antigüedades, joyas, árboles, bosques naturales, animales en todo caso y asimismo aquellos otros bienes susceptibles de este tipo de comercialización, en los que se incluya una oferta de restitución posterior, en uno o varios pagos, de todo o parte del precio pagado por el consumidor o una cantidad equivalente, con o sin promesa de revalorización de este importe.

El artículo 1 de la citada ley establece en orden a su ámbito de aplicación al señalar, "Esta Ley es de aplicación a las relaciones jurídicas con los consumidores y usuarios de las personas físicas o jurídicas que, en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional no regulada por la legislación financiera, comercializan bienes con oferta de restitución posterior, en uno o varios pagos, de todo o parte del precio pagado por el consumidor o una cantidad equivalente, con o sin promesa de revalorización de este importe.

En particular, quedan sometidos al ámbito de aplicación de esta Ley las relaciones jurídicas con los consumidores y usuarios de las personas físicas o jurídicas que, en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional:

a) Comercializan bienes, mediante contratos de mandato de compra y venta de bienes y otros contratos que permitan realizar esta actividad, percibiendo el precio de adquisición de los mismos o una comisión y comprometiéndose a enajenarlos por cuenta del consumidor entregando a éste, en varios o en un único pago, el importe de su venta o una cantidad para el supuesto de que no halle un tercero adquirente de los bienes en la fecha pactada.

b) Comercializan bienes mediante los contratos indicados en el párrafo anterior con ofrecimiento de revalorización, o en su caso, con garantía de restitución del precio de adquisición o cualquier otro importe.

En relación a este tipo de contratos el artículo 5 de la ley impone a las empresas que comercialicen este tipo de bienes, que antes de la formalización del contrato, hayan suscrito con una entidad habilitada para ello, un seguro de caución, aval bancario o cualquier otra garantía prestada por bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito u otros establecimientos financieros de crédito que asegure individualmente al consumidor la cuantía del importe de restitución ofrecido, debiendo entregársele copia de la póliza o resguardo de la garantía al consumidor. Garantías que deberán mantenerse durante toda la vida del contrato.

Siendo una consecuencia del incumplimiento de esa obligación causa de nulidad del contrato a instancia del consumidor.



Partiendo que la ley 43/2007 establece que dicha norma entraría en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, y que los contratos suscritos entre las partes son todos ellos de fecha anterior, debe examinarse si dicha norma es o no aplicable a dichos contratos.

A este respecto debe estarse a lo previsto en la Disposición Transitoria única, que señala que dicha ley será de aplicación a los contratos cuya renovación expresa o tácita se produzca tras su entrada en vigor, y en aquellos casos, como los contratos de que trae causa este litigio, tengan una duración superior a diez años, que a la entrada en vigor de esta Ley tengan un plazo de vigencia superior a cinco años deberán adaptarse a lo dispuesto en el artículo 5 en el plazo máximo de tres años desde su entrada en vigor, salvo que las partes en dicho plazo, de común acuerdo, opten por resolver el contrato, en su caso, negociar uno nuevo en otras condiciones. A falta de acuerdo de las partes sobre la distribución de los gastos de constitución de las garantías previstas en el artículo 5, éstos se distribuirán por la mitad.

CUARTO.- La cuestión que se reproduce en esta alzada, a pesar de las alegaciones que se hacen en el recurso de apelación, es si los citados contratos es de los regulados o no en el ámbito de aplicación de la ley 43/2007, y por lo tanto si se responde en sentido afirmativo, el incumplimiento de la entidad demandada de prestar o constituir el correspondiente aval o fianza, es motivo de nulidad del contrato, en base al artículo 6 de la ley, como se declara en la sentencia de instancia.

Las cuestiones que se plantean en el recurso de apelación ya han sido examinadas por esta audiencia provincial si bien con criterios divergentes.

Las sentencias de la sección 10ª de 6 de abril de 2017, nº 169/2017, sección 18ª de 10 de abril de 2017, la sentencia de la secc.19 N° 339/2017 de 11/10/2017, Sección: 13 N° 351/2017, de 08/09/2017; Secc. 8 N° : 268/2017 de 13/6/2017; entre otras entienden que no es aplicable la ley 43/2007 y por lo tanto desestiman las pretensiones en las que se solicita la nulidad de los contratos por el incumplimiento de dicha norma.

Por el contrario otras sentencias como son las de la Secc. 12 n ° 292 de 2777/2017 y la nº 261/2017 de 30/6/2017, y la sentencia de la sección 19 N° 21/2014 estimaron dichas pretensiones y por lo tanto declararon la nulidad solicitada.

No obstante esta disparidad de criterios ha sido superada, siendo el criterio mayoritario y casi unánime de esta audiencia provincial entender que no es aplicable a los contratos análogos a los aquí examinados la ley 43/2007, así los ha declarado esta sala entre otras en las sentencias de 9/7/2018 rollo de apelación 269/2018; sentencia de 25/1/2018; 31/5/2018,

En concreto en la sentencia de esta sección de 21 de enero de 2018 Rollo de apelación 735/2017 tiene declarado " los contratos de que trae causa este litigio, son anteriores a la entrada en vigor la ley 443/2007, no siendo aplicable la misma a ellos, salvo en lo que establece la Disposición Transitoria Única, respecto a la necesidad de constituir un aval o garantía de las cantidades que el profesional o empresario se haya comprometido a devolver, como consecuencia del contrato, pero no el resto de los preceptos de dicha norma; lo cierto es que la citada ley no es de aplicación a los contratos de que trae causa este litigio, pues con independencia de que puedan ser calificados de contratos de adhesión, lo cierto es que en ninguna de sus cláusulas, la entidad demandada y ahora apelante se obliga a recomprar los bienes a sus clientes, pues el hecho de que exista un encargo en exclusiva de que sea Bosques Naturales la que proceda a la venta de la madera obtenida, en modo alguno puede equipararse a que exista un compromiso de restitución de todo o parte del precio pagado por el consumidor o una cantidad equivalente, puesto que las estipulaciones en las que se recogen las gestiones de venta a realizar por la entidad apelada, o incluso del **derecho de adquisición preferente** de la madera a su favor, no implica ese compromiso de restitución de todo o parte del precio. Toda vez que cuando se redactaron y firmaron los contratos, no estaba en vigor la ley 43/2017, lo que impide llegar a la conclusión que la forma utilizada en cuanto a la venta y obtención del precio de la madera por el apelante, se hubiera podido realizar con la finalidad de evitar la aplicación de dicha norma.

En segundo lugar aun cuando se entienda que es aplicable la Disposición Transitoria única de la ley 43/2017, dicha norma solo establece que deberán adaptarse a lo dispuesto en el artículo 5 en el plazo máximo de tres años desde su entrada en vigor, pero sin que remita al resto de los preceptos de la ley, por lo que el efecto no podría ser la nulidad como se pretende, toda vez que dicha nulidad se contempla en el artículo 6 de la ley, para los nuevos contratos, no para los que ya estuvieran en vigor, por lo que el cliente podrá exigir la constitución del seguro o aval, en la forma y requisitos que dicho precepto establece, que a falta de acuerdo debería ser abonado al 50 % por ambas partes, y en caso de negativa del empresario o profesional instar la resolución, pero no puede entenderse que la consecuencia sea sin más la nulidad de los contratos anteriores a la entrada en vigor de la ley . Pues como señala la sentencia citada de la APM secc. 18 N ° 147/2017 de 10 de abril " los efectos de la acción que se ejercita que no es otra que la acción de nulidad por infracción de normas imperativas, resulta que la tal nulidad no puede ser invocada en relación con las prescripciones de la Ley



43/2007, y ello porque la Disposición Transitoria única que es el supuesto en el que podría acogerse la parte demandante no establece como sanción de la no conversión que debe hacerse de los contratos la nulidad de los mismos, sino que lo que se establece es que hay un plazo de tres años para adaptarse a lo dispuesto en artículo 5, se agolpó en el caso de que las partes de común acuerdo, opten por resolver el contrato y en su caso negociar un nuevo en otras condiciones por todo por otra parte resulta dificultoso el poder establecer la obligatoriedad de cumplir con las formalidades del artículo quinto y concretamente con la concertación de las garantías en cuanto al mismo establece que la empresa debería haber suscrito con una entidad habilitada para ello un seguro de caución aval bancario o cualquier otra garantía prestada por bancos y establecimientos financieros que asegure individualmente al consumidor la cuantía del importe de restitución ofrecido debiendo entregarse copia de la póliza o resguardo de la garantía al consumidor, y lo cierto y verdad es que no consten los contratos y que se haya ofrecido un importe de restitución concreta ha determinado que ni que se haya garantizado la percepción de ninguna cantidad con supuesta compra venta o revalorización de las cantidades entregadas, por lo que en cualquier caso resulta obvio que la disposición transitoria la estableció una sanción distinta de la nulidad cuales simplemente y el mejor de los casos o para los demandantes la obligación o la posibilidad de negociar una resolución contractual o bien la fijación de alguna garantía, plazo que debe entenderse en beneficio, de ambos contratantes y que no consta que se haya verificado".

En base a todo lo expuesto en relación a la acción de nulidad dado que la disposición transitoria de la ley, no establece como causa la nulidad del contrato, al no prestar la caución o garantía de los contratos ya en vigor procede desestimar la pretensión y por lo tanto estimar el recurso de apelación, toda vez que no procede la nulidad solicitada

QUINTO.- En la demanda con carácter subsidiario que se solicitaba la condena a la entidad demandada a cumplir lo establecido en el artículo 5 y de la disposición Transitoria Primera de la ley 43/2007, procediendo a la constitución de una fianza o aval a fin de garantizar al actor la devolución de las cantidades aportadas a la firma de los contratos, y de no hacerlo implique la automática resolución de los contratos.

Dicha pretensión no puede tampoco prosperar, pues como ya se ha venido exponiendo a lo largo de esta resolución judicial, la ley 43/2007, no es aplicable a los contratos de que trae causa este litigio, puesto que como ya ha declarado esta audiencia provincial, lo que exige el artículo 5 de la ley es que la cuantía del aval o seguro será la cuantía del importe de restitución ofrecida, importe de restitución que el presente caso no consta, pues de la lectura los contratos se desprende que no existe el ninguna garantía ni de restitución ni de revalorización, sino que pura y simplemente lo que se produce es una participación por parte de los demandantes en los contratos de gestión o aprovechamiento de la madera de los árboles, n quedando los mismos al albur de las vicisitudes del mercado de la madera, algo que ya era cierto y desde la propia firma del contrato.

SEXTO.- En aplicación de lo dispuesto en el art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 394.1 del mismo Cuerpo Legal, y al estimarse el recurso de apelación y desestimarse la demanda las costas de primera instancia han de imponerse a la parte actora, sin que proceda hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLO

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BOSQUES NATURALES S.A, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Magistrado juez del juzgado de primera instancia nº 4 de Alcobendas el 2 de noviembre de 2017, se **REVOCA** dicha sentencia , desestimando la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Silvio , todo ello con imposición de las costas de primera instancia a la parte actora, sin que proceda hacer expresa imposición de las costas de esta a alzada, con devolución al recurrente del depósito constituido de conformidad con el punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal en el término de veinte días desde la notificación de la presente.

ROLLO 451/2018

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico. En Madrid a veintitrés de octubre de dos mil dieciocho.