



Roj: **STS 2656/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2656**

Id Cendoj: **28079110012018100423**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2018**

Nº de Recurso: **1029/2017**

Nº de Resolución: **449/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2197/2016,**
STS 2656/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 449/2018

Fecha de sentencia: 13/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1029/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2018

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. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN núm.: 1029/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 449/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 13 de julio 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 871/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arona; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Juan María y doña Marí Trini, representados ante esta sala por el procurador de los Tribunales don Ludovico Moreno Martín-Rico, bajo la dirección letrada de don Óscar Salvador 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 don Juan María y doña Marí Trini, 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 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 18.125'00 libras esterlinas, más los gastos de mantenimiento y servicio en los años 1989 a 2013 (Beverly Hills Club), por importe total de 25.488'00 euros (1.062'00 euros al año), y de 2008 a 2012 (fHollywood Mirage) por importe total de 3.335'00 euros (667'00 euros al año) (cantidad que, salvo error u omisión, asciende a 50.232'25 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 18.125'00 libras esterlinas (24.409'25 euros), con la obligación de devolver a mis andantes dichas cantidades por duplicado, en virtud del artículo 11 de la Ley 2/1998, es decir, 36.250'00 libras esterlinas (42.818'50 euros), de las cuales solo se debe abonar la cantidad de 18.125'00 libras esterlinas (24.409'25 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, (18.125'00 LIBRAS ESTERLINAS) más las cuotas abonadas por mantenimiento y servicio en los años 1989 a 2013 (Beverly Hills Club), por importe total de 25.488'00 euros (1.062'00 euros al año), y de 2008 a 2012 (Hollywood Mirage) por importe total de 3.335'00 euros (667'00 euros al año), ascendiendo en total -salvo error u omisión- a la suma de 50.232'25 euros, más los intereses legales y con expresa imposición de costas a la parte demandada.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada Silverpoint Vacations S.L., contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte:

«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 1 de Arona, dictó sentencia con fecha 4 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por DON Juan María y DOÑA Marí Trini, representados por el Procurador de los Tribunales D. Bueventura Alfonso González, contra la entidad SILVERPOINT VACATIONS SL, representada por el Procuradora de los Tribunales D. Pedro Ledo Crespo y en consecuencia debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra, con expresa condena en costas a la parte demandante.»

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 21 de diciembre de 2016, cuyo Fallo es como sigue:



«Se estima en parte el recurso de apelación formulado por la representación de D. Juan María y Doña Marí Trini .

»Se desestima la impugnación de la sentencia formulado por la entidad Silverpoint Vacations SL.

»Se confirma la sentencia recurrida, excepto en la expresa imposición de las costas que contiene 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 Marí Trini y don Juan María , 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 de la disposición adicional segunda y artículo 1 de la Ley 42/1998 y del artículo 6.4.º CC .

2.- Por infracción del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley LGDCU.

3.- Por infracción de los artículos 1 , 2 , 3 , 8 , 9 , 10 , 11 , y 12 Ley 42/1998 .

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 24 de enero de 2018 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 13 de junio de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Marí Trini y don Juan María formularon demanda, contra Silverpoint Vacations, S.L, en la que ejercitaban la acción de nulidad radical o resolución de los contratos suscritos entre las partes el 21 de junio de 1988 y el 6 de noviembre de 2008, con las consecuencias económicas correspondientes.

La demandada Silverpoint Vacations S.L. se opuso a la demanda y la sentencia de primera instancia desestimó la misma absolviendo a la parte demandada, con expresa condena en costas a la parte demandante. Se interpuso recurso de apelación por dicha parte, impugnándose también por la demandada la sentencia en cuanto no acogió su alegación sobre falta de legitimación pasiva. La sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 21 de diciembre de 2016, dictó sentencia por la cual desestimó la impugnación formulada por la demandada y estimó, en parte, el recurso interpuesto por los actores para dejar sin efecto la imposición de costas.

La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluye que: A) El recurso de apelación se dirige exclusivamente a impugnar el pronunciamiento referido al contrato de 2008; B) La Audiencia mantiene que la adquisición del producto vacacional no era para el propio uso de los demandantes sino que estaba dirigido a una inversión destinada a comerciar y obtener un rendimiento o ganancia, constanding acreditado el convenio suscrito por las partes dirigido a ese fin. Por todo ello, no pueden considerarse **consumidores** y en consecuencia no resulta de aplicación la Ley 42/1998; C) El contrato debe ser examinado desde la perspectiva de lo dispuesto para obligaciones y contratos en el CC y, para ser anulado, debe acreditarse la inexistencia de algún elemento esencial del mismo, ya sea consentimiento, objeto o causa. En el presente caso, parece ser que la ausencia de las ganancias es lo que se evidencia como verdadera causa de la interposición de la demanda, cuando la falta de obtención de los beneficios esperados no puede ser considerada como causa de nulidad contractual.

Se ha interpuesto recurso de casación por los demandantes, doña Marí Trini y don Juan María .

SEGUNDO.- El recurso tiene tres motivos. El primero se fundamenta en la infracción de la disposición adicional segunda y artículo 1 de la Ley 42/1998 y del artículo 6.4.º CC . Sostienen los recurrentes que esta sala ha establecido como doctrina jurisprudencial que estos productos, siempre que se trata de la división temporal del derecho de uso de un inmueble, se han de regular por la Ley 42/1998 y que fuera de esta alternativa se considera cometido fraude de Ley. Afirman que la sentencia recurrida se opone a lo resuelto por la sala en sentencia n.º 431/2015, de 16 de julio de 2015, rec. 2089/2013 , 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 n.º 774/2014 de 15 de enero de 2015 rec. 961/2013 . Entienden que



el contrato de autos, dada la fecha de su celebración, debe regularse por lo dispuesto en la Ley 42/1998, pues se trata de un derecho a disfrutar de un apartamento en una semana concreta y en un complejo determinado.

El segundo motivo se fundamenta en la infracción del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley LGDCU. Mediante el mismo se denuncia que la sentencia recurrida se opone a la reciente doctrina jurisprudencial de la sala, en concreto se cita la sentencia n.º 16/2017, de 16 de enero rec. 2718/2014, sentencia n.º 39/2017, de 20 de enero, rec. 3264/2014, sentencia n.º 38/2017, de 20 de enero, rec. 3238/2014, sentencia n.º 37/2017, de 20 de enero, rec. 2959/2014. En definitiva los recurrentes mantienen, de acuerdo con la reciente doctrina de la sala, que la adquisición por parte de una persona física de una, tres, seis o quince semanas -aún cuando se da la posibilidad de reventa con ánimo de lucro- no hace que se pierda la consideración de consumidor cuando no consta acreditado que desarrollen dicha actividad de manera profesional. En el presente caso, se adquieren tres semanas sin que se trate de profesionales del sector ni desarrollan con dicha adquisición una actividad profesional.

El tercer motivo se fundamenta en la infracción de los artículos 1, 2, 3, 8, 9, 10, 11, y 12 Ley 42/1998. Los recurrentes alegan que la aplicación de la Ley 42/1998, determina la nulidad de estos contratos, por la infracción de los preceptos citados. Afirman que la sentencia recurrida se opone a la reciente doctrina de la sala que declara nulos los contratos que no respeten el articulado de la Ley 42/1998 y, por lo tanto, en base al artículo 477.3 LEC el recurso presenta interés casacional. Se citan las sentencias n.º 37/2017, de 20 de enero, rec. 2959/2014; sentencia n.º 19/2017, de 17 de enero, rec. 3064/2014; sentencia n.º 38/2017, de 20 de enero, rec. 3238/2014; sentencia n.º 192/2016, de 29 de marzo, rec. 793/2014, entre otras.

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), hace 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 de fijación de la duración en el contrato de que se trata, celebrado el 6 de noviembre de 2008, 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 9.915 libras esterlinas satisfechas, menos la cantidad proporcional correspondiente a los cuatro años de vigencia del contrato calculada sobre un total de cincuenta años de vigencia del régimen, más la cantidad de 1.000 libras en concepto de devolución duplicada de la cantidad exigida anticipadamente en contravención a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 42/1998 . Como esta sala ha reiterado en asuntos similares al presente, no procede la devolución de las cantidades satisfechas por mantenimiento.

Por último, no ha lugar a plantear cuestión prejudicial alguna, 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 Marí Trini y don Juan María contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª) de 21 de diciembre de 2016, en Rollo de Apelación n.º 340/2016, dimanante de autos de juicio ordinario n.º 871/13 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 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 6 de noviembre de 2008.

b) Condenar a Silverpoint Vacations S.L. a devolver a los demandantes la cantidad de 9.915 libras esterlinas, restando la parte correspondiente a los cuatro años de vigencia del contrato hasta la interposición de la demanda calculado en referencia a una vigencia de cincuenta años desde su celebración, más la de 1.000 libras por devolución de cantidad cobrada anticipadamente, 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.