



Roj: **STS 4635/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4635**

Id Cendoj: **28079110012016100607**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2016**

Nº de Recurso: **2626/2014**

Nº de Resolución: **631/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 1803/2014,**
STS 4635/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 25 de octubre 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, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 282/11, seguidos ante el Juzgado de Instrucción n.º 1 (antiguo Primera Instancia n.º 6) de San Bartolomé de Tirajana; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Gaspar y doña Santiago, representados ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Montserrat Costa Jou; siendo parte recurrida Anfi Sales, S.L. y Anfi Resorts, S.L., representadas 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 representación procesal de don Gaspar y doña Santiago, interpuso demanda de juicio ordinario contra 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 30 de noviembre de 2008 (NUM000), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, en ambos casos con obligación solidaria para las demandadas, Anfi Sales, S.L. Anfi Resorts, S.L. de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato (29.464,75 euros); 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 30 de noviembre de 2008 (NUM000), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, en ambos casos con obligación solidaria para las demandadas, Anfi Sales, S.L. y Anfi ResortS, S.L. de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato (29.464,75 euros); más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»3.- En tercer 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 desestime las pretensiones deducidas en el suplico de la Demanda, con expresa imposición de las costas del procedimiento a la parte actora.»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Bartolomé de Tirajana, dictó sentencia con fecha 21 de marzo de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando la demanda formulada por Procuradora de los Tribunales Doña Montserrat Costa Jou en nombre y representación de Don Gaspar y Doña Santiago contra las entidades Anfi Sales, S.L. y Anfi Resorts, S.L. representadas por la Procuradora de los Tribunales Doña Sandra Pérez Almeida, debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de 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 19 de junio de 2014, cuyo Fallo es como sigue:

«Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Gaspar y Dña. Santiago contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción Número 1 (antiguo Juzgado de Primera Instancia Número 6) de San Bartolomé de Tirajana de fecha 21 de marzo de 2012 en los autos de Juicio Ordinario 282/2011.

»Se estima en parte la demanda de D. Gaspar y Dña. Santiago contra "Anfi Sales S.L." y "Anfi Resorts S.L." de modo que, con desestimación de las demás peticiones efectuadas en aquélla, se declara nula la cláusula quinta del contrato litigioso a la que se refiere el Hecho Séptimo de dicha demanda en lo que atañe a la imposición a todo contratante con las demandadas, cuando exista más de uno, del deber de ejercer sus derechos conjuntamente con los demás.

»No se imponen el abono de costas a alguna de las partes en ambas instancias.»

TERCERO.- Contra la sentencia de segunda instancia, los demandantes doña Santiago y don Gaspar interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante el tribunal sentenciador. Los motivos del primero de los recursos son los siguientes:

1. Al amparo del art. 469.1.2.º LEC, contiene tres apartados:

- a) Infracción de los artículos 216 y 218 LEC, por incongruencia omisiva.
- b) Vulneración del artículo 217 LEC, por error en la aplicación de la carga de la prueba.
- c) Infracción del artículo 9 de la Ley 42/1998, en cuanto a la desatención del contenido mínimo que debe contemplar el contrato.

2. Al amparo del art. 469.1.4.º LEC por infracción del artículo 24 CE.

El recurso de casación se formula por tres motivos:

1. Infracción del artículo 1261 CC por falta de determinación del objeto del contrato.
2. Infracción de los artículos 8 y 9 de la Ley 42/1998, en relación con el su artículo 1.7.
3. Infracción del artículo 3 de la Ley 42/1998, al no respetar el plazo impuesto en la norma sobre la duración del régimen.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 13 de abril de 2016. La parte recurrida presentó escrito de oposición interesando la desestimación de ambos recursos con imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Por providencia de 20 de julio del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 5 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes doña Santiago y don Gaspar adquirieron, por contrato de 30 de noviembre de 2008, celebrado con Anfi Sales S.L. y Anfi Resort S.L., el derecho de disfrute por turno en el llamado Club Monte Anfi de una suite del complejo de acuerdo con las condiciones siguientes: número de suite «flotante», de dos dormitorios, de lujo, en temporada «flotante», y para seis ocupantes. En el apartado 6, de las cláusulas del contrato de asociación al club Monte Anfi, se hacía constar que: «... Los derechos adquiridos en virtud del



presente contrato de asociación son indivisibles, de naturaleza personal y por un período ilimitado de tiempo. No son derechos reales ...»

El 8 de marzo de 2011, los citados contratantes formularon demanda en ejercicio de acción de nulidad del contrato. Subsidiariamente solicitaron la resolución del mismo y por último, para el caso de no prosperar ninguna de las peticiones anteriores, que se declararan nulas determinadas cláusulas por abusivas.

Los demandantes fundamentaban la petición de nulidad en el hecho de que no se identifica el apartamento concreto sobre el que se establece el derecho ni la semana en que les corresponde su uso y es imposible dicha determinación por no constar la necesaria información en la documentación que fue entregada a los demandantes. Tampoco se hace constar la fecha en la que el régimen se extinguirá y, por el contrario, se dice que el plazo de duración es ilimitado.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda e, interpuesto por los demandantes recurso de apelación, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia por la cual estimó en parte el recurso y, en consecuencia, también en parte la demanda a los solos efectos de declarar la nulidad de la cláusula quinta del contrato litigioso a la que se refiere el hecho séptimo de la demanda.

Frente a dicha sentencia los demandantes han recurrido por infracción procesal y en casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Denuncian los recurrentes en primer lugar la infracción de los artículos 216 y 218 LEC , por incongruencia omisiva de la sentencia recurrida en cuanto no se ha dado respuesta a la petición de nulidad radical derivada de la falta de elementos básicos del contrato como es la duración del régimen habiéndose asignado una duración indefinida al contrato cuando dicho régimen se extingue como máximo a los cincuenta años.

Ya se trate de incongruencia o se califique el defecto de falta de exhaustividad, se aprecia una clara infracción del artículo 218.1 LEC , por cuanto la sentencia impugnada no hace referencia a uno de los fundamentos que integran la causa de pedir de la pretensión de nulidad, cual es la falta de fijación de la duración del régimen de aprovechamiento por turno que afecta esencialmente al contenido del contrato.

De ahí que procede la estimación del recurso por infracción procesal, anular la sentencia y resolver sobre el fondo de la cuestión litigiosa teniendo en cuenta los términos en que viene formulado el recurso de casación, todo ello de conformidad con lo establecido en la Disposición Final 16.ª, regla 7.ª, LEC .

Recurso de casación.

TERCERO.- En el recurso de casación se reitera la pretensión de declaración de nulidad del contrato por falta de objeto y de determinación de su duración, con cita como infringidos tanto del artículo 1261 CC , como de los artículos 1.7, 3 , 8 y 9 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre .

Como esta sala ha reiterado, no es necesario entrar en las diferencias de tratamiento jurídico que han tenido estas cuestiones en las distintas sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Las Palmas, ya que esta sala en pleno, teniendo en cuenta tales discrepancias, dictó la sentencia 192/2016, de 29 marzo (Rec. 793/2014), seguida de otras en igual sentido, 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 la demandada Anfi Sales S.L. 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 sin fijación de plazo. Excluida tal posibilidad de arrendamiento, nos encontraríamos ante la constitución de un derecho real limitado -aunque en el contrato no se precise la naturaleza real o personal del derecho transmitido, faltando a la exigencia del artículo 9.1.2º- 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 ..."

»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...»

Dicha doctrina ha de ser mantenida en el presente caso en el cual, como en los contemplados por las referidas sentencias y en lo que hace referencia a la falta de objeto, 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.

El propio título de la Ley 42/1998, de 15 diciembre, al referirse al «aprovechamiento por turno» ya evoca la idea de que se trata de un turno establecido entre los titulares de derechos para usar de un apartamento concreto; lo que constituye un supuesto distinto al de arrendamiento de inmuebles vacacionales por temporada (artículo 1.6) que se sujeta a las disposiciones de la Ley, siempre que no se opongan a lo previsto en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Por tanto, al no precisarse en el contrato el alojamiento concreto que era objeto de contratación nos encontramos en todo caso ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, según lo dispuesto en el citado artículo 1.7 de la Ley 42/1998, que esta sala también ha apreciado cuando falta la fijación de la duración del régimen.

CUARTO.- Los demandantes solicitaron en su demanda la devolución de la cantidad de 29.464,75 euros, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda. 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 podido disfrutar durante dos años del alojamiento 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. De ello se deduce que habrá de devolverse la cantidad que correspondería a los cuarenta y ocho años restantes, o sea la de 28.286,16 euros más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

QUINTO.- Procede por ello la estimación del recurso sin especial declaración sobre costas (artículos 394 y 398 LEC) con devolución del depósito constituido. Las costas de primera instancia se imponen a las demandadas dada la estimación sustancial de la demanda, según disponen las expresadas normas, sin que proceda condena respecto de las costas causadas por la 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 extraordinario por infracción procesal formulado por la representación procesal de doña Santiago y don Gaspar contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 4.ª) en Rollo de Apelación n.º 601/2012, dimanante de autos de juicio ordinario n.º 282/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de San Bartolomé de Tirajana. **2.º**- Estimar la demanda interpuesta por los referidos recurrentes contra Anfi Sales S.L. y Anfi Resorts S.L. declarando la nulidad del contrato celebrado entre las partes el 30 de noviembre de 2008 (NUM000). **3.º**- Condenar a las demandadas a abonar a los demandantes la cantidad de 28.286,16 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, así como al pago de las costas causadas en primera instancia. **4.º**- No haber lugar a especial declaración sobre las costas causadas por los presentes recursos y por el de apelación, con devolución a los recurrentes de los depósitos constituidos para su interposición. Líbrese 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.

FONDO DOCUMENTAL CEND