



Roj: **STS 3020/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3020**

Id Cendoj: **28079110012017100450**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2017**

Nº de Recurso: **1984/2015**

Nº de Resolución: **476/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1384/2015,**
STS 3020/2017,
AATS 2938/2018

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de julio 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 905/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arona; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña María Rosario y don Justino, representados ante esta sala por el procurador de los Tribunales don Ludovico Moreno Martín-Rico, siendo parte recurrida la entidad Silverpoint Vacations S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don Luciano Rosch Nadal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La representación procesal de doña María Rosario y don Justino, interpuso demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations S.L. y Resort Properties Limites 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 radical o subsidiaria resolución, de los contratos suscritos por las partes el 7 de julio de 2008, 15 agosto de 2008 y 23 de mayo de 2010 así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, en ambos casos con obligación para las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos por importe de 57.077,00 libras esterlinas. Cantidad resultante de descontar a la suma de los contratos y la cantidad abonada por cuotas de mantenimiento, lo percibido por mis mandantes 3.750 libras más 2000 libras más 3000 libras- por al inclusión en las listas de reventa y renuncia a la ocupación de los apartamentos en el año siguiente a la firma del contrato. 57.077 libras que, salvo error u omisión, asciende a 69.725 EUROS, (SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTICINCO EUROS), más los 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 de los mentados contratos de 2008. Esto es 2000,00 Libras y la obligación de estas de devolver a mis mandantes dichas Cantidades por duplicado, es decir, la suma de 4.000,00 libras esterlinas. Que salvo error u omisión corresponden a 4.886 euros.

«3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperasen los petitum anteriores, se declare la nulidad, por abusiva y no haber sido negociada de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los



envíos de información por parte de los complejos donde se ubicaban los apartamentos objeto del contrato de aprovechamiento por turnos del que solicitamos su nulidad y se restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, 65.060 libras esterlinas, (SESENTA Y CINCO MIL SESENTA LIBRAS), equivalentes salvo error u omisión a la suma de 79.477,00 Euros, (SETENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE EUROS) abonadas en concepto de los contratos firmados en 2008 y 2010 con expresa imposición de costas a las partes demandadas.»

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:

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

3.- Por resolución de 15 de noviembre de 2012, se tuvo por desistida por la actora la prosecución del proceso frente a Resort Properties Limited.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Arona, dictó sentencia con fecha 30 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada a instancia del demandante D. Justino y Dña. María Rosario, dirigido por el Letrado D. Oscar Salvador Santana González y representado por el procurador D. Buenaventura Alfonso González contra la entidad Silverpoint Vacations S.L. dirigido por el letrado D. José Minero Macias y representada por el procurador D. Pedro Ledo Crespo; declarando la nulidad de los contratos y sus anexos de 7 de julio de 2008, 15 de agosto de 2008 y 23 de mayo de 2010 así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos y condenando a la demandada a la cantidad de 74.611 euros más los intereses legales y las correspondientes costas procesales.»

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 6 de abril de 2015, cuyo Fallo es como sigue:

«1. Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad Silverpoint Vacation S.L., revocándose parcialmente la sentencia dictada en primera instancia, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas de dicho recurso.

»2. Se desestima la demanda formulada por María Rosario y Justino contra la entidad Silverpoint Vacation S.L., absolviendo a dicha demandada de todos los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre costas.»

TERCERO.- El procurador don Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de doña María Rosario y don Justino, interpuso recurso casación por interés casacional, alegando la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, fundado en los siguientes motivos:

1º. Por infracción de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, al no haber sido aplicada.

2º. Por infracción del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

3º. Por infracción de los artículos 1.7 y 10 de la Ley 42/1998, del artículo 10 de la Ley 26/1984, de los artículos 60, 62, 63, 69, 71, 79, del Texto Refundido del R.D Legislativo 1/2007, así como los artículos 1261, 1265 y 6.3 CC.

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 29 de marzo de 2017 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 9 de junio 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 5 de julio de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes, doña María Rosario y don Justino, en virtud de los contratos suscritos con la demandada Silverpoint Vacations S.L. el 7 de julio de 2008, el 15 de agosto de 2008, el 2 de febrero de 2010 y el 23 de mayo de 2010, adquirieron unos certificados de fiducia que concedían el derecho a la utilización



de unos apartamentos que disfrutarían por periodos vacacionales en los complejos descritos, previo pago del precio correspondiente. Junto con los contratos se firmó una declaración de conformidad complementaria a los mismos, y también unos contratos de reventa independientes en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

En la demanda, formulada con fecha 24 de mayo de 2012, solicitaron que se declare: a) La nulidad radical, o subsidiaria resolución, de los referidos contratos; b) La improcedencia de los cobros anticipados, con devolución duplicada de lo percibido; c) Subsidiariamente, la nulidad de determinadas cláusulas contractuales; y d) La devolución de las cantidades entregadas por los referidos contratos, que ascienden a un total de 65.060 libras esterlinas.

La demandada Silverpoint Vacations S.L se opuso a la demanda y, seguido el proceso, la sentencia de primera instancia concluyó que los contratos no se acomodan al contenido mínimo que con carácter imperativo impone la ley, por lo que resulta de aplicación a los mismos la doctrina de la nulidad radical del negocio jurídico. Además, la sociedad demandada incumplió la prohibición del cobro de cantidades anticipadas, por lo que deberá devolverlas por duplicado. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de los referidos contratos, se declara que no hay enriquecimiento injusto y la demandada, por disposición legal, debe devolver todas las cantidades satisfechas que ascienden a 69.725 euros más la cantidad duplicada que se pagó anticipadamente, que asciende a 4.886 euros; por lo que, en definitiva, se condena a la demandada al pago total de 74.611 euros, más intereses legales y costas.

La demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4.ª) dictó sentencia de fecha 6 de abril de 2015, por la que estimó el recurso y, con revocación de la sentencia de primera instancia, desestimó la demanda formulada. Considera la Audiencia que se trata de contratos a los que no resulta de aplicación la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, por lo que su nulidad únicamente podría venir determinada por las normas generales aplicables a los contratos, sin que se aprecie vicio en el consentimiento prestado.

Contra dicha sentencia se ha interpuesto recurso de casación por los demandantes doña María Rosario y don Justino.

SEGUNDO.- El primero de los motivos se apoya en la infracción, por no aplicación, de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

La sentencia impugnada, en su fundamento de derecho cuarto, dice lo siguiente:

«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 se 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, que los actores contrataron las semanas (según ellos mismos relatan, se insiste) para introducirlos en un proceso de comercialización, lo que excluye la condición de consumidor, debiendo remarcarse que la condición de destinatario final se define, no tanto por el propósito que los guía, sino por la efectiva actuación en el tráfico, hecho no solo reconocido por los actores cuando cuantifican el beneficio obtenido -cuya montante duplica la demandada-, sino documentalmente acreditado».

Partiendo de las anteriores consideraciones concluye la inaplicabilidad al caso de la Ley 42/1998.

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 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, 21)».

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

TERCERO.- El incumplimiento de la normativa básica contenida en la Ley 42/1998 da lugar, según lo dispuesto en su artículo 1.7, a la nulidad de pleno derecho de los contratos.

En este caso, la sentencia de primera instancia ya decía (párrafo cuarto, fundamento quinto) que

«los contratos se apartan ampliamente del contenido mínimo que con carácter imperativo impone la Ley de marras o, dicho en otros términos, son muy pocos los requisitos que se cumplen, de entre los recogidos en los artículos 8 y 9 de la Ley 42/98. Y así, no hay datos sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad. No existe una referencia clara y expresa a la naturaleza real o personal del derecho transmitido, haciendo constar la fecha en que el régimen se extinguirá de conformidad con las disposiciones de la presente Ley ni descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales y al turno que es objeto del contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina. No se aclara la fase en que se encuentra la construcción con la indicación del plazo límite para la terminación del inmueble)».

La sentencia de esta sala n.º 192/2016, de 29 marzo (Rec. 793/2014), seguida de otras en igual sentido (como la n.º 627/2016, de 25 de octubre), hace 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 los contratos objeto del presente proceso se impone la estimación de la demanda y, con ella, la confirmación de la sentencia dictada en la primera instancia teniendo en cuenta que la demandada Silverpoint Vacations S.L. no formuló solicitud alguna al interponer su recurso de apelación acerca de la determinación de la cantidad a devolver por su parte.



CUARTO.- Estimado el recurso de casación, no procede hacer especial declaración sobre las costas causadas por el mismo, con devolución a los recurrentes del depósito constituido para su interposición. Procede condenar a la demandada Silverpoint Vacations S.L. al pago de las costas causadas por su recurso de apelación, que debió ser desestimado.

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 María Rosario y don Justino , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4.ª) de 6 de abril de 2015, en Rollo de Apelación n.º 581/2014 , dimanante de autos de juicio ordinario n.º 905/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 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.