



Roj: **STS 17/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:17**

Id Cendoj: **28079119912017100001**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **16/01/2017**

Nº de Recurso: **2718/2014**

Nº de Resolución: **16/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN núm.: 2718/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela** Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio  
Sánchez Guiu

**TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil PLENO**

**Sentencia núm. 16/2017**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. **José** Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. **Pedro José Vela** Torres

En Madrid, a 16 de enero de 2017.

Esta sala ha visto, constituida en pleno, el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Milagrosa, representada por el procurador D. Vicente Javier López López, bajo la dirección letrada de D. Miguel Rodríguez Ceballos, contra la sentencia núm. 177/2014, de 4 de julio, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación núm. 45/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 92/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona. Ha sido parte recurrida Silverpoint Vacations S.L., representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal y bajo la dirección letrada de D. Manuel Linares Trujillo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela** Torres.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Milagrosa , interpuso demanda de juicio ordinario contra Tensel S.L. (actualmente, Silverpoint Vacations S.L.), en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que se declare:

»1.- La nulidad, o subsidiaria resolución, del contrato suscrito por las partes el

29 de enero de 2008 (436577), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, en ambos casos con obligación para la demandada de devolver a mi mandante las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, 26.640,00 libras esterlinas, 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 pretensión anterior, se declare la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mi mandante a la demandada por razón del contrato suscrito por las partes el 29 de enero de 2008 (436577), y la obligación de la demandada de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado, es decir, la suma de 12.280,00 libras esterlinas».

2.- La demanda fue presentada el 21 de noviembre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona y fue registrada con el núm. 92/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. **Pedro** Ledo Crespo, en representación de Silverpoint Vacations S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba

«[...]se dicte Sentencia por la que se desestime la demanda, con la imposición de las costas de la instancia a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la jueza del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona dictó sentencia de fecha 27 de septiembre de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Estimo parcialmente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales, Don Leopoldo Pastor Llarena, en nombre y representación de DOÑA Milagrosa , frente a SILVERPOINT VACATION S.L (antes Tensel S.L) representada por el Procurador de los Tribunales Don **Pedro** Ledo Crespo, y en su virtud DECLARO la nulidad del contrato de fecha de 29 de enero de 2008, y le CONDENO al abono de la cantidad de TREINTA Y UN MIL SETENTA Y CINCO EUROS CON SETENTA Y TRES CÉNTIMOS (31.075,73 EUROS), menos las cantidades entregadas por el demandado y previstas en el fundamento de Derecho séptimo de esta resolución, más el interés legal y las costas.»

5.- Por auto de 11 de octubre de 2013 se aclaró y rectificó el fallo de la anterior sentencia, para indicar que donde dice «más el interés legal y las costas», debe decir «más el interés legal sin imposición de costas».

**SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.**

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Silverpoint Vacations S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el número de rollo 45/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 4 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS:

1.- Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil Silverpoint Vacations S.L., revocándose la sentencia recurrida, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas de dicho recurso.

2.- Se desestima la demanda formulada por Milagrosa contra la entidad Silverpoint Vacations S.L., absolviendo a dicha entidad de todos los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda, condenando a la parte actora al pago de las costas procesales».

**TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso de casación.**

1.- El procurador D. Leopoldo Pastor Llarena, en representación de D.<sup>a</sup> Milagrosa , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación, al amparo del art. 477.2.3º LEC , fueron:



«Primero.- Por infracción, por inaplicación, del artículo 1.7 de la Ley 42/1998, de 15 diciembre , sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, alegando la existencia de doctrina contradictoria de audiencias provinciales.

»Segundo.- Por infracción, por inaplicación, de los artículos 2 y 3 de la ley 26/1984 , de defensa de los consumidores y usuarios, alegando la existencia de doctrina contradictoria de audiencias provinciales».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 25 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Milagrosa contra la Sentencia dictada, con fecha 4 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4<sup>a</sup>), en el rollo de apelación nº 45/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 92/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Arona».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 10 de octubre de 2016 se nombró ponente al Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 15 de noviembre de 2016. Si bien, por providencia de 22 de noviembre siguiente, se avocó el conocimiento del recurso al Pleno de la Sala, señalándose a tal fin el día 30 de noviembre de 2016, en que tuvo lugar.

5.- Al disentir del voto de la mayoría el magistrado ponente inicialmente designado y, por ello, manifestar su intención de emitir voto particular, se asignó la ponencia al Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela** Torres.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 29 de enero de 2008, Dña. Milagrosa celebró un contrato con Tensel S.L. (hoy Silverpoint Vacations S.L.), denominado «acuerdo para solicitar la adhesión como miembro del Club Paradiso», por el que adquiriría determinados derechos vacacionales, en concreto en la denominada categoría «Island», cuyo contenido básico era un derecho vacacional anual, con una duración máxima de ocho noches, para un máximo de cuatro personas, que podía disfrutarse en cualquiera de los destinos disponibles que el Club ofrecía. Se firmó una declaración de conformidad complementaria y un contrato de reventa independiente.

2.- En dicho contrato, el Club accede a facilitar a la solicitante el acceso a su sistema de reservas conforme a las condiciones recogidas. Se compone de diversos documentos: (i) El «acuerdo para solicitar la adhesión como miembro»; (ii) El denominado «concepto/paradiso» [«el Club garantiza un acceso exclusivo a un selecto número de complejos turísticos; las primeras cuatro de estas residencias se encuentran en las Islas Canarias, Malta, Jamaica y La Toscana»; sigue una lista de destinos que se concretan solo por el continente (Australia), país o zona geográfica (Alemania, Austria, Canarias, Caribe, Chipre, España, EE.UU., Francia, Italia, Malasia, Malta, México, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica y Tailandia; (iii) Un «contrato de inscripción en listado de reventa», por el que se designa a una empresa (Resort Properties Limited) como representante para vender la adhesión por un precio neto de 12.000 libras esterlinas (£). El adherente se obliga a estar al corriente en el pago de las cuotas de servicio para mantener el derecho a transmitir su afiliación; (iv) Una «declaración de formalización», que contiene una serie de declaraciones sobre la comprensión por los adquirentes de determinados elementos del contrato que, en ocasiones, se definen por referencia conjunta a «compra de semanas en régimen de tiempo compartido/cuotas como asociados», o definiciones similares (casillas 4, 6, 7), o con mención de «apartamentos/niveles» (casilla 9), mientras que en otras (casillas 16 y 17) se limitan a la pertenencia a un club de vacaciones; y (v) Un ejemplar de «normas y normativa».

Se establece que el Club existirá durante 49 años, hasta enero de 2050, y posteriormente podrá prorrogarse su existencia, a criterio exclusivo de la empresa. No consta ninguna otra referencia a la duración del contrato.

Se pacta que los derechos vacacionales consistirán en un alojamiento vacacional en intervalos de siete noches o menos.

La solicitante abona un pago inicial, dentro de los diez primeros días, por importe de 6.640 £, y antes de que transcurra un mes desde la firma del contrato abona la totalidad del precio (26.640 £). Se obliga a pagar, además, una tasa por servicio anual, cuya cuantía no se desglosa expresamente, pero que puede entenderse



que en el primer año asciende a 1.000 £ y que se actualizará cada año, conforme «al importe que la empresa determine a su absoluto criterio».

**3.-** La Sra. Milagrosa formuló una demanda en la que ejercitaba la acción de nulidad y, subsidiariamente de resolución, del referido contrato, solicitando la devolución de la cantidad satisfecha en concepto de pago, por importe de 26.640 £, más los intereses legales desde la interposición de la demanda. Para el caso de que no se estimara la pretensión anterior, solicitaba que se declarase la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por razón de dicho contrato y la condena a devolver dicha cantidad por duplicado; esto es, la suma de 12.280 £.

**4.-** La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, al considerar, resumidamente, que se habían incumplido las prescripciones de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, y declaró la nulidad del contrato por aplicación de su artículo 1.7, condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 31.075,73 €, menos la cantidad de 1.500 €, que la demandada le había entregado.

**5.-** Silverpoint recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó el recurso y revocó la sentencia impugnada, al considerar resumidamente que: (i) No hubo vicio del consentimiento por parte de la actora, pues recibió una información amplia, completa y detallada sobre todos los aspectos del contrato, no se ha acreditado que fuera sometida a técnicas agresivas de venta y no hubo dolo ni engaño; (ii) El contrato de afiliación al Club Paradiso no comportaba un derecho real de aprovechamiento por turno, sino un producto vacacional completamente distinto, al que no resulta de aplicación la Ley 42/1998, que no regula tales supuestos; y (iii) La demandante no era consumidora, por cuanto no era la destinataria final del producto que adquirió, ya que su intención era obtener un beneficio mediante su reventa, lo que constituye una actividad comercial de tipo inversor.

**SEGUNDO.-** *Primer motivo de casación. Nulidad de los contratos celebrados al margen de lo dispuesto en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre.*

**1.-** El primero de los motivos, al amparo del artículo 477.2.3º LEC, pone de manifiesto la existencia de criterios contradictorios de distintas

Audiencias Provinciales respecto de la aplicación o no a estos contratos, que versan sobre «paquetes vacacionales» o «derechos de afiliación», de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, y en concreto, de su art. 1.7, que sanciona con la nulidad de pleno derecho el incumplimiento de sus disposiciones, sosteniendo la recurrente que la redacción abstracta del contrato tiene precisamente como finalidad eludir la aplicación de dicha norma.

**2.-** La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, establece en su art. 1.1 el ámbito objetivo de dicha norma, al decir:

«Es objeto de esta Ley la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios...».

El contrato litigioso no tendría encaje directo en dicha definición, pero en la medida que la Sra. Milagrosa no adquiriría simplemente la prestación de unos servicios (lo que se conoce como paquete vacacional), sino la integración en una comunidad (membresía), mediante el abono de una cuota de entrada y de cuotas periódicas de mantenimiento, parece evidente que sí estaba contratando un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, si bien mediante una fórmula que pretendía eludir la aplicación de la normativa específica en la materia (la mencionada Ley 42/1998 y la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido).

A tal efecto, no es baladí recordar que la propia Directiva que sustituyó a la citada, la 2008/122/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, advierte expresamente en sus considerandos iniciales de la necesidad de evitar fraudes y la elusión de la normativa tuitiva de los consumidores, al decir:



«(1) ...[Además, la experiencia adquirida en la aplicación de la Directiva

94/47/CE ha demostrado que algunos aspectos que ya estaban cubiertos necesitan una actualización o una precisión para impedir que se creen productos con la finalidad de eludir las disposiciones de la presente Directiva.

»2) Las lagunas existentes en la normativa crean importantes distorsiones de la competencia y plantean graves problemas a los consumidores...».

Y la misma finalidad tiene la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, que traspuso a nuestro ordenamiento interno dicha Directiva.

**3.-** Del propio enunciado contractual antes reseñado, se desprende que, en realidad, 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. Al que, como veremos, se anuda la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho del contrato en cuestión.

**4.-** A pesar de que la Directiva 94/47/CEE no imponía una determinada modalidad contractual ni una concreta configuración jurídica para el derecho de aprovechamiento por turno transmitido, la Ley 42/1998 no acogió la pluralidad estructural en su configuración jurídica, por lo que el derecho de aprovechamiento por turno sólo podía constituirse como derecho real limitado (salvo si se optaba por la modalidad de arrendamiento de temporada de bienes inmuebles vacacionales a que se refiere el art. 1.6), y había de sujetarse imperativamente (incluso en esta otra modalidad) a lo dispuesto en la Ley.

Así, *prima facie*, conforme a los arts. 1.1 y 1.2 de la Ley 42/1998, según el contenido objetivo del contrato antes transcrito, el mismo no supondría la constitución de un derecho real sobre un bien inmueble concreto y diferenciado. Pero si atendemos a lo dispuesto en los apartados 5 y 7 del mismo art. 1, debemos concluir que la citada Ley resulta aplicable al contrato litigioso, por cuanto el art. 1.5 establece que «lo dispuesto en la presente Ley se aplicará al propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno»; y el contrato de que se trata es claro que se refiere a la comercialización de un peculiar aprovechamiento por turno. Y fundamentalmente, porque el art. 1.7 incluye en su ámbito de aplicación al «contrato por virtud del cual 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 durante un periodo determinado o determinable al año».

A su vez, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el mencionado art. 1.7 sanciona con la nulidad de pleno derecho los contratos a los que se refiere, y el que nos ocupa no solo no se adapta a la Ley 42/1998, sino que, como bien se dice en la sentencia de primera instancia, la infringe en diversos aspectos, referidos a sus arts. 10, 11 y 12.

En su virtud, al ser consecuencia ineludible de lo expuesto la nulidad del contrato litigioso, debe estimarse el primer motivo de casación, al haber infringido la sentencia recurrida el art. 1.7 de la Ley 42/1998.

**TERCERO.- Segundo motivo de casación. Condición de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.**

**1.-** El segundo motivo, formulado también al amparo del art. 477.2.3° LEC, pone de manifiesto la existencia de criterios contradictorios en las distintas Audiencias Provinciales, respecto de la consideración de la adquirente como consumidora, en los términos de la Ley General de Consumidores y Usuarios, denunciando la infracción de lo dispuesto en sus arts. 2 y 3.

La Audiencia Provincial niega la condición de consumidora de la recurrente, por considerar que realmente era una inversora, que pretendía obtener una rápida rentabilidad de su inversión, mediante la reventa por parte de la propia entidad demandada de los derechos adquiridos.

**2.-** El artículo 1.5 de la derogada Ley 42/1998 (precepto equivalente al nuevo art. 23.5 de la vigente Ley) se limitaba a delimitar el concepto de transmitente pero no definía al adquirente. Por el contrario, el art. 2 de la Directiva 94/47/CE sí contenía una definición de adquirente, que acercaba tal concepto al de consumidor (lo



que ha quedado claro en la Directiva 2008/122/CE, que en su propia rúbrica hace mención a los consumidores), al decir que, a los efectos de la Directiva, se entenderá por:

«"adquirente": toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato».

A su vez, el art. 2.1 f) de la Directiva 2008/122/CE, sobre contratos de aprovechamiento por turno, contiene la siguiente definición:

«"consumidor": toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión».

**3.-** Según el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TRLGCU), en su redacción vigente cuando se firmó el contrato litigioso, «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

Este concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas.

En cuanto a las Directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TRLGCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas a la «persona física» (ninguna Directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito) que actúe con un fin o propósito «ajeno a su actividad comercial o profesional» (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a) o «a su actividad económica, negocio o profesión» (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e) o a «su actividad económica, negocio, oficio o profesión» (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a). Mención esta última que, como ya hemos visto, es la misma que utiliza en su art. 2.f la Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, que sustituyó a la Directiva 94/47/CE.

En otras normas internacionales o comunitarias, que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su art. 15.1 para «contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional». Concepto que reitera el art. 17.1 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que ha sustituido al anterior. A su vez, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su art. 6 los «contratos de consumo», entendidos como los celebrados «por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional ('el consumidor') con otra persona ('el profesional') que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional».

**CUARTO.-** *El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física.*

**1.-** 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).



2.- 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 sólo 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.

3.- Desde este punto de vista, no consta que la Sra. Milagrosa realizara habitualmente este tipo de operaciones, por lo que la mera posibilidad de que pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidora.

Por lo que este segundo motivo de casación también debe ser estimado.

**QUINTO.- Estimación del recurso de casación. Consecuencias. Costas y depósitos.**

1.- La estimación del recurso de casación supone la asunción de la instancia, a efectos de desestimar el recurso de apelación, por lo que procede la confirmación de la sentencia de primera instancia.

2.- Asimismo, no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación, según previene el art. 398.2 LEC. Mientras que la desestimación del recurso de apelación conlleva que deban imponerse a la parte apelante las costas causadas por el mismo, conforme a los arts. 394.1 y 398.1 LEC.

3.- Igualmente, debe acordarse la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, a tenor de la Disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

## 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 Dña. Milagrosa contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4ª), con fecha 4 de julio de 2014, en el Rollo de Apelación núm. 45/2014.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Silverpoint Vacations, S.L., contra la sentencia de 27 de septiembre de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arona, en el juicio ordinario núm. 92/2012, que confirmamos íntegramente.

3.º- Imponer a Silverpoint Vacations, S.L. las costas del recurso de apelación.

4.º- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

5.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el 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.

Francisco Marín Castán **José** Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Sarazá Jimena Eduardo Baena Ruiz

**Pedro José Vela** Torres

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

### VOTO PARTICULAR

**Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .**

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia , así como el fundamento jurídico primero, en cuanto resume los antecedentes del caso.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primero de los motivos, al amparo del artículo 477.2.3.º LEC , pone de manifiesto la existencia de criterios contradictorios de las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife y de otras Audiencias Provinciales, como la sección 5.º de la Audiencia de Las Palmas de Gran Canaria, respecto de la aplicación o no a estos contratos, que versan sobre «paquetes vacacionales» o «derechos de afiliación», de la Ley 42/98, de 15 de diciembre, y en concreto de su artículo 1.7 que sanciona con la nulidad de pleno derecho el incumplimiento de sus disposiciones, sosteniendo el recurrente que la redacción abstracta del contrato se articula precisamente para tratar de eludir la aplicación de dicha norma .

Dada la casuística existente en materia contractual, y en concreto en el ámbito al que nos estamos refiriendo, el interés casacional habría de justificarse en atención a las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales sobre la calificación de contratos, si no iguales, al menos muy similares al que constituye objeto del presente proceso, lo que no se ha acreditado.

No obstante, aun admitiendo la existencia de interés casacional en el caso presente, correspondería ahora a esta sala examinar el contrato celebrado entre la demandante y la entidad demandada a efectos de concluir si el mismo se encuentra dentro del ámbito y, por tanto, está sujeto a las disposiciones de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que era la vigente en la fecha en que se suscribió.

La Ley 42/1998 se refiere en su artículo 1 al ámbito objetivo de dicha norma y, en concreto, en su apartado primero, establece lo siguiente: « Es objeto de esta Ley la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios...».

Entiendo que no cabe encuadrar en dicho ámbito objetivo el contrato ante el que ahora nos hallamos, que contempla un producto vacacional distinto cuyo objeto es la adquisición de determinados derechos para concertar períodos vacacionales en distintos lugares y momentos con determinados beneficios.

Precisamente es la nueva Ley 4/2012, de 6 de julio, que ha venido a sustituir a aquella y no resulta aplicable al caso por razones temporales, la que se refiere ya -además de a los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico a que aludía la Ley 42/1998- a los que versen sobre la adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, como cabe calificar al contrato celebrado entre las partes litigantes, pues éste no contempla un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles sino algo muy distinto.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, hoy recurrida, afirma al respecto lo siguiente al final de su fundamento de derecho segundo: «Así pues, hay que concluir que no es aplicable al contrato la ley 42/1998, precisamente porque es absurdo aplicar una ley a un supuesto que no contempla ni regula, por lo que difícilmente podrían cumplirse los requisitos que dicha norma establece, especialmente, los recogidos en los artículos 8 al 13, siendo tan notorios y flagrantes los incumplimientos que, en definitiva, podríamos considerar que constituyen una razón más para entender que no estamos ante un contrato pactado al amparo de dicha Ley. En este sentido, no podemos olvidar que en el hecho segundo de la demanda la demandante afirma que no quería comprar lo que se viene conociendo como multipropiedad, es decir, derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles....».

La actora doña Milagrosa adquirió un producto vacacional distinto, el cual confiere el acceso a un sistema de reservas para disfrutar de vacaciones en el lugar y período que podría elegir, con los descuentos y ventajas determinados para la calificación o clasificación de su afiliación. Dicho tipo de contrato considero que no está comprendido en la Ley 42/1998 y no ha sido objeto de regulación en nuestro ordenamiento hasta la entrada en vigor del Real Decreto 8/2012, de 16 de marzo, posteriormente sustituido por la Ley 4/2012, de 6 de julio, sobre



contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio. Precisamente la distinción que hace la Ley de 2012 en cuanto a productos vacacionales de larga duración, reventa e intercambio, frente a los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, se traduce en que respecto de los primeros no rige una norma específica determinante de nulidad de pleno derecho respecto de los contratos que no se acomoden exactamente a las prescripciones de la ley, aplicándose en tal caso las normas generales sobre nulidad contractual ( artículos 1300 y ss. CC ); lo que sí se mantiene para los contratos de aprovechamiento por turno para los que se establece una norma equivalente a la del artículo 1.7 de la Ley 42/1998 para establecer la nulidad radical

Por ello, el motivo debió ser desestimado, pues al no resultar de aplicación la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, no se puede sostener la nulidad del contrato con fundamento en el artículo 1.7 de dicha Ley .

**SEGUNDO.-** El segundo motivo del recurso se ampara igualmente en el artículo 477.2.3.º LEC , poniendo de manifiesto la existencia de criterios contradictorios en las distintas Audiencias Provinciales respecto de la consideración del adquirente como consumidor al amparo de la Ley General de Consumidores y Usuarios, denunciando la infracción de lo dispuesto por los artículos 2 y 3 de la mencionada ley .

Dice al respecto la Audiencia, en el fundamento de derecho tercero de su sentencia, que

«La sentencia recurrida argumenta, a mayor abundamiento, que todos esos incumplimientos de la Ley especial deben ponerse en relación también con la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU) y con el Código Civil, puesto que el incumplimiento de las prescripciones de la legislación especial incide también en la falta de información que debe recibir el consumidor, así como en la oscuridad de las cláusulas, las técnicas de venta utilizadas por la vendedora y la inmediatez del pago. Es dudoso, tras una lectura atenta del hecho expositivo segundo de la demanda, que estemos ante un contrato celebrado con consumidores. La parte demandante afirma literalmente que los vendedores y representantes de las entidades demandadas, "lo que realmente prometían verbalmente era la obtención de un beneficio del 10% sobre la inversión con la rápida venta por parte de las propias entidades demandadas de los derechos adquiridos... ". Esa aseveración, y otras que se hacen en el mismo sentido en el citado hecho expositivo, no casan con la condición de consumidor que pretende irrogarse la demandante, pues no era ella la destinataria final del producto o derecho adquirido, sino que su intención al adquirirlo era obtener un beneficio mediante su reventa, lo que no deja de ser una actividad comercial de tipo inversor"...».

A ello añade que no hay vicio del consentimiento por parte de la demandante, pues recibió una información amplia, completa y detallada sobre todos los aspectos del contrato, no se ha acreditado que fuera sometida a técnicas agresivas de venta y no ha habido dolo ni engaño.

Partiendo de la aplicación al caso de la Ley 26/1984, de 19 julio - dado que el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que la sustituyó, fue rectificado en el BOE de 13 de febrero de 2008, en fecha posterior a la celebración del contrato- se ha de recordar que el artículo 1 de aquella ley establecía lo siguiente: «2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como *destinatarios finales* , bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden; y 3. *No tendrán la consideración de consumidores o usuarios* quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, *comercialización* o prestación a terceros».

El propio TR aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, reitera en su preámbulo que «El consumidor y usuario, definido en la Ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros...».

En consecuencia no cabe considerar a estos efectos a la demandante como consumidora, dada la finalidad comercial que para ella tenía la suscripción del contrato, debiendo significarse además que -al

valorar la prueba practicada, sin que dicha valoración se haya combatido mediante recurso por infracción procesal- la sentencia recurrida concluye que no existió vicio del consentimiento por parte de la actora, pues recibió una información amplia, completa y detallada sobre todos los aspectos del contrato, ni se ha acreditado que fuera sometida a técnicas agresivas de venta o que existiera dolo ni engaño, por lo que ni siquiera el reconocimiento de su condición de "consumidora" habría de determinar una solución distinta.

Por ello el motivo debió ser igualmente rechazado.



**TERCERO.**- Desestimado el recurso, procedería la condena a la recurrente al pago de las costas causadas por el mismo ( artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), con pérdida del depósito constituido y la parte dispositiva de la sentencia, entiendo que debió ser la siguiente:

**FALLAMOS**

1.º- Desestimar el recurso de casación formulado por la representación de doña Milagrosa contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 4.ª) de 4 de julio de 2014 en Rollo de Apelación n.º 45/2014, dimanante de autos de juicio ordinario n.º 92/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arona.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- Condenar a la recurrente al pago de las costas causadas por su recurso con pérdida del depósito constituido.

Esta es mi opinión, de la que dejo constancia mediante el presente voto particular, con absoluto respeto al sentir mayoritario de la sala; la cual considero innecesario reiterar en sucesivos casos en que se presenten iguales cuestiones jurídicas, en los cuales asumiré la solución que se adopte.

**Fdo. Antonio Salas Carceller**

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ