



Roj: **STS 540/2017 - ECLI:ES:TS:2017:540**

Id Cendoj: **28079110012017100089**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2017**

Nº de Recurso: **3261/2014**

Nº de Resolución: **88/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2925/2014,**
STS 540/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 15 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1270/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Alexis y doña Sonia, representados ante esta sala por el procurador de los Tribunales don Vicente Javier López López; siendo parte recurrida Silverpoint Vacations, S.L., representada por el procurador de los Tribunales don Luciano Rosch Nadal. Autos en los que también han sido parte Resort Properties Limited y Ebony Marketing Limited, que no se han personado ante este **Tribunal Supremo**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de don Alexis y doña Sonia, interpuso demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations, S.L. (Resort Properties y Club Paradiso), Resort Properties Limited y Ebony Marketing Limited, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«1.- La nulidad, o subsidiaria resolución, del contrato de fecha 28 de febrero de 2009 (E342456/462379), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, con obligación solidaria para las demandadas Silverpoint Vacations, S.L. y Resort Properties Limited, de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, 25.000,00 libras esterlinas, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La nulidad, o subsidiaria resolución, del contrato de fecha 20 de febrero de 2010 (E342456/469680), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, con obligación solidaria para las demandadas Silverpoint Vacations, S.L. y Ebony Marketing Limited, de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, 23.934,00 libras esterlinas, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»3.- Para el caso de no ser estimada la pretensión anterior, se declare la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas por razón de los contratos suscritos por las partes y que se recogen en el hecho Tercero, debiendo por lo tanto devolver dicha cantidad doblada, es decir, 2.000,00 libras esterlinas.»



2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada Silverpoint Vacations S.L., contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que:

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

Por providencia de fecha 19 de marzo de 2013, se acordó declarar en rebeldía a las demandadas Resort Properties Limited y Ebony Marketing Limited.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sras. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona, dictó sentencia con fecha 9 de diciembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Se estima la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, don Leopoldo Pastor Llanera, en nombre y representación de don Alexis y doña Sonia frente a la entidad Silverpoint Vacations, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales, don Pedro Ledo Crespo y, en consecuencia, se declara la nulidad radical de los contratos suscritos los días 28 de febrero de 2009 y 20 de febrero de 2010 así como de sus anexos, condenando a la demandada a restituir las cantidades satisfechas, en concepto de precio, por importe de cuarenta y ocho mil novecientos treinta y cuatro libras esterlinas (48.934), con los correspondientes intereses legales devengados desde la fecha de su reclamación judicial (2 de julio de 2012), con condena en costas procesales.

»Se desestima la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Leopoldo Pastor Llanera, en nombre y representación de don Alexis y doña Sonia frente a las entidades, Resort Properties Limited y Ebony Marketing Limited, absolviéndoles de todos sus pedimentos; se condena en costas procesales a la parte actora.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada Silverpoint Vacations, S.L., y sustanciada la alzada, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 19 de septiembre de 2014, cuyo Fallo es como sigue:

«1. Estimar el recurso interpuesto por la demandada, entidad mercantil SILVERPOINT VACATIONS S.L., y revocar la sentencia impugnada que se deja sin efecto.

»2. Desestimar la demanda interpuesta por los actores, DON Alexis Y DOÑA Sonia, y absolver a la demandada, ya mencionada, de las pretensiones contra ella deducidas, sin hacer imposición especial sobre las costas de la primera instancia.

«3. No hacer imposición especial de las costas originadas con el recurso, con devolución del depósito que se haya constituido para recurrir.»

TERCERO.- El procurador don Leopoldo Pastor Llanera, en nombre y representación de doña Sonia y don Alexis, interpuso recurso de casación por interés casacional, alegando la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, fundado en los siguientes motivos:

1. Por infracción de los artículos 2 y 3 Ley General de Consumidores y Usuarios Ley 26/1984.

2. Por infracción del artículo art. 1.7 Ley 42/1998.

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 1 de junio de 2016 por el que se acordó la admisión del recurso y dar traslado del mismo a la parte recurrida, Silverpoint Vacations S.L. que se opuso mediante escrito presentado en su nombre por el procurador don Luciano Rosch Nadal.

QUINTO .- Por providencia de 4 de noviembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 21 de diciembre de 2016, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido por haberse prolongado su deliberación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Sonia y don Alexis, en virtud de los contratos suscritos el 28 de febrero de 2009 y 20 de febrero de 2010 con Silverpoint Vacations S.L., adquirieron unos certificados llamados de «fiducia» por los que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos por periodos vacacionales en los complejos Berbely Hills Club y Hollywood Mirage Club, por el contrato del año 2009, y en el Club Paradiso, por el contrato del año 2010, con fijación del precio correspondiente. Igualmente se firmó una declaración de conformidad complementaria y unos contratos de reventa independientes en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.



Los citados adquirentes formularon demanda el 5 de julio de 2012 en solicitud de que se declare la nulidad, o subsidiaria resolución, de ambos contratos y sus anexos, con la obligación de la demandada Silverpoint Vacations S.L. de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 25.000 libras esterlinas correspondientes al contrato de 28 de febrero de 2009, y de 23.934 libras esterlinas por el contrato de 20 de febrero de 2010. Para el caso de que no se estimara la petición anterior, solicitaron que se declare la improcedencia de los cobros anticipados, debiendo devolver la cantidad de 1.000 libras por duplicado.

La sentencia de primera instancia estima la demanda y declara la nulidad de los contratos suscritos el 28 de febrero de 2009 y el 20 de febrero de 2010, así como de sus anexos, condenando a la demandada a restituir las cantidades satisfechas, por importe de 48.934 libras esterlinas.

Se interpuso recurso de apelación por la demandada Silverpoint Vacations S.L. y la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 19 de septiembre de 2014, dictó sentencia por la que estimó el recurso y revocó la sentencia de primera instancia, desestimando la demanda y absolviendo a la demandada sin hacer imposición especial sobre las costas de la primera instancia.

La Audiencia considera: a) Que los demandantes contrataron las ocupaciones de los apartamentos para incorporarlas a un proceso de comercialización, lo que excluye la condición de consumidores; b) No se aprecia la ausencia de ninguno de los elementos esenciales del contrato; y c) Tampoco existe dolo en la conducta de la parte demandada que hubiera podido inducir a los demandantes a contratar.

Los demandantes han interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia. La parte recurrida acompaña con su escrito de oposición una certificación expedida por quien afirma ser administrador de una sociedad que no es parte en el proceso, que ninguna relevancia tiene respecto de lo que ahora se discute.

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso combate la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que no cabe considerar en este caso que los demandantes hayan actuado como consumidores al haber incorporado su adquisición a un proceso de comercialización. Alega la parte recurrente que se infringen los artículos 2 y 3 Ley 26/1984, General de Consumidores y Usuarios. Sobre esta cuestión cabe prescindir ya de las diferentes soluciones seguidas por las audiencias provinciales ya que esta sala en reciente sentencia 16/2017, de 16 de enero, ha abordado la cuestión sentando los siguientes criterios:

«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). A su vez, la reforma del mencionado art. 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom.»

Dicha doctrina es la que se mantiene como aplicable por la parte recurrente y no ha sido la seguida por la sentencia recurrida al no reconocer la condición de consumidores a los demandantes, por lo que el motivo se estima.



TERCERO.- La estimación del anterior motivo comporta que la sentencia recurrida haya de ser casada. Como consecuencia, esta sala ha de entrar a conocer de la cuestión litigiosa planteada sin necesidad de abordar concretamente el estudio del motivo segundo del recurso, que denuncia la infracción del artículo 1.7 de la ley 42/1998 ya que la Audiencia Provincial lo que vino a considerar es que dicha ley no resultaba aplicarle al caso.

Resulta necesario acudir nuevamente a la doctrina sentada por la sentencia de esta sala 16/2017, de 16 enero, en lo que se refiere a la aplicación de la citada ley a los llamados productos vacacionales de larga duración.

Se dice en ella lo siguiente:

«no es baladí recordar que la propia Directiva que sustituyó a la citada, la 2008/122/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, advierte expresamente en sus considerandos iniciales de la necesidad de evitar fraudes y la elusión de la normativa tuitiva de los consumidores, al decir: "(1) ...[Además, la experiencia adquirida en la aplicación de la Directiva 94/47/CE ha demostrado que algunos aspectos que ya estaban cubiertos necesitan una actualización o una precisión para impedir que se creen productos con la finalidad de eludir las disposiciones de la presente Directiva. 2) Las lagunas existentes en la normativa crean importantes distorsiones de la competencia y plantean graves problemas a los consumidores...". Y la misma finalidad tiene la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, que traspuso a nuestro ordenamiento interno dicha Directiva.»

A ello añade lo que sigue en referencia al asunto objeto de dicha sentencia, en la que se trataba de contrato similar a los ahora estudiados:

«Del propio enunciado contractual antes reseñado, 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 periodo determinado o determinable al año. Al que, como veremos, se anuda la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho del contrato en cuestión».

A partir de tal estimación resulta claro que, como en el supuesto a que se refería la citada sentencia de esta sala 16/2017, de 16 enero, no se cumplen ni siquiera mínimamente en el presente caso los requisitos de la Ley 42/1998, por lo que el recurso ha de estimarse, casando la sentencia dictada en apelación y confirmando la de primera instancia.

CUARTO.- No procede hacer imposición de las costas del recurso de casación, según establece el artículo 398.2 LEC. La desestimación del recurso de apelación conlleva que deban imponerse a la parte apelante las costas causadas por el mismo, conforme a los artículos 394.1 y 398.1 LEC.

Igualmente, debe acordarse la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, a tenor de la Disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación formulado por doña Sonia y don Alexis, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4.ª), con fecha 19 de septiembre de 2014, en el Rollo de Apelación núm. 90/2014. **2.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Silverpoint Vacations, S.L., contra la sentencia de 9 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Arona, en el juicio ordinario núm. 1.270/2012, que confirmamos íntegramente. **3.º-** Imponer a Silverpoint Vacations, S.L. las costas del recurso de apelación. **4.º-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación. **5.º-** Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ