



Roj: **STS 1873/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1873**

Id Cendoj: **28079110012018100289**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2018**

Nº de Recurso: **3759/2016**

Nº de Resolución: **303/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2219/2016,**
STS 1873/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 303/2018

Fecha de sentencia: 24/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3759/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (4ª)

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

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN núm.: 3759/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 303/2018

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 mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 76/14, 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 Milagros, representada ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña María José Arroyo Arroyo, bajo la dirección letrada de doña Eva María Gutiérrez Espinosa; 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 María Milagros, 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, o subsidiaria resolución, del contrato suscrito por las partes; documento n.º tres, contrato NUM000, de 26 de octubre de 2004, por importe de 7.600 Libras esterlinas, así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, con obligación para la demandada de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- Para el caso de no ser estimada la petición anterior, se declare la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por mi mandante a la demandada por razón de los contratos suscritos por las partes y que se recogen en el hecho séptimo y séptimo (sic), debiendo por la tanto devolver dicha cantidad doblada al amparo del artículo 112 L.42/98.»

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:

«...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 7 de Julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«DESESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. María José Arroyo Arroyo en nombre y representación de Dña. María Milagros contra la entidad mercantil SILVERPOINT VACATIONS S.L. y, en su consecuencia, absuelvo a la demandada de todas las peticiones formuladas en su contra con expresa condena en costas de la parte demandante.»

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 11 de julio de 2016, cuyo Fallo es como sigue:

«1. Se desestima la impugnación de la sentencia formulada por la entidad apelada SILVERPOINT VACATIONS S.L., condenándole al pago de las costas de dicha impugnación, con pérdida del depósito que se haya constituido para recurrir.

»2. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por María Milagros, confirmándose la sentencia dictada en primera instancia con imposición de costas a la parte apelante y con pérdida del depósito que se haya constituido para recurrir.»

TERCERO.- La procuradora doña María José Arroyo Arroyo, en nombre y representación de doña María Milagros, interpuso recurso de casación por interés casacional, alegando vulneración de la doctrina jurisprudencial de esta sala y la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, por los siguientes motivos:

»1. Por infracción del artículo 3 de la Ley 42/1998, de 15 diciembre, y de la jurisprudencia, existiendo contradicción entre distintas sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales.



»2. Por infracción de los artículos 2 y 3 de la Ley 26/1984, General para la Protección de los **Consumidores** y Usuarios .

»3. Por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el "nomen iuris" en relación con los contratos.

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 8 de noviembre 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 ambas partes celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 8 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante doña María Milagros , mediante contrato suscrito el 26 de octubre de 2004 adquirió el derecho a disfrutar de tres semanas en el complejo Palm Beach Holliday Club, apartamento 318, semana 23 y 24, y apartamento 412, semana 46. Se firmó también un acuerdo para incluir tales derechos en la lista de reventa.

La demanda fue presentada contra Silverpoint Vacations S.L. el 15 de enero de 2014, solicitando dicha contratante: A) La nulidad, o subsidiaria resolución, del contrato suscrito n.º NUM000) por importe de 7.600 libras esterlinas, con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas por dicho contrato más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; y B) Para el caso de no ser estimadas las pretensiones anteriores, que se declare la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por la demandante por el contrato suscrito, debiendo devolver, dicha cantidad duplicada.

La demandada Silverpoint Vacations, S.L. se opuso a la demanda. La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda y absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra con imposición de costas a la demandante. Dicha demandante interpuso recurso de apelación, impugnando también la demandada apelada la sentencia en cuanto al hecho de no reconocer su falta de legitimación pasiva.

La sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, por sentencia de fecha 11 de julio de 2016 , desestimó tanto el recurso de la demandante como la impugnación de la demandada. Sostiene la Audiencia que la demandante no ostenta la condición de consumidora y se remite a lo resuelto en la sentencia n.º 44/2016, de 17 de febrero, de la misma Audiencia. Afirma que no resulta aplicable la Ley 42/1998, de 15 diciembre, y que, aunque lo fuera, se trataría de un supuesto de resolución de contrato cuya plazo de ejercicio está extinguido.

SEGUNDO.- Se ha interpuesto recurso de casación por la demandante doña María Milagros , con tres motivos. El primero, por infracción del artículo 3 Ley 42/1998 , que establece un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza. Se sostiene por la recurrente que la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial de la sala que se recoge en la sentencia n.º 774/2014 de 15 de enero de 2015 rec. 961/2013 , sentencia n.º 431/2015 de 16 de julio rec. 2089/2013 , sentencia 192/2016 de 29 de marzo rec. 793/2014 , sentencia n.º 206/2016 de 11 de mayo rec. 446/2014 , sentencia n.º 340/2016 de 24 de mayo rec. 810/2014 y sentencia n.º 354/2016 dictada el 30 de mayo rec. 584/2014 y sentencia n.º 462/2016 de 7 de julio rec. 1520/2014 , que declaran la nulidad de cualquier derecho vendido desde la entrada en vigor de la Ley 42/1998, sin fijar la duración del régimen o con una duración superior a cincuenta años. La recurrente mantiene que la sentencia recurrida no reconoce ninguna consecuencia al incumplimiento de la duración indefinida del contrato, siendo reconocido por la adversa, que los productos tenían un carácter indefinido lo que era algo ventajoso para los adquirentes. En la demanda la recurrente denunciaba, como uno de los incumplimientos más graves del contrato, la infracción del artículo 3.1 de la Ley 42/1998 por la indeterminación del plazo de duración del régimen.

El segundo motivo se fundamenta en la infracción de los artículos 2 y 3 de la Ley 26/1984, de Defensa de **Consumidores** y Usuarios , en cuanto a la condición de consumidora de la adquirente de estos productos. La recurrente alega que la Audiencia Provincial de Tenerife, considera que no es de aplicación esta norma porque los adquirentes pretenden lucrarse económicamente aun cuando esta pretensión se lleve a cabo en el ámbito privado Frente a esta posición cita determinadas sentencias de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de la Rioja que reconocen la condición de **consumidor** a los adquirentes aunque pretendan un provecho económico en tanto dicha operación se hace en la esfera privada. Se refiere a la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, además de que la sentencia recurrida iría en contra de la doctrina de la sala que se recoge en la sentencia de 22 de diciembre de 2009, rec. 407/2006 , 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 determinado producto.



El tercer motivo denuncia la infracción de la doctrina clásica del Tribunal Supremo, del "nomen iuris", según la cual los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aun cuando se le renombre de otra forma, lo que está claro es que lo que comercializa la demandada no es otra cosa que derechos de aprovechamiento por turno turístico y como tales derechos deben estar salvaguardados por su específica legislación.

La recurrente alega que no aplicar la ley especial por la mera denominación del producto como "paquete vacacional" o "afiliación a un club" iría en contra del propio sentido de la norma e incumple de forma clara la doctrina jurisprudencial sobre la irrelevancia del *nomen iuris* que recogen las sentencias de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985, que declara que los tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

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, resulta de aplicación al mismo. Sobre ello ya se ha pronunciado esta sala en asuntos similares al presente en 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. 1.1.º 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. 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 del contrato. De ahí que proceda la devolución de las 7.600 libras esterlinas satisfechas, menos la cantidad proporcional correspondiente a los nueve años de vigencia del contrato calculada sobre un total de cincuenta años.

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 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 doña María Milagros contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4.ª) de 11 de julio de 2016, en Rollo de Apelación n.º 694/2015, dimanante de autos de juicio ordinario n.º 76/2014 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 contrato celebrado entre las partes con fecha 26 de octubre de 2004.

b) Condenar a Silverpoint Vacations S.L. a devolver a los demandantes la cantidad de 7.600 libras esterlinas, restando la parte correspondiente a los nueve años de 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.



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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ