



Roj: **STS 1475/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1475**

Id Cendoj: **28079110012018100225**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2018**

Nº de Recurso: **1915/2016**

Nº de Resolución: **238/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1271/2016,**
STS 1475/2018,
AATS 10966/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 238/2018

Fecha de sentencia: 24/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1915/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (3ª)

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

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN núm.: 1915/2016

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. 238/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

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 24 de abril 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 2117/12, 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 doña María Inés , representada ante esta sala por el procurador de los Tribunales don Ludovico Moreno Martín-Rico, bajo la dirección letrada de don Salvador Oscar Santana González; 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 doña María Inés , 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 a que se refiere la presente demanda, 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 del referido contrato, por importe de 42.950'00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento y servicio en los años 2010 (Beverly Hills Club) por 1.381'00 euros, 2010 (Palm Beach Holiday Club) por 1.351'00 libras, 2011 (Club Paradiso) por 490'00 libras y 2012 (Club Paradiso) por 490'00 libras, (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 57.658'49 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 1.000'00 libras esterlinas (1.242'85 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, 2.000'00 libras esterlinas (2.48570 euros), de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 1.000'00 libras esterlinas (1.242'85 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, (42.950'00 LIBRAS ESTERLINAS) más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicio en los años 2010 (Beverly Hills Club) por 1.381'00 euros, 2010 (Palm Beach Holiday Club) por 1.351'00 libras, 2011 (Club Paradiso) por 490'00 libras y 2012 (Club Paradiso) por 490'00 libras, ascendiendo en total -salvo error u omisión- a una suma de 57.658'49 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 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:

«...en su día 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 11 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por Doña María Inés representada por e Procurador D. Buenaventura Alfonso González y defendida 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 5 de abril de 2016 , cuyo Fallo es como sigue:

«Se estima en parte el recurso formulado por Doña María Inés .

»Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la representación de la entidad Silverpoint Vacaciones S.L.

»Se revoca parcialmente la sentencia recurrida, acordándose en su lugar la confirmación de la sentencia recurrida salvo en lo dispuesto referente a la imposición de las costas de la primera instancia que se deja sin efecto.

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

TERCERO.- El procurador don Buenaventura Alfonso González, en nombre y representación de doña María Inés , 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 Ley 42/1998, de 15 de diciembre, en cuanto a su aplicación a los denominados Clubes Vacacionales.
2. Por infracción de la Ley 42/1998 al no considerar a la demandante como consumidora.
3. Por infracción de los artículos 1.7 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre , y de los artículos 1261 , 1265 y 6.3 del Código Civil .

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 20 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 .- Por providencia de 19 de febrero de 2018 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 21 de marzo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante doña María Inés interpuso demanda contra Silverpoint Vacations S.L., por el que se declarase la nulidad o subsidiaria resolución de los contratos suscritos el 18 de enero de 2009 y 16 de enero de 2010, así como de cualquiera otros anexos de dichos contratos, más los gastos de servicio (gastos de mantenimiento), además de la improcedencia del cobro anticipado de la cantidad satisfecha en relación con los contratos y, la obligación de devolver ésta por duplicado. Subsidiariamente, se solicitó que se declarase la nulidad de determinadas cláusulas por abusivas y no haber sido negociadas individualmente las cláusulas y condiciones recogidas en el contrato del que se solicitaba la nulidad.

La petición de nulidad se fundamenta en el incumplimiento de la Ley 42/98, de 15 de diciembre por varias razones y, en especial, por incumplimiento de lo dispuesto en su artículo 3 , en relación con el 1.7, acerca de la fijación de la duración del régimen. También se solicita la nulidad en base al incumplimiento de la normativa general de defensa de los **consumidores** y usuarios y la normativa al respecto recogida en el Código Civil.

La demandada se opuso a dichas pretensiones y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona dictó sentencia de fecha 11 de mayo de 2015 por la que desestimó la demanda con imposición de costas a la demandante. Ésta recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a) dictó sentencia de fecha 5 de abril de 2016 que confirmó la de primera instancia salvo la imposición de costas a la parte demandante.

La sentencia dictada por la Audiencia considera que difícilmente puede encajar la actora en el concepto de consumidora en relación con los contratos celebrados, como destinataria final del producto, sobre todo cuando en el primer contrato suman seis semanas, resultando casi imposible que se tratara de un producto dirigido a su uso, tratándose más bien de una inversión. Considera en definitiva que estos contratos han de considerarse sujetos al Código Civil.

Contra dicha sentencia ha recurrido en casación la demandante.

SEGUNDO.- El recurso se formula por tres motivos. El primero por infracción de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, en cuanto a su aplicación a los denominados Clubes Vacacionales. El segundo por infracción de la



Ley 42/1998 al no considerar a la demandante como consumidora, y el tercero por infracción de los artículos 1.7 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, y de los artículos 1261, 1265 y 6.3 del Código Civil.

Alega la recurrente que es de aplicación la Ley 42/1998 a estos contratos de afiliación a un Club Vacacional, aun cuando existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales referida a esta cuestión. Denuncia que el criterio seguido por la sentencia recurrida no es unánime incluso dentro de la misma Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, lo que ha llevado a que -en supuestos análogos- se entienda que estos contratos no se encuentran regulados por la mencionada Ley, porque ni los contempla ni los menciona, con cita de numerosas sentencias en este sentido. También afirma 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 vacacional cada año. Igualmente cita las sentencias de esta sala n.º 774/2014, de 15 de enero de 2015 (rec. 961/2013), sentencia n.º 776/2014, de 28 de abril de 2015 (rec. n.º 2764/2012) y la sentencia n.º 460/2015, de 8 de septiembre (rec. n.º 1432/2013) y en el mismo sentido la sentencia n.º 775/2014, de 15 de enero de 2015, (rec. n.º 3190/2012).

La recurrente alega que estos contratos han de ser considerados como celebrados con **consumidores** y afirma que, según la nueva noción comunitaria incluida en el artículo 3 TRLGDCU, el ánimo de lucro no debe ser un criterio de exclusión. La demandante alega que no puede ser considerada como profesional y que únicamente pretendía obtener un provecho de sus ahorros cuando no pudiera hacer uso personalmente de su derecho, tratándose de una inversión de carácter doméstico o particular. Cita las sentencias de esta sala de 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010. También cita, en la misma línea de la sentencia recurrida, las sentencias 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 cuales se niega la condición de **consumidor**; y frente a esta posición se sitúa la de las sentencias de la misma sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 11 de septiembre de 2014, que les consideraba **consumidores** a pesar de haber suscrito contratos de reventa. También otras Audiencias reconoce esta condición de **consumidor** en tales casos, citando la sentencia de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de La Rioja de 20 de febrero de 2013 y 11 de enero de 2013, entre otras.

Se sostiene que la aplicación de la Ley 42/1998 determina la nulidad de estos contratos por la infracción de los preceptos citados. Se refiere al hecho de que no se fija plazo de duración del régimen, con cita de las sentencias de esta sala n.º 385/2016, de 7 de junio (rec. n.º 790/2014), n.º 340/2016, de 24 de mayo (rec. 810/2014), n.º 192/2016, de 29 de marzo (rec. 793/2014), n.º 96/2016, de 19 de febrero (rec. 461/2014), sentencia n.º 431/2015, de 16 de julio (rec. 2089/2013), n.º 774/2014, de 15 de enero de 2015 (rec. 961/1013), n.º 460/2015, de 8 de septiembre (rec. 1432/2013), n.º 775/2014 de 15 de enero rec. 3190/2012, se debe declarar la nulidad por tratarse de contratos de duración indefinida.

La recurrente, en su escrito de demanda (pág. 16) denunciaba el incumplimiento de la Ley 42/1998, pues no se hace referencia a la duración del régimen en estos contratos.

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 de los contratos, es aplicable a este contrato. 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 TRLGDCU 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 TRLGDCU 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. Siendo así, se impone la estimación del recurso y ello conduce 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 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 n.º 16/2017, 16 de enero 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.

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 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 pues están unidos a la propia posibilidad de disfrute.

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 42/1998 , en cuanto prohíbe los pagos anticipados mientras el adquirente disponga de la facultad de resolución, sin perjuicio de que se garantice el pago del precio aplazado, procede condenar igualmente a la demandada a la devolución de una cantidad igual a la que



alcanzan dichos pagos anticipados, en tanto que el apartado 2 de dicha norma ordena la devolución duplicada de la cantidad entregada, siendo así que dicha cantidad ya está comprendida en la obligación de devolución de lo percibido como consecuencia de la nulidad del contrato que se declara.

Por último, no ha lugar a plantear cuestión prejudicial como solicita la parte recurrida, 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 de la demandante, 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).

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

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 doña María Inés contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª) de 5 de abril de 2016, en Rollo de Apelación n.º 711/2015 , dimanante de autos de juicio ordinario n.º 2117/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona.

2.º- Casar la sentencia recurrida.

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

a) Declarar la nulidad de los contratos celebrados entre las partes en fecha 18 de enero de 2009 y 16 de enero de 2010.

b) Condenar a Silverpoint Vacations S.L. a devolver a los demandantes la cantidad de 42.950 libras esterlinas, restando la parte correspondiente a la vigencia de ambos contratos 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 un tanto igual a la cantidad cobrada anticipadamente que asciende a 1.000 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.