



Roj: **STS 3276/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3276**

Id Cendoj: **28079110012017100472**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2017**

Nº de Recurso: **2594/2015**

Nº de Resolución: **490/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1077/2015,**
STS 3276/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1340/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Erasmo y doña Irene, 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 don Erasmo y doña Irene, interpuso demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations S.L., 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 radical o subsidiaria resolución de los contratos a que se refiere la presente demanda, así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, 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 63.853'00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento en los años 2010 (Club Beverly Hillis) por 685'00 euros, 2011 (Club Beverly Hills) por 548'00 euros, 2009 (Hollywood Mirage) por 446'00 euros, 2010 (Club Paradiso) por 490'00 libras esterlinas, 2010 (Palm Beach Holiday Club) por 538'00 libras esterlinas y 2011 (Palm Beach Holiday Club) por 306'00 libras esterlinas, 2011 (Club Paradiso) por 598'00 libras esterlinas y 2012 (Club Paradiso) por 598'00 libras esterlinas, y 2012 (Palm Beach Club) por 612'00 libras esterlinas (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 86.328'02 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 de los meritados contratos 3.000,00 Libras y la obligación de estas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 6.000,00 libras esterlinas (7.542'42 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, (63.853'00 LIBRAS ESTERLINAS) más las cuotas abonadas por mantenimiento en



los años años 2010 (Club Beverly Hills) por 685'00 euros, 2011 (Club Beverly Hills) por 548'00 euros, 2009 (Hollywood Mirage) por 446'00 euros, 2010 (Club Paradiso) por 490'00 libras esterlinas, 2010 (Palm Beach Holiday Club) por 538'00 libras esterlinas y 2011 (Palm Beach Holiday Club) por 306'00 libras esterlinas, 2011 (Club Paradiso) por 598'00 libras esterlinas y 2012 (Club Paradiso) por 598'00 libras esterlinas, y 2012 (Palm Beach Club) por 612'00 libras esterlinas. ascendiendo en total -salvo error u omisión-a una suma de 86.328'02 EUROS, 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:

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

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 2 de Arona, dictó sentencia con fecha 8 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«DESESTIMAR íntegramente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Don Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de DON Erasmo y DOÑA Irene , representada por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Ledo Crespo, y en su virtud le absuelvo a SILVERPOIN VACATION de los pedimentos frente a ella deducidas, con imposición de costas a la actora.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora, y sustanciada la alzada, la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 19 de junio de 2015 , cuyo Fallo es como sigue:

«1º.- Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Buenaventura Alfonso González en nombre representación de D. Erasmo y Dª. Irene .

»2º.- Desestimar la impugnación a la sentencia formulada por el Procurador D. Pedro Ledo Crespo en nombre y representación de Silverpoint Vacations S.L.

»3º.- Revocar parcialmente la sentencia dictada el 8 de septiembre de 2014 por el Juzgado de 1ª Instancia n º2 de Arona en Autos de Juicio Ordinario n° 1340/2012.

»4º.- No formular expresa condena en costas en la primera instancia.

»5º.- Mantener el resto de la resolución.

»6º.- No formular expresa condena en costas en esta alzada.»

TERCERO.- El Procurador don Buenaventura Alfonso González González, en nombre y representación de doña Irene y de don Erasmo , interpuso recurso casación por interés casacional, alegando la existencia de vulneración de la doctrina de esta sala y la existencia de resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales, fundado en los siguientes motivos:

1º. Por infracción de la disposición adicional segunda de la Ley 42/1998 y del artículo 6.4.º CC , con cita de jurisprudencia de esta sala; y

2º. Por infracción del artículo 1 de la Ley 16/1984 , LGDCU y el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 , con cita de sentencias de esta sala y de audiencias provinciales.

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 5 de abril 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 12 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 11 de julio de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes, doña Irene y don Erasmo , mediante contratos suscritos con la demandada Silverpoint Vacations S.L., el 22 de enero de 2008, 20 de octubre de 2008, 29 de enero de 2009, 14 de marzo de 2010 y 26 de marzo de 2011 adquirieron unos "certificados de fiducia", en ocasiones sustituyendo unos contratos a otros, para la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por periodos vacacionales en los complejos Berbelly Hills Club y Hollywood Mirage Club.



Junto con los referidos contratos se firmó una declaración de conformidad complementaria a los mismos y unos contratos de reventa -independientes del contrato de adquisición y de la afiliación- en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

En la demanda, interpuesta con fecha 28 de septiembre de 2012, solicitaban que se declarara: a) La nulidad radical o, subsidiariamente, la resolución de dichos contratos y sus anexos, con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de los mismos, más las cuotas de mantenimiento, que ascendieron a la cantidad de 86.328,02 euros; b) La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y que se condene a devolver tales cantidades por duplicado, por importe de 7.542,42 euros; c) Subsidiariamente, que se declare la nulidad, por abusiva y por no haber sido negociadas de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información y se restituyan todas las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, por importe de 86.328,02 euros.

La demandada Silverpoint Vacations S.L se opuso a tales pretensiones y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona dictó sentencia de fecha 8 de septiembre de 2014, por la que desestimó la demanda afirmando que la intención de los demandantes al suscribir los contratos fue, más que utilizar las semanas adquiridas para su particular disfrute, la obtención de un beneficio económico, por lo que no resulta de aplicación la Ley 42/1998 y, en consecuencia, se desestima la petición de nulidad por vulneración a la citada ley. Añade la sentencia que no se ha demostrado la utilización o empleo por la demandada de maquinaciones engañosas que hubieran llevado a la contratación y de la prueba practicada se extrae que los actores estaban conformes con los contratos que suscribieron y que -tras disfrutar de los alojamientos y obtener beneficios por ellos- no han obtenido la rentabilidad que esperaban y de modo unilateral quieren cancelarlos. No existe por ello incumplimiento contractual de la demandada respecto de la garantía de alquiler y/o reventa de los derechos o productos vacacionales adquiridos, pues no se trata de una obligación recogida en los contratos. Por lo anterior, desestima la demanda, absuelve a la demandada y condena en costas a la parte actora.

Se interpuso recurso de apelación por los demandantes y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª) dictó sentencia, con fecha 19 de junio de 2015, por la que estimó parcialmente el recurso en el sentido de dejar sin efecto la condena en costas impuesta a los demandantes.

La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia, en cuanto al resto, acudiendo a los siguientes argumentos: a) Los derechos de membresía o de afiliación a un club de intercambio, que no son incardinables en la Ley 42/1998, fueron adquiridos por los actores con pleno conocimiento; b) Los derechos de aprovechamiento por turno de alojamientos concretos se realizaron con el solo fin de invertir mediante la reventa o alquiler de los mismos, lo que incide en la inaplicación de la Ley 42/1998, que protege al **consumidor** directo; c) No se aprecia vicio alguno del consentimiento, ni la existencia de cláusulas abusivas; d) No se aprecia causa de resolución por incumplimiento fundada, en su caso, en la no obtención de unas expectativas que en todo caso tampoco se concretan ni especifican; y e) Está acreditada la plena satisfacción de los actores con el uso y disfrute de su derecho de intercambio.

Frente a dicha sentencia recurren en casación los demandantes doña Irene y don Erasmo.

SEGUNDO.- El primer motivo se fundamenta en la infracción, por inaplicación, de la Ley 42/1998, de 15 diciembre.

Los recurrentes sostienen que es de aplicación la ley 42/1998, pues la reciente jurisprudencia de esta sala considera de forma incontrovertida la aplicabilidad de la Ley 42/1998 a estos productos o contratos. Cita al respecto las sentencias n.º 776/2014, de 28 de abril de 2015, rec. n.º 2764/2012; sentencia n.º 774/2014 de 15 de enero de 2015, rec. n.º 640/2011; sentencia n.º 774/2014 de 15 de enero de 2014, rec. n.º 3190/2012. Se extrae de ellas que 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 que contempla esta ley, deberá ser considerada cometida en fraude de ley y además el negocio jurídico es merecedor de la sanción de nulidad del artículo 1.7 de la mencionada ley. Se citan también numerosas sentencias de Audiencias Provinciales que ponen de manifiesto los criterios tan dispares en relación con las cuestiones que se plantean en el recurso.

El segundo motivo se fundamenta en la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1984, LGDCU y el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el TRLGDCU. Se solicita en este motivo que la Sala se pronuncie sobre la consideración del adquirente de estos contratos como **consumidor**.

Los recurrentes afirman que estos contratos fueron realizados dentro de su ámbito familiar, doméstico o privado, sin actuar profesionalmente; esto es, se firmaron para uso y disfrute como inversión de sus ahorros. Denuncian que la doctrina seguida por la sentencia recurrida, va en contra de la doctrina fijada por esta sala, cuando atribuye la cualidad de **consumidor** a los pequeños inversores que -en el ámbito de una actividad



privada- tratan de obtener un rendimiento económico con ocasión de la adquisición de un producto. Citan al respecto las sentencias de esta sala de 22 de diciembre de 2009 , 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010 .

Además aparecen citadas como sentencias que mantienen la misma posición que la recurrida las dictadas por sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2015 , 25 de julio de 2014 y de 11 de septiembre de 2014 , entre otras, en las que se niega al demandante la condición de **consumidor** pues su intención era la de alquiler o reventa posterior. Frente a esta posición, otras Audiencias declaran la condición de **consumidor** a pesar de que en muchos casos se produzcan reventas y la intención de los adquirentes se combinara con la inversión; en concreto lo hace así la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de la Rioja, en sentencias de 11 de enero y 20 febrero de 2013 .

Sobre tales cuestiones ya se ha pronunciado esta sala que, dada la complejidad de la controversia suscitada, se reunió en pleno y dictó la sentencia n.º 16/2017, 16 de enero (Rec. n.º 2718/2014) que contiene la doctrina que se ha considerado más adecuada al respecto, la cual ha sido seguida por otras sentencias posteriores que la aplican, como son las de 15 de febrero de 2017 (Rec. 3261/2014) y la de 22 de febrero de 2017 (Rec. 10/2015).

TERCERO.- El fundamento de derecho cuarto de la primera de dichas sentencias se expresa en los siguientes términos:

«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 , 21)».

No se acredita dicha habitualidad en el caso, por lo que el motivo habrá de ser estimado y, como se consideró en aquella sentencia, procede declarar que resulta aplicable a los contratos litigiosos la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. La estimación del recurso lleva a que se case la sentencia recurrida y esta sala asuma la instancia para resolver sobre las cuestiones litigiosas planteadas.

CUARTO.- En relación con el fondo de la cuestión litigiosa, la citada sentencia dice 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».



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 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 los contratos de que se trata, se impone la declaración de nulidad de conformidad con lo establecido en el artículo 1.7 de la Ley 42/1998, aplicando el criterio seguido por esta sala en orden a restar de la cantidad a devolver por la demandada la correspondiente a los años de vigencia de los contratos, sin incluir en dicha devolución los gastos de mantenimiento.

Por último, no ha lugar a plantear cuestión prejudicial, dada la claridad del desarrollo jurisprudencial del concepto de **consumidor** por el TJUE, en cuanto que en el presente caso los demandantes actúan al margen de una actividad profesional (STJUE de 3 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 330), asunto C-110/14), teniendo en cuenta además lo resuelto por esta sala en sentencia n.º 16/2017, 16 de enero (Rec. n.º 2718/2014).

QUINTO.- No procede hacer especial declaración sobre las costas causadas por el recurso de casación, que se estima, y por el de apelación, que debió ser estimado; igualmente tampoco procede condena respecto de las costas causadas en la primera instancia, dada la estimación parcial de la demanda (artículos 394 y 398 LEC).

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 Irene y de don Erasmo, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª) de 19 de junio de 2015, en Rollo de Apelación n.º 73/2015, dimanante de autos de juicio ordinario n.º 1340/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona. 2.º- Casar la sentencia recurrida. 3.º- Estimar parcialmente la demanda interpuesta por los hoy recurrentes contra Silverpoints Vacations S.L. y, en consecuencia: a) Declarar la nulidad de los contratos celebrados entre las partes así como de sus anexos. b) Condenar a la demandada a devolver a los demandantes las cantidades satisfechas en concepto de precio de dichos contratos, por importe de 63.853'00 libras esterlinas, restando la parte proporcional correspondiente a los años de vigencia de cada uno de los contratos celebrados sobre la base de estimar una duración máxima de cincuenta años para cada uno de dichos contratos, lo que se realizará en ejecución de sentencia, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. c) Condenar a la demandada a satisfacer a los demandantes la cantidad de 3.000 libras en concepto de penalización por cobro anticipado. 4.º- No hacer especial declaración sobre costas causadas por el presente recurso, ni por las producidas en la apelación, con devolución del depósito constituido. 5.º- Condenar a la demandada al pago de las costas causadas en la primera instancia. Líbrense 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.