



Roj: **STS 792/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:792**

Id Cendoj: **28079110012016100105**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2016**

Nº de Recurso: **586/2014**

Nº de Resolución: **112/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Marzo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y 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 1142/09, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de San Bartolomé de Tirajana; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesales de don Pedro Miguel , representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Ludovico Moreno Martín-Rico; siendo parte recurrida 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.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de don Pedro Miguel contra las mercantiles 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 mi mandante a las demandadas y la obligación de las demandadas de devolver a mi mandante dichas cantidades por duplicado.- 2.- La nulidad del contrato número NUM000 o, subsidiariamente, para el caso de no ser estimada la nulidad, declare la resolución del mismo, en ambos casos con obligación para las demandadas de devolver a mi mandante el resto de cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de las mercantiles 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 4 de diciembre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Debo Desestimar y Desestimo la demanda interpuesta por el Procurador D./Dña. Octavio Roca Arozena, en nombre y representación de D./Dña. Pedro Miguel , frente a D./Dña. Anfi Resorts SL y Anfi Sales SL, con expresa condena en costas al demandante.»



SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación don Pedro Miguel , y sustanciada la alzada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 8 de enero de 2014 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Pedro Miguel contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de San Bartolomé de Tirajana en fecha 4 de diciembre de 2010 en los autos de Juicio Ordinario nº 1142/2009, revocando dicha y en su lugar estimamos parcialmente la demanda presentada frente a las entidades mercantiles Anfi Sales, S.L. y Anfi Resorts, S.L. y, en consecuencia: Primero.- Condenamos a las entidades mercantiles Anfi Sales, S.L. y Anfi Resorts, S.L. a pagar al actor, don Pedro Miguel , la cantidad de mil ciento trece euros con cuarenta y un céntimos (1.113,41 €), con sus intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, incrementados en dos puntos desde la presente resolución.- Segundo.- Declaramos la nulidad parcial de la cláusula 17 del contrato concertado con referencia NUM000 entre las partes procesales en el sentido de excluir en su párrafo primero la expresión "o cualquier otra cantidad" y, en su párrafo segundo, la de "al Club o".- Tercero.- No ha lugar a hacer en ninguna de ambas instancias expreso pronunciamiento respecto a las costas procesales.»

En fecha 31 de enero de 2014 se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

«La Sala Resuelve: Rectificar de oficio el error material informático de la sentencia número 12/14 en lo concerniente a la fecha de la misma. En donde consta que fue dictada en fecha 8 de enero de 2013, debe decir: "8 de enero de 2014".»

TERCERO.- El procurador don Octavio Roca Arozena, en nombre y representación de don Pedro Miguel , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, fundado el primero como motivo único, al amparo del artículo 469.1.4º LEC , en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española .

Por su parte el recurso de casación por interés casacional, al amparo del artículo 477.2.3º LEC , pone de manifiesto que la sentencia recurrida, que responde a una línea jurisprudencial de la propia Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sentencia de 30 de octubre de 2013, nº 428/2013, recurso 1032/2011 y Sentencia de 25 de octubre de 2013, nº 419/2013, recurso 797/2011), es contradictoria con la jurisprudencia que, sobre el mismo problema jurídico y en base al mismo supuesto fáctico, ha sido establecida por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sentencia de fecha 9 de junio de 2011, nº 288/2011, recurso 446/2010 ; sentencia de 26 de febrero de 2009, nº 116/2009, recurso 607/2008), que es la que la parte recurrente considera correcta.

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 8 de julio de 2015 por el que se acordó la admisión de ambos recursos, así como dar traslado de los mismos a la parte recurrida, habiéndose opuesto por escrito a su estimación Anfi Resorts S.L. y Anfi Sales S.L., representadas por el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira.

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 9 de febrero de 2016.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Pedro Miguel presentó demanda con fecha 21 de octubre de 2009 contra a las entidades Anfi Sales S. L. y Anfi Resorts S. L., solicitando la declaración de nulidad absoluta, y subsidiaria resolución, del contrato identificado como NUM000 , de fecha 31 de enero de 2003, reclamando la devolución de 2.226,82 euros (equivalentes a 1.400,00 libras esterlinas) correspondientes al duplo del importe pagado anticipadamente el día de la firma del contrato NUM001 , más 24.890,04 euros (equivalentes a 15.603,08 libras esterlinas) correspondientes al duplo del importe pagado anticipadamente el día 26 de septiembre de 2002, más 19.926,46 euros (equivalentes a 12.598,92 libras esterlinas) correspondientes al duplo del importe pagado anticipadamente el día 16 de octubre de 2002, más los intereses devengados desde la fecha de interposición de la demanda y las costas del juicio, todo ello en aplicación de lo dispuesto por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.

Las demandadas se opusieron a dichas pretensiones y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de San Bartolomé de Tirajana dictó sentencia de fecha 4 de diciembre de 2010 por la que desestimó la demanda y condenó al demandante al pago de las costas. Éste recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Las Palmas dictó sentencia de 8 de enero de 2014 por la que estimó parcialmente el recurso y, también en



parte, la demanda condenando a las demandadas a satisfacer al demandante la cantidad de mil ciento trece euros con cuarenta y un céntimos (1.113,41 €), con sus intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, incrementados en dos puntos desde la fecha de dicha resolución. Igualmente declaró la nulidad parcial de la cláusula 17 del contrato concertado con referencia NUM000 , sin condena en costas de ninguna de las instancias.

Contra dicha sentencia ha recurrido por infracción procesal y en casación el demandante don Pedro Miguel .

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El único motivo del recurso se fundamenta en la vulneración del artículo 24 de la Constitución "a consecuencia de un error de hecho manifiesto, patente y de carácter material sobre el presupuesto en que se asienta la decisión".

Así, la parte recurrente afirma que en la sentencia objeto de impugnación, en virtud de la estimación parcial del recurso de apelación, se condena a las demandadas a pagar la cantidad de 1.113,41 euros (equivalente a 700 libras esterlinas) con sus intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, incrementados en dos puntos, todo ello en consonancia con el Fundamento de Derecho Quinto de dicha resolución, en el cual razona en el sentido de que procede la devolución de la cantidad exigida anticipadamente -en contravención de lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 42/98 - pero no como doble, pues sólo habrá lugar a obtener el doble de la cantidad anticipada cuando se resuelva o anule el contrato.

Añade dicha parte que, como ya pretendió hacer valer mediante la correspondiente solicitud de corrección de error material, subsanación o complemento de la sentencia, que fue denegada por considerar la Audiencia que dicha solicitud pretendía la introducción de una alteración sustancial de la sentencia proscrita por el artículo 214.1 LEC , las cantidades cobradas anticipadamente por las demandadas en contravención de la prohibición legal del artículo 11 de la Ley 42/1998 , ascienden, además de a las citadas 700 libras, a los importes de 7.801,54 libras y 6.299,46 libras, respectivamente, cuyos pagos se produjeron en fecha 26 de septiembre y 16 de octubre de 2002, esto es, dentro de los tres meses de la suscripción del contrato NUM001 de fecha 10 de septiembre de 2002.

El motivo no puede prosperar pues resulta evidente que la sentencia impugnada no ha incurrido en error, que afecte a la tutela judicial efectiva, al no pronunciarse sobre la devolución de cantidades entregadas por razón de otro contrato anterior a aquél cuya nulidad se solicita ahora, sino que lo ha hecho conscientemente por considerar -aunque no lo explicita- que no correspondía tal reclamación en este proceso respecto de un contrato previo que la parte demandada afirma haber sido dejado sin efecto de común acuerdo por ambas partes.

Resulta así que efectivamente la Audiencia no se ha pronunciado sobre dicha pretensión y sobre ello únicamente podría haber sido denunciada incongruencia al amparo del artículo 469.1.2º LEC , habiendo quedado dicha reclamación imprejuzgada en el presente proceso. En todo caso es la propia parte recurrente quien ha creado confusión sobre dicha reclamación en cuanto no coinciden las peticiones de cantidades formuladas en el suplico de la demanda con lo razonado en la alegación segunda de su escrito de apelación cuando se refiere a la "prohibición de cobrar anticipos".

Recurso de casación

TERCERO.- En el único motivo del recurso pone de manifiesto el recurrente que la sentencia impugnada, en relación con la cuestión acerca de la nulidad del contrato por incumplimiento de las previsiones de la Ley 42/1998, responde a una línea jurisprudencial de la propia Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sentencia de 30 de octubre de 2013, nº 428/2013, recurso 1032/2011 y Sentencia de 25 de octubre de 2013, nº 419/2013, recurso 797/2011), es contradictoria con la jurisprudencia que, sobre el mismo problema jurídico y en base al mismo supuesto fáctico, ha sido establecida por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sentencia de fecha 9 de junio de 2011, nº 288/2011, recurso 446/2010 ; sentencia de 26 de febrero de 2009, nº 116/2009, recurso 607/2008), que es la que la parte recurrente considera correcta.

Aun cuando no se exprese en la enunciación del motivo la norma que se considera infringida habría de ser la del artículo 1.7, en relación con el 8 y el 9, de la Ley 42/98 , que daría lugar a la nulidad de pleno derecho por tratarse de un contrato realizado "al margen de la presente ley", según expresión de la norma.

La doctrina que, en definitiva, solicita la parte recurrente que fije esta Sala es la siguiente según los términos en que se expresa la Audiencia de Barcelona: «en relación a otros incumplimientos de la Ley 42/98 también se aprecia la nulidad porque no se ha cumplido con la obligación legal de insertar literalmente los arts. 10 a 12 de la Ley 42/98, de 15 de diciembre, de Multipropiedad , no sirviendo la remisión a textos anexos, pues como ya han señalado infinidad de sentencias de diferentes Audiencias Provinciales, la exigencia del apartado sexto del art.



9 de la Ley 42/98 no permite margen de interpretación, cuando establece cuál ha de ser el contenido mínimo del contrato, pues exige: "Inserción literal del texto de los artículos 10 , 11 y 12, haciendo constar su carácter de normas legales aplicables al contrato". Y este incumplimiento es flagrante. Se aprecia asimismo nulidad ex art. 10.2 Ley 42/98 en relación al art. 9 y al 8, por no constar en ninguno de los contratos (según exige el art. 9.4), todo el contenido del documento informativo previsto en el art. 8.2. No consta la naturaleza real o personal de los derechos que van a ser objeto de transmisión, con indicación de la fecha en que se ha de extinguir el régimen, cuando la Ley establece que el régimen ha de durar de tres a cincuenta años, el contrato indica que es "un régimen preexistente de forma indefinida"; ni la descripción precisa del inmueble sobre el que se ha constituido, limitándose a aludir a unos complejos que no permite conocer alguna concreta característica, como la calle o el número en que están ubicados; no detalla los servicios comunes, o las instalaciones de uso común, o el número de alojamientos susceptibles de aprovechamiento por turnos; ni información sobre los derechos de desistimiento y de resolución unilateral que tendrá el adquirente; o la posibilidad de participar en un sistema organizado para la cesión a terceros».

Pues bien, esta Sala no comparte tal argumentación y, por el contrario, considera que 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 dentro del plazo establecido en la ley, según dispone expresamente el artículo 10.2 de la Ley 42/98 . Tampoco podría acudir en el caso a una acción de nulidad por vicio en el consentimiento ya que para la misma rige el plazo de caducidad de cuatro años previsto en el artículo 1301 del Código Civil , sobradamente cumplido en tanto que el contrato es de fecha 31 de enero de 2003 y la demanda se interpuso el 21 de octubre de 2009.

Por otro lado, la duración del contrato no aparece indeterminada pues, aunque pudiera estimarse indefinida, queda sujeta al plazo máximo de duración del régimen que es de cincuenta años según se expresa claramente en la documentación complementaria entregada al demandante acerca de la información general sobre el Club Gran Anfi, que él mismo reconoció haber recibido con carácter previo a la firma.

CUARTO.- Desestimados ambos recursos, procede condenar al recurrente al pago de las costas causadas por los mismos (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con pérdida de los depósitos constituidos.

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

FALLAMOS

1.º Desestimar el recurso por infracción procesal y el recurso de casación formulado por la representación de don Pedro Miguel contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 5ª) de 8 de enero de 2014 en Rollo de Apelación nº 200/2012 , dimanante de autos de juicio ordinario nº 1142/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de San Bartolomé de Tirajana.

2.º Confirmar la sentencia recurrida.

3.º Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por ambos recursos con pérdida de los depósitos constituidos.

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.- 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.