



Roj: **STS 748/2018 - ECLI:ES:TS:2018:748**

Id Cendoj: **28079110012018100123**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2018**

Nº de Recurso: **1192/2016**

Nº de Resolución: **121/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 383/2016,**
STS 748/2018,
AATS 2937/2018

CASACIÓN núm.: 1192/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 121/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 7 de marzo de 2018.

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 703/13, 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 Fructuoso y doña Ana, representados 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 Fructuoso y doña Ana , 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:

«dicte en su día sentencia por la que se declare:

»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 52.175'00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento y servicio en los años 2006 (Palm Beach, PBHC-5958) por 210'60 libras esterlinas, 2007 (Palm Beach PBHC-5958) por 356'25 libras esterlinas, 2008 (Palm Beach PBHC-5958) por 356'25 libras esterlinas, 2009 (Palm Beach PBHC-5958) por 356'25 libras esterlinas, 2010 (Palm Beach PBHC-5958) por 356'25 libras esterlinas, 2010 (resto propiedades Palm Beach) por 2.282'00 libras esterlinas, 2011 (resto propiedades Palm Beach) por 2.282'00 libras esterlinas, 2012 (resto propiedades Palm Beach) por 2.282'00 libras esterlinas, 2013 (resto propiedades Palm Beach) por 2.282'00 libras esterlinas, 2010 (Club Paradiso) por 490'00 libras esterlinas, 2011 (Club Paradiso) por 490'00 libras esterlinas, 2012 (Club Paradiso) por 514'50 libras esterlinas, 2013 (Club Paradiso) por 501'00 libras esterlinas, 2010 (Beverly Hills Club) por 1.889'00 euros, 2012 (Beverly Hills Club) por 1.096'00 euros y 2013 (Beverly Hills Club) por 1.184'00 euros, (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 80.562'02 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 52.175'00 libras esterlinas (61.38232 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, 104.350'00 libras esterlinas (122.764'64 euros), de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 52.175'00 libras esterlinas (61,382'32 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, (52.175'00 LIBRAS ESTERLINAS) más las cuotas por mantenimiento y servicio en los años 2006 (Palm Beach, PBHC-5958) por 210'60 libras esterlinas, 2007 (Palm Beach PBHC-5958) por 356'25 libras esterlinas, 2008 (Palm Beach PBHC-5958) por 356'25 libras esterlinas, 2009 (Palm Beach PBHC-5958) por 356'25 libras esterlinas, 2010 (Palm Beach PBHC-5958) por 356'25 libras esterlinas, 2010 (resto propiedades Palm Beach) por 2.282'00 libras esterlinas, 2011 (resto propiedades Palm Beach) por 2.282'00 libras esterlinas, 2012 (resto propiedades Palm Beach) por 2.282'00 libras esterlinas, 2013 (resto propiedades Palm Beach) por 2.282'00 libras esterlinas, 2010 (Club Paradiso) por 490'00 libras esterlinas, 2011 (Club Paradiso) por 490'00 libras esterlinas, 2012 (Club Paradiso) por 514'50 libras esterlinas, 2013 (Club Paradiso) por 501'00 libras esterlinas, 2010 (Beverly Hills Club) por 1.889'00 euros, 2012 (Beverly Hills Club) por 1.096'00 euros y 2013 (Beverly Hills Club) por 1.184'00 euros, ascendiendo en total -salvo error u omisión- a la suma de 80.562'02 euros, más los intereses legales y con expresa imposición de costas a la parte demandada.»

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, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona, dictó sentencia con fecha 6 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Desestimar íntegramente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Don Leopoldo Pastor Larena, en nombre y representación de Don Fructuoso y Doña Ana , representada por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Ledo Crespo, y en su virtud absuelvo a Silverpoint Vacations de los pedimentos frente a ella deducidas, con imposición de las costas.»

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 12 de febrero de 2016 , cuyo Fallo es como sigue:



- «1º.- Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Buenaventura Afonso González, en nombre y representación de D Fructuoso y Doña Ana .
- »2º.- Desestimar la impugnación formulada por el Procurador D. Pedro Ledo Crespo en nombre y representación de Silverpoint Vacations S.L.
- »3º.- Revocar parcialmente la sentencia dictada el 6 de marzo de 2015 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Arona en Autos de Juicio Ordinario nº 703/2013.
- »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, en nombre y representación de los demandantes don Fructuoso y doña Ana , interpuso recurso de casación por interés casacional, alegando la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, fundado en los siguientes motivos:

1. infracción de la disposición adicional segunda y artículo 1 de la Ley 42/1998 , y la vulneración del artículo 6.4.º CC .
2. Por infracción del artículo 3 del RDL 1/2007 de la Ley 42/1998.
3. Por infracción de los artículos 2 , 3 , 8 , 9 10 , 11 y 12 de la Ley 42/1998 .

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 habiendo solicitado las partes celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 30 de enero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes, don Fructuoso y doña Ana , mediante contratos suscritos con la demandada Silverpoint Vacations S.L., el 29 de agosto de 2005, 20 de abril de 2008, 14 de octubre de 2009, 2 de febrero de 2010 y 9 de agosto de 2010 adquirieron un «certificado de licencia de vacaciones» o «certificados de fiducia» por los que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos para su disfrute en periodos vacacionales en unos determinados complejos, previo pago del precio. Se firmó también una declaración de conformidad y unos acuerdos de inclusión en la lista de reventa, independientes del contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

Dichos adquirentes formularon la demanda, que ha dado lugar a este proceso, el 25 de septiembre de 2013, solicitando que se declarara: 1) La nulidad radical -o subsidiaria resolución- de los contratos suscritos por las partes, así como de sus anexos, con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato más las cuotas de mantenimiento y servicio que ascienden a la cantidad de 80.562,02 euros en total; 2) La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y que se condene a devolver dichas cantidades por duplicado, por importe de 52.175 libras esterlinas, por encontrarse la otra mitad incluida dentro de la totalidad del precio; 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 restituya las cantidades entregadas en virtud de tales contratos, por importe de 80.562,02 euros.

La demandada Silverpoint Vacations S.L. se opuso a la demanda y la sentencia de primera instancia la desestimó íntegramente con imposición de costas a los demandantes. Se interpuso recurso de apelación por los demandantes, y se impugna por la demandada apelada la sentencia para insistir en su falta de legitimación pasiva. La sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia de fecha 12 de febrero de 2016 , estimando parcialmente el recurso de apelación de los demandantes y desestimando la impugnación formulada por la mercantil demandada. En consecuencia, revoca parcialmente la sentencia de primera instancia a los solos efectos de no hacer imposición de costas de la primera instancia, sin que tampoco se formule condena respecto de las de la alzada.

Considera la Audiencia Provincial que: a) No cabe apreciar que a los contratos celebrados desde 2008 les sea de aplicación la Ley 42/1998; b) El conocimiento previo de los actores sobre los complejos vacacionales y los clubs en los que adquirieron el uso y disfrute derivado de su contratación en el año 2005, impide poder apreciar la inexistencia de cualquiera de los elementos del contrato o de vicio anuladorio del mismo, máxime cuando



los actores reiteran de forma sucesiva su voluntad en distintos años suscribiendo distintos contratos; c) No se acredita un incumplimiento imputable a la demandada en sus obligaciones, al no quedar constancia de la efectiva asunción de una garantía en la reventa o en el arrendamiento.

Los demandantes doña Ana y don Fructuoso interponen recurso de casación contra la anterior sentencia.

SEGUNDO.- El primer motivo se fundamenta en la infracción de la disposición adicional segunda y artículo 1 de la Ley 42/1998, y la vulneración del artículo 6.4.º CC. Alegan los recurrentes que es de aplicación a estos contratos la Ley 42/1998, y que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en cuanto a la aplicación de la misma. Afirman que el criterio seguido por la sentencia recurrida ha sido contradictorio dentro de la misma Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, lo que ha llevado en supuestos análogos a conferir a los demandantes la condición de **consumidores** y usuarios y se ha aplicado la referida Ley, citando numerosas sentencias en este sentido.

Los recurrentes alegan también que la sentencia recurrida se opone a lo resuelto por la sala en sentencia de 16 de julio de 2015, rec. 431/2015, que establece que es imperativa la aplicación de la Ley 42/1998 a todos los productos que tengan por objeto el disfrute de un período de tiempo cada año.

Igualmente citan la sentencia de esta sala núm. 774/2014, de 15 de enero de 2015 rec. 961/2013, sentencia núm. 776/2014 de 28 de abril de 2015, rec. n.º 2764/2012 y la sentencia núm. 460/2015 de 8 de septiembre, rec. n.º 1432/2013 y en el mismo sentido la sentencia núm. 775/2014 de 15 de enero de 2015, rec. n.º 3190/2012.

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 de los contratos, es aplicable a los mismos.

Sobre tal cuestión 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 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 y determinación de los apartamentos objeto de



los mismos (artículos 3 y 9), pues en caso de que tales exigencias legales no se hayan cumplido se impone la declaración de nulidad por aplicación del artículo 1.7 .

TERCERO.- 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 29 de agosto de 2005, 20 de abril de 2008, 14 de octubre de 2009, 2 de febrero de 2010 y 9 de agosto de 2010

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 los contratos de que se trata, 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. Igualmente, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 42/1998 , procede condenar a la demanda a reintegrar el tanto de las cantidades satisfechas anticipadamente por un total de 52.175 libras esterlinas.

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).

CUARTO.- 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, 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 Fructuoso y doña Ana , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª) de 12 de febrero de 2016, en



Rollo de Apelación n.º 495/2015, dimanante de autos de juicio ordinario n.º 703/13 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 en fecha 29 de agosto de 2005, 20 de abril de 2008, 14 de octubre de 2009, 2 de febrero de 2010 y 9 de agosto de 2010.

b) Condenar a Silverpoint Vacations S.L. a devolver a los demandantes las cantidades satisfechas por razón de los referidos contratos, restando la parte correspondiente a la vigencia de cada uno de ellos 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 devolver a los demandantes el tanto de las cantidades satisfechas con carácter anticipado por importe de 52.175 libras esterlinas.

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.