

Roj: **STS 3533/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3533**Id Cendoj: **28079110012017100518**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/10/2017**Nº de Recurso: **3907/2015**Nº de Resolución: **549/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP TF 1853/2015,**
STS 3533/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de octubre 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 745/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Eugenio y doña Eufrasia, 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 Eugenio, interpuso demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations S.L. 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 del referido contrato, por importe de 44.900'00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento y servicio en los años 2010 (Hollywood Mirage) por importe de 2.394'98 euros, 2011 (Hollywood Mirage) por importe de 1.380'00 euros, 2012 (Hollywood Mirage) por importe de 1.411'70 euros, 2013 (Hollywood Mirage) por importe de 1.411'70 euros, 2010 (Beverly Hills Club) por importe de 1.030'00 euros, 2011 (Beverly Hills Club) por importe de 492'00 euros, 2012 (Beverly Hills Club) por importe de 492'00 euros, 2013 (Beverly Hills Club) por importe de 492'00 euros, 2010 (Club Paradiso) por importe de 490'00 libras esterlinas, 2011 (Club Paradiso) por importe de 490'00 libras esterlinas, 2012 (Club Paradiso) por importe de 490'00 libras y 2013 (Club Paradiso) por 501'00 libras (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 62.099'03 EUROS en total) más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- La improcedencia del cobro anticipado a mi mandante, de las cantidades satisfechas en concepto de anticipo por razón de los mentados contratos de 44.900'00 libras esterlinas (52.118'57 euros), con la obligación de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, en virtud del artículo 11 de la Ley 42/1998, es decir, 89.800'00 libras esterlinas (104.237'15 euros), de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 44.900'00 libras esterlinas (52.118'57 euros), salvo error u omisión-, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio reclamado en punto primero de este suplico.



»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, (44.900'00 LIBRAS ESTERLINAS) más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicio en los años 2010 (Hollywood Mirage) por importe de 2.394'98 euros, 2011 (Hollywood Mirage) por importe de 1.380'00 euros, 2012 (Hollywood Mirage) por importe de 1.411'70 euros, 2013 (Hollywood Mirage) por importe de 1.411'70 euros, 2010 (Beverly Hills Club) por importe de 1.030'00 euros, 2011 (Beverly Hills Club) por importe de 492'00 euros, 2012 (Beverly Hills Club) por importe de 492'00 euros, 2013 (Beverly Hills Club) por importe de 492'00 euros, 2010 (Club Paradiso) por importe de 490'00 libras esterlinas, 2011 (Club Paradiso) por importe de 490'00 libras esterlinas, 2012 (Club Paradiso) por importe de 490'00 libras y 2013 (Club Paradiso) por 501'00 libras, ascendiendo en total -salvo error u omisión- a la suma de 62.099'03 euros, más los intereses legales y con expresa imposición de costas a la parte demandada.»

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 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 4 de Arona, dictó sentencia con fecha 9 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Eugenio y doña Eufrasia representados por el Procurador D. BUENAVENTURA ALFONSO GONZÁLEZ y defendidos por el letrado D. MIGUEL ÁNGEL MELIÁN SANTANA y D. OSCAR S. SANTANA GONZÁLEZ contra la entidad SILVERPOINT VACATIONS representada por el Procurador D. PEDRO LEDO CRESPO y defendida por el letrado D. JOSÉ MINERO MACÍAS todo ello, con la expresa condena al demandante al pago de las costas procesales.»

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 18 de septiembre de 2015, cuyo Fallo es como sigue:

«1. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Eugenio y doña Eufrasia contra la sentencia dictada en el presente procedimiento, y desestimar igualmente la impugnación formulada por la representación procesal de la entidad SILVERPOINT VACATIONS, S.L., confirmando la resolución recurrida.

»2. No hacer imposición expresa de las costas del recurso ni de la impugnación.»

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

1. Por infracción, en concepto de inaplicación, de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre.
2. Por infracción del artículo 3 de la Ley General de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios
3. Por infracción del artículo 1.7 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 24 de mayo 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 13 de julio de 2017 se designó 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 12 de septiembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes, don Eugenio y doña Eufrasia, en virtud de los contratos suscritos el 23 de noviembre de 2008 y el 4 de julio de 2010 con la demandada Silverpoint Vacations S.L., adquirieron un «certificado de licencia vacacional» -como derecho de asociación- por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos a disfrutar por periodos vacacionales en determinados complejos turísticos a cambio



de un precio. Aportaron con la demanda dos certificados de licencia vacacional y, en relación con el contrato celebrado el 4 de julio de 2010, con referencia número de afiliación City 2268, aportaron un certificado de «membresía» en el que consta que el Sr. Eugenio y Sra. Eufrosia son los «propietarios registrados» de una Afiliación en el Club Paradiso, que garantizaba a su favor los derechos a vacaciones correspondientes a la afiliación al nivel City, que da derecho al titular inscrito a un derecho de ocupación. Junto con los referidos contratos se firmó una declaración de conformidad complementaria a los mismos y se suscribieron también unos contratos de reventa -independientes de los contratos de adquisición y de la afiliación- en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

Los Sres. Eugenio Eufrosia presentaron demanda en fecha 27 de septiembre de 2013 contra Silverpoint Vacations S.L., interesando que se declarara: 1) La nulidad, o subsidiaria resolución, de los contratos suscritos, con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pago derivados de dichos contratos, más los gastos de mantenimiento, cantidad que asciende a 62.099,03 €; 2) La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas en concepto de anticipo por razón de los referidos contratos, con la obligación de devolver dichas cantidades por duplicado, por importe de 52.118,57 €, equivalente al tanto de lo satisfecho; 3) Subsidiariamente que se declare la nulidad, por abusivas y no haber sido negociadas de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información y se restituyan las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, que asciende a la cantidad de 62.099,03 €.

La demandada «Silverpoint Vacations, S.L.» se opuso a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona dictó sentencia por la que desestimó íntegramente la demanda y absolvió a la demandada con expresa imposición de las costas causadas a los demandantes. Recurrieron estos en apelación, así como la demandada interesando que se declarara su falta de legitimación pasiva, y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª) dictó sentencia de fecha 18 de septiembre de 2015 por la que desestimó el recurso interpuesto por los demandantes y así como la impugnación formulada por la mercantil demandada y confirmó la resolución recurrida, sin imposición expresa de las costas del recurso ni de la impugnación.

La Audiencia concluye que: a) No es posible considerar a los demandantes como destinatarios finales del producto y por lo tanto como **consumidores**, lo que implica que no es exigible que los contratos celebrados se ajusten a lo previsto en la Ley 42/1998; b) No obstante, si se mantiene la aplicación la ley 42/1998, rige la previsión específica del artículo 6.3 del Código Civil y, de conformidad con el artículo 10.2 de la Ley 42/1998, los demandantes no han ejercitado la facultad resolutoria en el plazo previsto; c) Tampoco puede prosperar la resolución -articulada subsidiariamente- después de haber aprovechado repetidamente las prestaciones propias de los contratos y haber dejado transcurrir el plazo de tres meses que establece la ley 42/1998 para instar la resolución; d) No aparecen datos objetivos en el proceso para que pueda apreciarse el dolo que se denuncia; y e) Las posibles incorrecciones de la Ley 42/1998 no tienen la entidad para anular el contrato ya que existe claramente consentimiento, causa y objeto y siempre ha de observarse el principio general del derecho de la conservación de la voluntad negocial.

Contra dicha sentencia recurren los demandantes en casación.

SEGUNDO.- El primero de los motivos se refiere a la aplicación a los contratos litigiosos de la ley 42/1998 pese a que se trata de «paquetes vacacionales» en los que se adquiere la calidad de socio a un club vacacional o se trata de una relación jurídica entre las partes que queda al margen de dicha Ley.

El segundo va unido a la afirmación de la condición de **consumidores** de los demandantes en la contratación efectuada, en relación con el artículo 3 de la Ley General de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios; mientras que el tercero, dando por supuesto lo anterior, se refiere a las consecuencias jurídicas de los incumplimientos de la Ley 42/1998, afirmando que se trataría de contratos nulos por haber sido redactados al margen de Ley imperativa por la que debían regirse, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.7 de la misma.

En los tres motivos se alega la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre los temas discutidos, que queda suficientemente acreditada, hasta el punto de que esta sala -tras apreciar tales discrepancias interpretativas- ya se ha pronunciado sobre la cuestión en las sentencias que se citarán a continuación. Dada la complejidad de la controversia suscitada, la sala se reunió en pleno y dictó la sentencia n.º 16/2017, 16 de enero (Rec. n.º 2718/2014), la cual contiene la doctrina que se ha considerado más adecuada al respecto, que 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).

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, 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 haya de examinar si se cumplen los requisitos mínimos de validez exigidos por la mencionada Ley, en concreto sobre la duración del contrato (artículo 3), pues en caso de que las exigencias legales no se hayan cumplido se impone la declaración de nulidad por aplicación del artículo 1.7, aun cuando se ha de dejar constancia de que la sentencia impugnada abordó la cuestión a mayor abundamiento y consideró que en este caso únicamente podía resultar defendible, dentro del plazo legal previsto para ello, la solicitud de resolución de los contratos.

TERCERO.- En relación con el fondo de la cuestión litigiosa, la sentencia recurrida sostiene que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 CC , hay que concluir que la contravención de los artículos 8 y 9 de la Ley 42/1998 únicamente dará lugar a la posible resolución de los contratos si se ejercita la oportuna acción dentro del plazo de tres meses legalmente previsto en el artículo 10.

No obstante, tal consecuencia resulta aplicable a los supuestos de mera falta de información y no a aquellos otros en que realmente se han incumplido en la contratación los presupuestos exigidos por la ley, supuesto en que lo que se impone es la declaración de nulidad por aplicación de su artículo 1.7 al haberse celebrado contratos al margen de lo previsto en ella en cuanto a sus requisitos esenciales.

Si se examinan los contratos celebrados entre las partes, pronto se advierte que nada dicen sobre la extinción del régimen sobre el que se contrata y así se hizo constar en la demanda como determinante de la nulidad contractual.

La sentencia 192/2016, de 29 marzo (Rec. 793/2014), seguida de otras en igual sentido (como 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, se impone la estimación del recurso de casación y la declaración de nulidad de los contratos afectados, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.7 de la Ley 42/1998, sin necesidad de examinar las demás cuestiones planteadas por los recurrentes; 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 que responden a la correlativa utilización o posibilidad de utilización de los derechos adquiridos en virtud de los referidos contratos.

Procede igualmente, por aplicación del artículo 11 de la Ley, condenar a la demandada a la devolución duplicada de las cantidades entregadas anticipadamente.

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, 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).

CUARTO.- No procede hacer especial declaración de condena sobre las costas causadas por el presente recurso, que se estima, ni por el de apelación interpuesto por los demandantes, que debió ser estimado. Procede la condena en costas de primera instancia a Silverpoint Vacation S.L. al haberse producido una estimación sustancial de la demanda, imponiéndose a dicha parte igualmente las causadas por su recurso de apelación (artículos 394 y 398 LEC). Procede la devolución del depósito constituido.

FALLO

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

1.º- Estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación de don Eugenio y doña Eufrasia contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª) de 18 de septiembre de 2015, en Rollo de Apelación n.º 365/2015, dimanante de autos de juicio ordinario n.º 745/13 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 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 de 23 de noviembre de 2008 y de 4 de julio de 2010 celebrados entre las partes, así como sus anexos, condenando a Silverpoint Vacations S.L. a devolver a los demandantes las cantidades satisfechas por los mismos, por importe de 44.900'00 libras esterlinas, menos la cantidad correspondiente a los años de vigencia de los contratos hasta la interposición de la demanda calculando una duración de cincuenta años desde su celebración, lo que se determinará, en su caso, en ejecución de sentencia. b) Declarar la improcedencia del cobro anticipado por importe de las citadas 44.900'00 libras esterlinas, por lo que se condena a la demandada al pago de una cantidad igual a la recibida, que se sumará a la citada en el apartado anterior. **4.º-** No hacer especial declaración sobre costas causadas por el presente recurso, ni por las producidas en la apelación de los demandantes, con devolución del depósito constituido. **5.º -** Condenar a Silverpoint Vacations S.L. al pago de las costas causadas en primera instancia y por su 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.