

Roj: **STS 573/2017 - ECLI:ES:TS:2017:573**Id Cendoj: **28079110012017100101**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/02/2017**Nº de Recurso: **10/2015**Nº de Resolución: **115/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP TF 2957/2014,**
STS 573/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 22 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 Gregorio y doña Tamara, 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, que no se ha personado ante este **Tribunal Supremo**.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1- La representación procesal de don Gregorio y doña Tamara, interpuso demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations, S.L. (Resort Properties) y Resort Properties 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 suscrito por las partes 28 de abril de 2008 (E436140-456082), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, con obligación solidaria para las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, 25.000,00 libras esterlinas (31.098,43 euros), más los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- 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 del contrato suscrito 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 (2.487,87 euros).»

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 8 de mayo de 2013, se acordó declarar en rebeldía a la demandada Resort Properties Limited.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. 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 Llarena, en nombre y representación de don Gregorio y doña Tamara 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 del contrato suscrito el día 28 de abril de 2008 así como de sus anexos, condenando a la demandada a restituir las cantidades satisfechas, en concepto de precio, por importe de veinticinco mil libras esterlinas (25.000 - 31.098,43 euros, salvo error u omisión) con los correspondientes intereses legales devengados desde la fecha de su reclamación judicial (20 de noviembre de 2012), condenándole en costas procesales.

»Se desestima la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, don Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de don Gregorio y doña Tamara frente a la entidad, Silverpoint Vacations, S.L., y, en consecuencia, se le absuelve de todos sus pedimentos, condenando en costas procesales a la parte actora.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada, y sustanciada la alzada, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 7 de octubre de 2014, cuyo Fallo es como sigue:

«1. Estimar el recurso interpuesto por la demandada, entidad mercantil SILVERPOINT VACATIONS S.L. contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia n.º 3 de Arona en el juicio ordinario seguido al n.º 2.090/12, revocando la sentencia impugnada que se deja sin efecto.

»2. Desestimar la demanda interpuesta por los actores, Don Gregorio y Doña Tamara, 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 Llarena, en nombre y representación de doña Tamara y don Gregorio, interpuso recurso de casación por interés casacional, alegando la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, fundado en los siguientes motivos:

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

2º. Por infracción del artículo 1.7 de la Ley 42/1998.

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 11 de octubre 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 16 de enero de 2017 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 1 de febrero de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Tamara y don Gregorio, en virtud del contrato suscrito el 28 de abril de 2008 con Silverpoint Vacations S.L. adquirieron unos derechos de aprovechamiento por turno respecto de siete semanas que disfrutarían en los complejos Berbely Hills Club y Hollywood Mirage Club, previo pago del precio estipulado. Junto con los contratos se firmó una declaración de conformidad complementaria y se pactó la reventa en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

Dichos contratantes formularon demanda el 20 de noviembre de 2012 y solicitaron la declaración de nulidad y, subsidiariamente, la resolución del contrato de 28 de abril de 2008, con la obligación de la demandada Silverpoint Vacations S.L. de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, por importe de 25.000 libras esterlinas. También interesaron, para el caso de que no se estimara la pretensión anterior, la declaración de improcedencia de los cobros anticipados de determinadas cantidades satisfechas por los actores, solicitando la devolución de dicha cantidad por duplicado.



La entidad demandada se opuso y el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona dictó sentencia por la que entendió que el contrato no se ajustaba a las exigencias de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, por lo que se trataba de un contrato radicalmente nulo y así lo declaró, condenando a la demandada a restituir las cantidades satisfechas, por importe de 31.098,43 euros, más los intereses legales desde la fecha de su reclamación.

La demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, estimó el recurso y revocó la sentencia de primera instancia rechazando la demanda sin condena en costas causadas en las instancias.

Sostiene la Audiencia, como fundamento de dicha resolución, que los demandantes contrataron las semanas, según ellos mismos relatan, para incorporarlas a un proceso de comercialización, lo que excluye la condición de consumidores; y que no consta que sufrieran error alguno en la contratación ni actuación dolosa por parte de la demandada para inducirles a contraer sus obligaciones.

Se interpone recurso de casación por los demandantes Doña Tamara y don Gregorio .

SEGUNDO.- El primero de los motivos se apoya en la infracción de los artículos 2 y 3 Ley General de Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, pues la Audiencia Provincial, mantiene que no es de aplicación esta norma, cuando el usuario adquiere un derecho como particular pero con la finalidad de obtener un lucro económico, aun cuando tal pretensión se lleve a cabo en el ámbito privado.

Sostiene la parte recurrente que tal afirmación se opone a lo que mantienen otras Audiencias Provinciales, como la Audiencia Provincial de la Rioja, que reconoce la cualidad de consumidor a quien, pretendiendo la adquisición para un provecho económico, sin embargo no pierde tal condición en tanto dicha actuación se hace en la esfera privada y de forma no profesional.

La sentencia impugnada dice al respecto (fundamento de derecho cuarto) lo que sigue:

«Sobre la base de esos hechos hay que señalar, ante todo, que los actores difícilmente tenían ni podían tener la condición de consumidores al contratar, pues no se constituían en destinatarios finales de los bienes o derechos adquiridos sino que los adquirirían, según sus propias manifestaciones, para su reintroducción en el mercado (a través de la reventa o el alquiler) y obtener los beneficios consiguientes que fue lo que les movió a adquirir "tantas semanas". Es decir, no actuaron en un ámbito ajeno a una actividad empresarial, que es la nota que confiere el carácter de consumidor según el art. 3 de la Ley General de Consumidores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, en su redacción en vigor en el momento de los contratos), concepto que además se explica en la Exposición de Motivos de esta Disposición cuando señala, en concordancia con la Ley General de Consumidores de 1984 (que refunde en el propio Texto), que consumidor es la persona física (o jurídica) que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final "sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en proceso de producción, comercialización o prestación a terceros». No cabe duda, pues y en este caso, de que los actores contrataron las semanas (según ellos mismos relatan, se insiste) para introducirlos ("incorporarlos") en un proceso de comercialización, lo que excluye la condición de consumidor».

No es necesario que esta sala aborde ahora «ex novo» la cuestión que se discute, ya que sobre la misma y en un supuesto de hecho similar al ahora enjuiciado, ya lo ha hecho en sentencia de pleno 16/2017, de 16 de enero, afirmando (fundamento de derecho cuarto) lo siguiente:

«En relación con la controversia litigiosa, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión. Además, la redacción del art. 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015 , asunto C-110/14).

»2.- A su vez, la reforma del mencionado art. 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir,



se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

»No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom , 21)».

No se acredita dicha habitualidad en el caso por lo que el motivo habrá de ser estimado.

TERCERO.- El segundo motivo se fundamenta en la infracción del artículo 1.7 de la Ley 42/1998. Se plantea la cuestión que se refiere a la aplicación de dicha ley a los contratos que, como los suscritos por los demandantes, versan sobre «paquetes vacacionales» o «"derechos de afiliación».

La sentencia recurrida mantiene que no es de aplicación la Ley 42/1998, en cuanto no estamos ante un derecho de aprovechamiento por turno, sino ante una afiliación que otorga al cliente la suscripción a unos servicios no vinculados con una propiedad determinada. Se citan sentencias que, de modo contrario, declaran que tales contratos están sujetos a las prescripciones de esta Ley y la falta de cumplimiento de la normativa referida determina que deben declararse nulos (sentencias de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 26 de noviembre de 2001, 10 de diciembre de 2002, 19 de marzo de 2007). Frente a esta posición se sitúan otras de la sección 4.ª de la misma Audiencia de 19 de septiembre y 7 de octubre de 2014.

La misma sentencia dictada por el pleno de esta sala de 16 enero 2017 resuelve que los contratos como el presente, referidos a determinados paquetes vacacionales, están sujetos a la Ley 42/1998.

Así dice (fundamento segundo, apartado 3) que

«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».

Si se examina el contrato celebrado entre las partes, pronto se advierte que nada dice sobre la extinción del régimen sobre el que se contrata y así se hizo constar en la demanda (página 9 "in fine") como determinante de la nulidad contractual.

De este modo la sentencia 192/2016, de 29 marzo (Rec. 793/2014), seguida de otras en igual sentido (como más reciente la 627/2016, de 25 de octubre), se hacen las siguientes consideraciones:

«B) Duración. Al configurar el contrato con una duración indefinida, tampoco se cumple con las previsiones de la Ley 42/1998 que exige la fijación del tiempo por el que se establece el derecho o, al menos, de la duración del régimen (artículo 3). Esta sala ya ha resuelto al respecto en sentencia 774/2014, de 15 enero , que interpreta la disposición transitoria segunda de la Ley 42/1998, tras una conexión sistemática de sus aparatos 2 y 3, en el sentido de que quien deseara «comercializar los turnos aún no transmitidos como derechos de aprovechamiento por turno (...) debería constituir el régimen respecto de los períodos disponibles con los requisitos establecidos en esta Ley , entre ellos, el relativo al tiempo, establecido en el artículo 3, apartado 1», de modo que el incumplimiento de dicha previsión da lugar a la nulidad de pleno derecho según lo dispuesto en el artículo 1.7.

»En este sentido, para comprobar cómo el legislador ha querido que desde la entrada en vigor de la ley el contrato tenga una duración determinada, que generalmente estará unida a la de duración del régimen, basta acudir a la norma contenida en su artículo 13 que, al regular el derecho de resolución del propietario por falta de pago de servicios, establece que "para llevar a cabo la resolución, el propietario deberá consignar, a favor del titular del derecho, la parte proporcional del precio correspondiente al tiempo que le reste hasta su extinción"; norma para cuya aplicación resulta precisa la fijación de un tiempo de duración.....».



Al no quedar cumplida dicha exigencia en el contrato, ha de ser estimado el motivo y, en consecuencia, casada la sentencia recurrida confirmando la dictada en primera instancia.

CUARTO.- No procede hacer especial declaración sobre las costas causadas por el recurso de casación, que se estima, y procede condenar a la demandada Silverpoint Vacations S.L. al pago de las costas causadas por su recurso de apelación, que debió ser desestimado.

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 la representación de Doña Tamara y don Gregorio, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4.ª) de 7 de octubre de 2014, en Rollo de Apelación n.º 91/2014, dimanante de autos de juicio ordinario n.º 2090/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arona. **2.º-** Casar la sentencia recurrida. **3.º-** Confirmar la sentencia dictada en primera instancia. **4.º-** Condenar a la demandada Silverpoint Vacations S.L. al pago de las costas causadas por su recurso de apelación. **5.º-** No hacer especial declaración sobre costas causadas por el presente recurso. **6.º** La devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. 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.