



Roj: **STS 4585/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4585**

Id Cendoj: **28079110012017100645**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2017**

Nº de Recurso: **1143/2016**

Nº de Resolución: **687/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 3009/2015,**  
**STS 4585/2017**

CASACIÓN núm.: 1143/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 687/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 19 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1115/12, 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 Paulino , representado ante esta sala por el procurador de los Tribunales don Ludovico Moreno Martín-Rico, bajo la dirección letrada de don Miguel Ángel Melián Santana; siendo parte recurrida la mercantil Silverpoint Vacations S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don Luciano Rosch Nadal, bajo la dirección letrada de don Manuel Linares Trujillo.

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de don Paulino , interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil 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 declare:



«1.- La nulidad radical o subsidiaria resolución del contrato suscrito por las partes el 17 de julio de 2006, 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 10.499'00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento en el año 2012 por 1.689'00 libras (332 libras por Beverly Hills Club más 1.357 libras por Hollywood Mirage) (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 15.071'07 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 del meritado contrato 1.000'00 Libras y la obligación de estas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 2.000'00 libras esterlinas (2.473'10 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, (10.499'00 LIBRAS ESTERLINAS) más las cuotas abonadas por mantenimiento en el año 2012 por 1.689'00 libras (332 libras por Beverly Hills Club más 1.357 libras por Hollywood Mirage), ascendiendo en total -salvo error u omisión- a una suma de 15.071'07 EUROS, con expresa imposición de costas a las partes demandadas.»

**2.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal del demandado 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 4 de Arona, dictó sentencia con fecha 4 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Alfonso González, en nombre y representación de Mr. Paulino, contra la entidad mercantil SILVERPOINT, S.L., representada por el Procurador Sr. Ledo Crepo y, en consecuencia, DEBO ABSOLVER y ABSUELVO a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra; sin expresa condena de las costas procesales causadas en el presente procedimiento, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora, y sustanciada la alzada, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 23 de noviembre de 2015, cuyo Fallo es como sigue:

«Se desestiman tanto el recurso formulado por la representación de D. Paulino como la impugnación formulada por la entidad Silverpoint Vacations SL., en ambos casos contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia n.º 4 de Arona, en el juicio ordinario n.º 1.115/12, confirmando íntegramente dicha resolución.

»No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada.»

**TERCERO.-** El procurador don Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de don Paulino, 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 la disposición adicional segunda y del artículo 1 de la Ley 42/1998, y del artículo 6.4 CC.
2. Por vulneración del artículo 3 del RD Legislativo 1/2007, que aprueba el TR de la ley General de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios.
3. Por infracción del artículo 1.7 de la Ley 42/1998, en relación con los artículos 1, 2, 3, 8, 9, 10 y 11 de la misma Ley en relación con los artículos 1261, 1265 y 6.3 CC.

**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 13 de septiembre 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.-** No habiéndose solicitado la celebración de vista por todas las partes, se señaló para votación y fallo el día 5 de diciembre de 2017, en que ha tenido lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demandante, don Paulino , mediante contrato de fecha 17 de julio de 2006 adquirió el derecho a la utilización por tiempo determinado de unos apartamentos en complejos turísticos a cambio de un precio, pactando igualmente la inclusión en una lista de reventa del derecho adquirido. Con fecha 13 de junio de 2012 formuló la demanda contra Silvertpoint Vacations S.L. solicitando que se declarara: 1.- La nulidad radical, o subsidiaria resolución, del contrato suscrito por las partes y sus anexos con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, más los gastos de mantenimiento y servicio que ascienden a la cantidad de 15.071,01 euros en total; 2.- La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades y que se condene a devolver las recibidas por duplicado, por importe de 2.473,10 euros; 3.- Subsidiariamente, que se declare la nulidad por abusiva y no haber sido negociada de forma individualizada, las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información, y se restituyan las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, por importe de 15.071,01 euros.

La demandada Silverpoint Vacations S.L. se opuso y, seguido el proceso, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda y absolvió a la demandada sin condena en costas. El demandante recurrió en apelación, impugnando igualmente la sentencia Silverpoint Vacations S.L. alegando su falta de legitimación pasiva. La sección 4.ª de la Audiencia Provincial de San Cruz de Tenerife dictó sentencia de fecha 23 de noviembre de 2015 , por la cual desestimó ambos recursos. La sentencia dictada por la Audiencia contiene los siguientes razonamientos: 1) Los contratos objeto del proceso no son de un aprovechamiento por turno, sino de un producto vacacional completamente distinto que no se encuentra regulado por la Ley 452/1998, de 15 diciembre; 2) El demandante no puede ser considerado **consumidor** a estos efectos y el contrato se rige por el Código Civil; 3) No concurre dolo ni error que lleve a declarar la nulidad contractual pretendida; 4) La pretensión de nulidad nace del descontento por la falta de obtención de ganancias.

Se interpone contra dicha sentencia recurso de casación por el demandante don Paulino .

**SEGUNDO.-** El recurso se formula por tres motivos. El primero denuncia la infracción de la disposición adicional segunda y del artículo 1 de la Ley 42/1998 , y del artículo 6.4 CC . El segundo se fundamenta en la vulneración del artículo 3 del RD Legislativo 1/2007 , que aprueba el TR de la ley General de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios. El tercero denuncia la infracción de los artículos 1.7 de la Ley 42/1998 , en relación con los artículos 1 , 2 , 3 , 8 , 9 , 10 y 11 de la misma Ley en relación con los artículos 1261 , 1265 y 6.3 CC . Se sostiene que el contrato fue realizado dentro del ámbito familiar y doméstico o privado, y que en la nueva noción comunitaria incluida en el artículo 3 TRLGDCU, el ánimo de lucro no debe integrar un criterio de exclusión. Afirma que de la documental obrante en autos se desprende que se trata de un **consumidor** y que la doctrina seguida por la sentencia recurrida contradice 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 y cita en apoyo de dicha tesis sentencias de esta sala de 22 de diciembre de 2009 , 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010 . También cita, como sentencias que mantienen la misma posición que la recurrida, las de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de marzo de 2015 y de 25 de julio de 2014 , entre otras, en las que se niega la condición de **consumidor** a quien persigue alquilar o revender su derecho. Frente a esta posición la misma sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en sentencia de 11 de septiembre de 2014 , consideraba que se trataba de **consumidores** pese a concurrir tal circunstancia. En igual sentido cita las sentencias de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de La Rioja de 11 enero y 20 febrero 2013 .

**TERCERO.-** La primera de las cuestiones que se ha de resolver es la de si la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que es la que estaba en vigor en la fecha de celebración del contrato es aplicable a los mismos. Sobre tal problema 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 ), 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 al contrato litigioso 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 régimen (art. 3) pues en caso de que tales exigencias legales no se hayan cumplido se impone la declaración de nulidad por aplicación del artículo 1.7 .

**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 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 demanda solicitaba la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la resolución de los contratos suscritos en fechas 30 de enero de 2006, 29 de agosto de 2007, y 19 de agosto de 2008.

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 en el contrato de que se trata, se impone la estimación del recurso de casación y la declaración de nulidad del mismo 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 del contrato, sin incluir en dicha devolución los gastos de mantenimiento. Procede la devolución por duplicado de la cantidad de 1.000 libras esterlinas satisfecha anticipadamente de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 42/1998 .

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 el demandante actúa al margen de cualquier 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 de los demandantes, que debió ser estimado; procede la condena a la demandada respecto de las costas causadas en la primera instancia, dada la estimación sustancial de la demanda, y las producidas por su apelación ( artículos 394 y 398 LEC ).

## FALLO

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

**1.º-** Estimar el recurso de casación formulado por la representación de don Paulino contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4.ª) de 23 de noviembre de 2015, en Rollo de Apelación n.º 392/2015 , dimanante de autos de juicio ordinario n.º 1115/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona.

**2.º-** Casar la sentencia recurrida.

**3.º-** Estimar parcialmente la demanda interpuesta por el hoy recurrente contra Silverpoints Vacations S.L. y, en consecuencia:

a) Declarar la nulidad del contrato celebrado entre las partes en fecha 17 de julio de 2006, así como sus anexos.

b) Condenar a Silverpoint Vacations S.L. a devolver al demandante la cantidad de 10.499 libras esterlinas, restando la parte correspondiente a la vigencia del contrato hasta la interposición de la demanda calculado en referencia a una vigencia de cincuenta años desde su celebración, más los intereses legales correspondientes desde la presentación de la demanda.

c) Condenar a Silverpoint Vacations S.L. a satisfacer al demandante la cantidad 1.000 libras esterlinas en concepto de devolución por duplicado de la cantidad pagada anticipadamente.

**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 la demandada al pago de las costas causadas en la 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.