



Roj: **STS 3119/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3119**

Id Cendoj: **28079110012016100424**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/07/2016**

Nº de Recurso: **1437/2014**

Nº de Resolución: **449/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 428/2014,**
STS 3119/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 1 de julio de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1454/10, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 (antiguo 7) de San Bartolomé de Tirajana; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Gabriel , representado ante esta Sala por la procuradora de los tribunales doña Montserrat Costa Jou; siendo parte recurrida las entidades Anfi Sales, S.L. y Anfi Resorts, S.L., representadas ante esta Sala por el procurador de los Tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1 .- La procuradora doña Montserrat Costa Jou, en nombre y representación de don Gabriel , interpuso demanda de juicio ordinario contra las entidades Anfi Sales, S.L. y Anfi Resorts S.L., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«1.- La nulidad del contrato suscrito por las partes de fecha 27 de noviembre de 2007 (NUM000), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, en ambos casos con obligación de devolver a mi mandante las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, por importe de 318.600,00 coronas noruegas, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

» 2.- Subsidiariamente, la resolución del contrato suscrito por las partes de fecha 27 de noviembre de 2007 (NUM000), y cualesquiera otros anexos de dicho contrato; declarando improcedentes los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por mi mandante a la demandada y la obligación de devolver a mi mandante dichas cantidades por duplicado (63.720,00 coronas noruegas), más el resto de cantidades abonadas que no fueran depósitos, por importe de 286.740,00 coronas noruegas, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

» 3.- En tercer lugar, y para el caso de que no prosperase ninguno de los *petitums* anteriores, se declare la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mi mandante a la demandada y la obligación de ésta de devolver a mi mandante dichas cantidades por duplicado (63.720,00 coronas noruegas).



» 4.- En cuarto y último lugar, y para el caso de que no prosperase ninguno de los *petitums* anteriores, se declare la nulidad, por abusivas y no haber sido negociadas de forma individualizada, de las cláusulas reseñadas en el hecho quinto de la demanda, que implican un claro desequilibrio entre las posiciones de las partes.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de las demandadas 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.- 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 2 (antiguo 7) de San Bartolomé de Tirajana, dictó sentencia con fecha 19 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

«DESESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Montserrat Costa Jou, en nombre y representación de Gabriel, frente a ANFI SALES S.L. y ANFI RESORTS S.L., absolviendo a éstas de todas las pretensiones deducidas en su contra, con expresa condena en costas a la parte actora.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora y sustanciada la alzada, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 14 de marzo de 2014, cuyo Fallo es como sigue:

«Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por Gabriel, representado en esta segunda instancia por la Procuradora DÑA. SANDRA PÉREZ ALMEIDA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción Nº 2 (antiguo mixto nº 7) de San Bartolomé de Tirajana de fecha 19 de octubre de 2011 en los autos de Juicio Ordinario nº 1454/2010, debemos confirmar la referida resolución, manteniendo todos los pronunciamientos de la sentencia con imposición a la parte demandante de las costas generadas en esta apelación.»

TERCERO.- La procuradora doña Monserrat Costa Jou, en nombre y representación de don Gabriel interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, fundado el primero en los siguientes motivos: 1) Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, por infracción del deber de congruencia con vulneración de los artículos 216 y 218 LEC; 2) Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC por infracción del artículo 217 LEC; 3) Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC por vulneración del artículo 248.3 LOPJ, con cita de los artículos 218.2 y 209 LEC, por falta de motivación; 4) Por errónea interpretación del artículo 9 de la Ley 42/1998; 5) Al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, por vulneración del artículo 24 CE.

Por su parte el recurso de casación fundado en interés casacional se formula mediante dos motivos: 1) Por infracción de lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la Ley 42/1998, así como del artículo 1261 CC, con cita de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales; y 2) Por infracción del artículo 3.1 de la Ley 42/1998, con cita de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 16 de septiembre 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 a su estimación el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre de Anfi Resort S.L. y Anfi Sales S.L.

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 7 de junio de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Gabriel formuló demanda con fecha 29 de noviembre de 2010, interesando la declaración de nulidad y, subsidiariamente, la resolución del contrato firmado con las demandadas Anfi Sales S.L. y Anfi Resorts S.L., el día 27 noviembre de 2007 (pese a que la demanda se refiera, sin explicación alguna a la fecha de 16 de abril de 2008) y, en caso de no acordarse así, solicitó la devolución del duplo de las cantidades satisfechas de forma anticipada y la declaración de nulidad de las cláusulas del contrato que consideraba abusivas y que no habían sido negociadas.

El objeto de dicho contrato era la adquisición por el demandante de un derecho de aprovechamiento por turno respecto de un apartamento de un dormitorio en temporada super roja y en semana llamada «flotante».

En la cláusula 6.ª de las condiciones generales del contrato de afiliación se dice lo siguiente: «los derechos adquiridos por medio del contrato de afiliación son indivisibles, de una naturaleza personal y para un período de tiempo ilimitado....».



Las demandadas se opusieron a dichas pretensiones y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia de San Bartolomé de Tirajana dictó sentencia de fecha 19 de octubre de 2011 por la cual desestimó la demanda, absolviendo a las demandadas y condenando al demandante al pago de las costas.

Dicho demandante recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 4.ª) desestimó el recurso con imposición al recurrente de las costas de la alzada, habiendo recurrido el mismo ante esta sala por infracción procesal y en casación.

Se interpone recurso de casación y extraordinario por infracción procesal por el demandante.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El primero de los motivos se formula al amparo del art. 469.1 , 2.º de la LEC y se subdivide en distintos apartados, siendo el primero referido a la incongruencia de la sentencia recurrida en cuanto que no resuelve sobre la petición de nulidad del contrato por falta de determinación del objeto, y el tercero a la falta de motivación, citando como infringido el artículo 218.1 y 2 LEC .

En efecto, el fundamento cuarto de la sentencia recurrida dice así:

«La parte actora, Gabriel , alega como cuarto motivo de apelación, el error en la valoración de la nulidad de los contratos al no resolver las cuestiones relativas a la falta de objeto por no identificarse ni el periodo temporal en que se pueden disfrutar los derechos ni dónde, atendiendo a la indeterminación del contrato. Las demandadas, ANFI SALES S.L. y ANFI RESORTS S.L., se oponen, niegan estos hechos sosteniendo que fueron informados debidamente como consta en la documentación adjunta y alegan que no procede la nulidad por este motivo. Para evitar reiteraciones innecesarias, debemos remitirnos a la fundamentación previa, ya que por un lado, consta acreditado que la parte recibió la documentación necesaria como se firmó en los folios 147 y siguientes, referente al objeto del contrato y debidamente acreditados en base a la figura de la ficta admissio conforme el art. 304 de la LEC . A mayor abundamiento, conforme a la Ley 42/98, se prevé que en el caso que nos ocupa el adquirente pueda desistir dentro de los diez días siguientes al de la subsanación y que transcurridos tres meses sin haberse completado la información y sin que el adquirente haya hecho uso de su derecho de resolución, éste podrá igualmente desistir dentro de los diez días siguientes al de expiración del plazo. Nuevamente esta Sala debe ratificar la resolución de instancia puesto que el adquirente dejó transcurrir el plazo de 10 días para desistir a su libre arbitrio y el plazo de tres meses para examinar el contenido y discutir la falta de información o plantear la falta de veracidad de la misma, por lo que no procede declarar la nulidad por los motivos alegados. Por lo tanto debe desestimarse el recurso en este extremo.....».

De lo anterior se desprende que la sentencia no entra a considerar la falta de objeto concreto y la duración indefinida del contrato como motivo de nulidad del mismo, según interesaba la demanda, por lo que ha de estimarse el recurso de infracción procesal y, como consecuencia, anular la sentencia impugnada asumiendo la instancia esta sala.

Resolución sobre el fondo

TERCERO.- En la demanda se alegaba que «no se puede conocer lo que adquieren los compradores en dos cuestiones básicas: el tiempo en que pueden disfrutar los derechos adquiridos y dónde, pues el sistema de ejercicio del derecho previsto en la estipulación tercera remite a una indeterminación absoluta basada en una modalidad "flotante" que puede llevar a la imposibilidad material de ejercicio del derecho o a dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio del vendedor vaciando de contenido el derecho que se adquirió con desequilibrio completo de prestaciones». Esta sala ya se ha pronunciado sobre tales cuestiones resolviendo las discrepancias de interpretación que existían en la doctrina de las Audiencias Provinciales. Al efecto se ha dictado por el pleno de la sala la sentencia n.º 192/2016, de 29 marzo (Rec. 793/2014), en la cual se hacen las siguientes consideraciones:

«A) Determinación del objeto. El artículo 1.1 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre , dice que «el derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo. A efectos de comprobar a cuál de dichas modalidades corresponde el contrato litigioso conviene transcribir el contenido del apartado 6. En él se dice lo siguiente: "los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas, quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Tales contratos deberán referirse necesariamente a una temporada anual determinada que se corresponda con un período determinado o determinable de esa temporada y a un alojamiento determinado o determinable por sus condiciones genéricas, siempre que esté especificado el edificio o conjunto inmobiliario donde se va a disfrutar del derecho".....»



En el presente caso -como en el resuelto por dicha sentencia- no sólo falta cualquier referencia por las demandadas a que el contrato estuviera sujeto a dicha modalidad de arrendamiento, sino que claramente se desprende de su contenido que no se ajusta a dicha previsión legal pues se «compra» un «derecho de asociación» a un Club para uso de un apartamento por turno sin fijación de plazo. Excluida tal posibilidad de arrendamiento, nos encontraríamos ante la constitución de un derecho real limitado al que resultaría de aplicación la necesidad de determinación contenida en el artículo 9.1.3.º en cuanto el objeto ha de ser un alojamiento concreto, con mención de sus datos registrales y del turno que es objeto de contratación, y con indicación de los días y horas en que se inicia y termina. Al no cumplir en este caso el contrato con tales exigencias queda sujeto a la sanción de nulidad contenida en el artículo 1.7, según el cual:

«El 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 período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos»

Esta Sala ha establecido ya como doctrina jurisprudencial en sentencia 775/2015, de 15 enero y ha reiterado en la 460/2015, de 8 septiembre, que:

«En el régimen legal establecido por la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, la falta de determinación en el contrato del alojamiento que constituye su objeto determina la nulidad del referido contrato, según lo dispuesto por el artículo 1.7 en relación con el 9.1.3.º de la citada Ley».

Dicha doctrina ha de ser mantenida en el presente caso en el cual, como en los contemplados por las referidas sentencias, no se ha configurado un arrendamiento en la forma establecida en el artículo 1.6 como derecho personal de aprovechamiento por turno; único caso en que cabe admitir -porque la ley así lo permite- que se trate de un alojamiento «determinable por sus condiciones genéricas».

Por tanto nos encontramos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, según lo dispuesto en el citado artículo 1.7 de la Ley 42/1998.

La misma sentencia de pleno establece en cuanto a la duración del contrato lo siguiente:

«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.....».

Tampoco se cumple dicha exigencia en el contrato, lo que igualmente determina la consecuencia de nulidad según lo dispuesto en el artículo 1.7 de la Ley.

CUARTO.- Los demandantes solicitaron en su demanda la devolución, por razón de este contrato, de la cantidad total entregada de 318.600 coronas noruegas. La demandada ha puesto de manifiesto cómo los demandantes han disfrutado de las prestaciones propias del contrato durante tres años.

Es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante la interpretación de dicha norma y su aplicación al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del artículo 3 CC en el sentido de que dicha interpretación se ha de hacer atendiendo fundamentalmente a su «espíritu y finalidad». En el caso del citado artículo 1.7 se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato -normalmente de adhesión- que no cumple con las prescripciones legales, pero no ha sucedido así en el presente supuesto en el cual, como se ha dicho, los demandantes han disfrutado durante tres años



de los alojamientos que el contrato les ofrecía, por lo que el reintegro de cantidades satisfechas no ha de ser total sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años.

En consecuencia, de la cantidad satisfecha de 318.600 coronas noruegas únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los cuarenta y siete años no disfrutados (concretamente 299.484 coronas), partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la ley, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, acogiéndose así el primero de los pedimentos del «suplico» en cuanto al contrato de que se trata sin necesidad de entrar en la consideración de las pretensiones formuladas con carácter subsidiario.

QUINTO.- No procede condena en costas causadas por los presentes recursos (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con devolución del depósito constituido. Se condena a las demandadas al pago de las costas de primera instancia al producirse una estimación sustancial de la demanda (artículo 394 LEC) sin condena sobre las costas del recurso de apelación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar el recurso por infracción procesal formulado por la representación de don Gabriel contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 4ª) de 14 de marzo de 2014 en Rollo de Apelación nº 263/2012, dimanante de autos de juicio ordinario nº 1454/2010 del Juzgado de Primera Instancia de San Bartolomé de Tirajana. **2.º** Anular la sentencia recurrida. **3.º** Estimar en parte la demanda interpuesta por el hoy recurrente contra Anfi Sales S.L. y Anfi Resort S.L. declarando la nulidad del contrato suscrito entre las partes en fecha 27 de noviembre de 2007 (NUM000). **4.º** Condenar a las demandadas a devolver al demandante la cantidad de 299.484 coronas noruegas, más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda. **5.º** Condenar a las demandadas al pago de las costas causadas en la primera instancia, sin condena respecto de las de apelación y las causadas por los presentes recursos, con devolución al recurrente de los depósitos que hubiera constituido para su interposición. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.