

Roj: **STS 787/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:787**Id Cendoj: **28079110012016100100**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/02/2016**Nº de Recurso: **461/2014**Nº de Resolución: **96/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP GC 2566/2013,**
STS 787/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 30/10, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de San Bartolomé de Tirajana; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por las representaciones procesales de las mercantiles Anfi Sales, S.L. y Anfi Resorts, S.L., representados ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira; y, don Luis Andrés y doña Rafaela, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Carmen García Rubio, personándose asimismo, estos últimos, como recurridos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de don Luis Andrés y doña Rafaela contra Anfi Sales S.L. y Anfi Resorts S.L.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dicte en su día

«sentencia por la que declare: 1.- La improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas y la obligación de las demandadas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado.- 2.- La nulidad de los contratos número NUM000 y NUM001 o, subsidiariamente, para el caso de no ser estimada la nulidad, declare la resolución de los mismos, en ambos casos con obligación para la demandada de devolver a mis mandantes el resto de cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato.- Y condene a los demandados al pago de las siguientes cantidades: A) 3.400,00 euros correspondientes al duplo del importe pagado anticipadamente el día de la firma del contrato NUM000 .- B) 15.157,00 euros correspondientes al resto del pago abonado por mis mandantes por razón del contrato número NUM000 .- C) 3.380,00 euros correspondientes al duplo del importe pagado anticipadamente el día de la firma del contrato NUM001 .- D) 15.167,00 euros correspondientes al resto del pago abonado por mis mandantes por razón del contrato número NUM001 .- E) Los intereses devengados desde la fecha de interposición de la demanda y las costas del presente pleito.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de las entidades Anfi Sales, S.L. y Anfi Resorts, 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 totalmente la demanda, absolviendo a mis mandantes de los pedimentos contra ella formulados, con expresa imposición de costas a la demandante.»

3.- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y declaradas pertinentes fueron practicadas en el juicio, quedando los autos conclusos para sentencia.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 24 de marzo de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: «Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Costa You en nombre y representación de Don Luis Andrés y Doña Rafaela y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpusieron recurso de apelación la actora, y sustanciada la alzada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2013, cuyo Fallo es como sigue:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Luis Andrés y Doña Rafaela, contra la sentencia de fecha 24 de marzo de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6, hoy Instrucción nº 1, de San Bartolomé de Tirajana, en autos de Juicio Ordinario 30/2010, revocamos parcialmente la expresada resolución, acordando en su lugar, 1º.- Estimamos parcialmente la demanda presentada por la representación procesal de Don Luis Andrés y Doña Rafaela, contra las entidades Anfi Sales S.L. y Anfi Resort, S.L. y .- 2º.- Condenamos a Anfi Sales S.L. y a Anfi Resorts S.L. a que abonen a los actores Don Luis Andrés y Doña Rafaela, la suma de Tres Mil Trescientos Noventa Euros (3.390,00 €), más los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de presentación de la demanda; 3º.- Declaramos nula y tenemos por no puestas, por abusivas, el apartado primero de la cláusula 16 de los contratos de Asociación a Club Monte Anfi que han sido objeto de este procedimiento.- 4º.- Absolvemos a las demandadas del resto de peticiones de la demanda; 5º.- No procede hacer expresa imposición en las costas causadas en la primera instancia.- 6º.- No procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada, decretando la restitución del depósito constituido.»

TERCERO.- La procuradora doña Monserrat Costa Jou, en nombre y representación de don Luis Andrés y doña Rafaela, interpuso recurso de casación por interés casacional al amparo del artículo 477.2.3.º LEC y artículo 477.3 de la LEC, por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

El procurador don Alejandro Valido Farray, en nombre y representación de Anfi Sales SL y Anfi Resorts SL, interpuso recurso de casación, fundado en la infracción del artículo 11 de la Ley 42/1998 sobre la entrega de cantidades a cuenta citando jurisprudencia contradictoria de las diferentes secciones de la Audiencia Provincial de Las Palmas.

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 8 de julio de 2015 por el que se acordó la admisión de ambos recursos, dando el respectivo traslado de los mismos y oponiéndose a su estimación la parte contraria en cada caso.

QUINTO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 3 de febrero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Luis Andrés y doña Rafaela interpusieron demanda de juicio ordinario contra las entidades Anfi Sales, S.L. y Anfi Resorts, S.L., solicitando la declaración de nulidad absoluta y, subsidiariamente, la resolución de los contratos suscritos entre las partes de fecha 11 de septiembre de 2004 y de 16 de octubre de 2004, con reclamación de la cantidad total de 37.104,00 euros resultante de la suma del duplo de las cantidades pagadas anticipadamente, con infracción de lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (en adelante, Ley 42/1998), más el resto de las cantidades entregadas con posterioridad en concepto de precio.

Las demandadas se opusieron y el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de San Bartolomé de Tirajana dictó sentencia de fecha 24 de marzo de 2011 por la cual desestimó la demanda con imposición de costas a la parte demandante. Dichos demandantes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª) dictó sentencia de fecha 16 de diciembre de 2013 por la que estimó parcialmente el recurso y acogió en parte las pretensiones formuladas en la demanda, condenando a las demandadas a abonar a los demandantes la suma de tres mil trescientos noventa euros (3.390,00 €), más los intereses legales de la expresada cantidad



desde la fecha de presentación de la demanda; igualmente declaró nulas por abusivas, teniéndolas por no puestas, la cláusula 16ª de los contratos de asociación a Club Monte Anfi objeto del procedimiento, sin condena en costas causadas en ambas instancias.

Contra dicha sentencia han recurrido en casación ambas partes.

Recurso interpuesto en nombre de los demandantes don Luis Andrés y doña Rafaela

SEGUNDO.- El único motivo del recurso se formula por interés casacional al amparo del artículo 477.2.3.º LEC y artículo 477.3 LEC, por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Se solicita la declaración de nulidad de pleno derecho de los contratos de fecha 11 de septiembre de 2004 y 16 de octubre de 2004 por aplicación de lo establecido en el artículo 1.7 Ley 42/1998, con la obligación para las demandadas de devolver el total de las cantidades satisfechas en concepto de pago del precio, que ascienden a la cantidad de 33.714,00 euros, más los intereses devengados desde la fecha de interposición de la demanda.

Al desarrollar los argumentos del motivo, la parte recurrente dice lo siguiente (pág.5): « En el presente caso se han denunciado, en síntesis, tanto en la demanda como en el recurso de apelación, los siguientes motivos de nulidad y subsidiaria resolución de los contratos litigiosos:

-Falta en el documento informativo entregado junto con los contratos la información exigida por el artículo 8 de la Ley 42/ 1998, lo que conlleva la nulidad de pleno derecho de los contratos a tenor de lo establecido en el artículo 1.7 de la meritada Ley.

-Falta en los contratos el contenido mínimo exigido por el artículo 9 de la Ley 42/1998, lo que conlleva la consiguiente nulidad radical a tenor de lo establecido en el artículo 1.7 de la misma ley (los contratos celebrados al margen de la presente ley serán nulos de pleno derecho)».

Se sostiene en dicho motivo que el problema jurídico planteado es si cabe nulidad radical "ope legis" de estos contratos y afirma que sobre tal cuestión existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, enfrentando singularmente la doctrina de la propia Audiencia de Las Palmas con la mantenida por la Audiencia de Barcelona.

Pues bien, los motivos de nulidad que se aducen por falta de cumplimiento de lo previsto en los artículos 8 y 9 de la Ley 42/1998 no son tales en tanto que la falta en el contrato a lo dispuesto en dichas normas no genera la nulidad sino la posibilidad de resolución, según dispone el artículo 10.2 de la misma ley.

También denuncia la parte recurrente, como conclusión al final de la exposición del motivo, la indefinición en la duración del contrato, lo que no niega sino que, por el contrario, corrobora la parte demandada.

En este sentido la aplicación al caso de la doctrina establecida por la Sala en su sentencia de pleno de 15 de enero de 2015 (Recurso de Casación núm. 961/2013), debe dar lugar a la declaración de nulidad en tanto que, tras la entrada en vigor de la Ley 42/1998, se entendió que no era posible establecer para las transmisiones posteriores una duración indefinida cuando la del propio régimen era de un máximo de cincuenta años.

Así lo dice la sentencia, que se expresa en los siguientes términos: «En la regulación establecida en la Ley tuvo una particular importancia la duración del régimen, determinada, en el artículo 3, apartado 1, entre tres y cincuenta años -" [...] a contar desde la fecha de inscripción del régimen jurídico o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción "-.

Esa norma es completada por la de la disposición transitoria segunda, en la que el legislador se ocupó de los efectos de la nueva regulación sobre los llamados " regímenes preexistentes ", imponiendo la necesidad de adaptarlos a sus disposiciones, en el plazo de dos años - apartado 1 -. Ciertamente, en el apartado 3 de dicha norma transitoria, tras imponer la adaptación al nuevo régimen, también en lo temporal - " [s]in perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, todos los regímenes preexistentes tendrán una duración máxima de cincuenta años, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley [...] " - , se permitió la posibilidad de formular, en la escritura de adaptación, la " [...] declaración expresa de continuidad por tiempo indefinido o plazo cierto ".

Esta última alternativa, inspirada en el deseo de respetar los derechos ya adquiridos, es la que eligió Anfi Sales, SL, por cuanto declaró, de modo expreso en la escritura de adaptación, que su preexistente régimen seguiría teniendo una duración indefinida.

Sin embargo, la interpretación que la recurrente hizo y hace del referido apartado 3 de la disposición transitoria segunda, en el que se apoya, no es respetuosa con el sentido que resulta de la conexión sistemática del mismo con el apartado 2 de la propia norma transitoria, cuyo contenido aquel respeta en todo caso - "[s]in perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior [...]" - y según el cual toda titular - y, por tanto, también la ahora recurrente - que deseara, tras la escritura de adaptación, " 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.

No lo hizo así la recurrente, amparándose en una norma que no le daba suficiente cobertura, por lo que, al comercializar, estando ya en vigor la nueva Ley, los turnos aun no transmitidos sin respetar el régimen temporal establecido en la norma del referido artículo, lo infringió, como en correcta interpretación del conjunto normativo declaró el Tribunal de apelación».

En el caso estudiado por la anterior sentencia, la Audiencia Provincial había considerado que los contratos litigiosos eran nulos, según lo dispuesto en la norma del apartado 7 del artículo 1 de la Ley 42/1998 , por infringir las disposiciones sobre la duración del régimen establecido en el artículo 3, apartado 1, de la misma Ley , por lo que condenó a la demandada a restituir todas las cantidades que había recibido de la demandante y las cantidades anticipadas por duplicado.

En consecuencia, tratándose ahora de un supuesto sustancialmente igual, ha de ser estimado el recurso de casación resolviendo en la forma señalada.

Recurso interpuesto en nombre de las demandadas Anfi Sales S.L. y Anfi Resorts S.L.

TERCERO.- Aun cuando la estimación del recurso de los demandantes deja sin objeto el interpuesto por las demandadas, procede hacer las siguientes consideraciones sobre el mismo.

El único motivo del recurso se formula por infracción del artículo 11 de la Ley 42/1998 , sobre la entrega de cantidades a cuenta en los contratos a que dicha ley se refiere, citando jurisprudencia contradictoria de las diferentes secciones de la Audiencia Provincial de Las Palmas sobre el alcance de la prohibición de que se trata.

El artículo 11 de la citada Ley -aplicable al caso por razones temporales- disponía, bajo la rúbrica "prohibición de anticipos":

«1. Queda prohibido el pago de cualquier anticipo por el adquirente al transmitente antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento o mientras disponga de la facultad de resolución a las que se refiere el artículo anterior. No obstante, podrán las partes establecer los pactos y condiciones que tengan por convenientes para garantizar el pago del precio aplazado, siempre que no sean contrarios a dicha prohibición y no impliquen que el transmitente reciba, directa o indirectamente, cualquier tipo de contraprestación en caso de ejercicio de la mencionada facultad de desistir.

2. Si el adquirente hubiera anticipado alguna cantidad al transmitente, tendrá derecho a exigir en cualquier momento la devolución de dicha cantidad duplicada, pudiendo optar entre resolver el contrato en los tres meses siguientes a su celebración o exigir su total cumplimiento».

El recurso de casación se refiere a la existencia de jurisprudencia contradictoria de las diferentes Secciones de la Audiencia Provincial de Las Palmas en relación con dicha prohibición de pago de anticipos.

La sentencia ahora recurrida pone de manifiesto (fundamento de derecho cuarto) cómo la propia demandada reconoce expresamente dicho pago por parte de los adquirentes, si bien mantiene que el mismo no se le hizo "directamente" sino a un fiduciario (denominado Continental Trustees Ltd.) y ello según se preveía expresamente en el documento informativo.

Alega la parte recurrente, como dato justificativo del interés casacional, la existencia de posiciones encontradas dentro de la propia Audiencia de Las Palmas, pues mientras la sección 5ª resuelve de esta forma en la sentencia impugnada y, en igual sentido, en la anterior de 27 de mayo de 2013, no lo hace así la sección 4ª en sus sentencias de 17 junio 2009 , 7 y 8 noviembre 2013 , que excluyen de la prohibición el supuesto de entrega de cantidades anticipadas a un tercero fiduciario.

Sostiene además la parte recurrente que esta última es la posición correcta acerca de la interpretación del precepto y buena prueba de ello es que ha sido con posterioridad cuando el legislador, al aprobar la nueva ley reguladora de los derechos de aprovechamiento por turno (Ley 4/2012, de 6 de julio), establece ya expresamente la prohibición de cualquier clase de pagos, tanto al transmitente, como a terceros, lo que significa que anteriormente no existía tal prohibición con carácter general.

CUARTO.- Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la cuestión que discute la parte recurrente teniendo en cuenta las diferentes posturas mantenidas en la propia Audiencia Provincial de Las Palmas, y así en sentencia de pleno núm. 627/2015, de 20 noviembre , ha establecido al interpretar el artículo 11 de la Ley 42/1998 , según el cual en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico o de producto vacacional de larga duración, queda prohibido el pago de cualquier anticipo a cargo del consumidor, antes de que concluya el plazo de desistimiento, que tal prohibición, que tras la nueva Ley de 2012 se extiende expresamente a la entrega



realizada a tercero, ha de entenderse con el mismo alcance bajo la vigencia de la Ley de 1998, pues "basta tener en cuenta que la prohibición de los anticipos durante el período de desistimiento encuentra su justificación en el interés del legislador de simplificar el ejercicio del derecho, de modo que tal desistimiento tenga efecto por la propia manifestación de voluntad del contratante sin necesidad de recuperar cualesquiera cantidades entregadas, con lo que se elimina el riesgo de que tal recuperación no se produzca o quede demorada".

El artículo 9.1 de la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero, que deroga la anterior 1994/47/CE, dispone que «respecto a los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de producto vacacional de larga duración y de intercambio, los Estados miembros velarán por que se prohíba el pago de anticipos, la constitución de garantías, la reserva de dinero en cuentas, el reconocimiento explícito de deuda o cualquier otra contrapartida al comerciante o a un tercero por parte del consumidor antes de que concluya el plazo de desistimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 ».

La mención expresa en el artículo 13 de la actual Ley 4/2012, de 6 de julio, de la prohibición de anticipos "a favor del empresario o de un tercero" no significa una novedad respecto de la anterior regulación de la materia en la Ley de 1998 y nada de ello se hace constar en su Preámbulo -como sería lógico si de una modificación sustancial se tratara- sino que simplemente se vienen a resolver las dudas que sobre la cuestión se habían suscitado en la práctica, que cabe considerar como injustificadas si se tiene en cuenta que la interpretación correcta del artículo 11 de la Ley de 1998, si se atendía a su verdadera finalidad de facilitar el desistimiento sin necesidad de acudir a reclamación alguna, era que la prohibición afectaba tanto a la recepción de cantidades por parte del transmitente como por un tercero designado por el mismo, como acertadamente ha entendido la sentencia recurrida.

Por ello procede desestimar el motivo y, en consecuencia, el recurso de la parte demandada.

QUINTO.- La estimación del recurso de los demandantes y desestimación del deducido por las demandadas lleva a hacer los oportunos pronunciamientos sobre costas (artículo 394 y 398 LEC), y sobre el destino del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Luis Andrés y doña Rafaela, contra la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2013 por la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª) en Rollo de Apelación nº 841/2011, dimanante de autos de juicio ordinario nº 30/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de San Bartolomé de Tirajana, sin condena sobre costas causadas por el referido recurso y con devolución del depósito constituido por dicha parte.

2.º Estimar la demanda interpuesta por dichos recurrentes declarando la nulidad de los contratos número NUM000 y NUM001 celebrados entre las partes.

3.º Condenar a las demandadas a satisfacer a los demandantes la cantidad satisfecha más un tanto igual de la entregada como anticipo, lo que hace un total de treinta y siete mil ciento cuatro euros (37.104 €), más intereses desde la fecha de interposición de la demanda.

4.º Declarar como doctrina jurisprudencial que "la comercialización de turnos de aprovechamiento turístico, tras la entrada en vigor de la Ley 42/1998, sin respetar el régimen temporal establecido en el artículo 3.1 de dicha ley, que fija una duración entre tres y cincuenta años, da lugar a la nulidad de pleno derecho del contrato".

5.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Anfi Sales S.L. y Anfi Resorts S.L., condenado a dichas recurrentes al pago de las costas causadas por su recurso, con pérdida del depósito constituido para su interposición.

6.º Condenar a dichas demandadas Anfi Sales S.L. y Anfi Resorts S.L. al pago de las costas causadas en primera instancia.

7.º No haber lugar a condena en las costas causadas por el recurso de apelación de los demandantes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.