



Roj: **STS 4638/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4638**

Id Cendoj: **28079110012016100610**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2016**

Nº de Recurso: **2175/2014**

Nº de Resolución: **627/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 1149/2014,**
STS 4638/2016

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 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1439/10, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Bartolomé de Tirajana; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Jose Ramón y doña Marisa , 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 Jose Ramón y doña Marisa , 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 3 de diciembre de 2006 (NUM000), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, en ambos casos con obligación solidaria para las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato (177.013,00 coronas noruegas); con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- Subsidiariamente, la resolución del contrato suscrito por las partes fecha 3 de diciembre de 2006 (NUM000), y cualesquiera otros anexos de dicho contrato; declarando improcedentes los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas y la obligación solidaria de las codemandadas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado (36.000,00 coronas noruegas), más el resto de cantidades abonadas que no fueran depósitos (159.013,00 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 mis mandantes a la demandada y la obligación de ésta de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado (36.000,00 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 de San Bartolomé de Tirajana, dictó sentencia con fecha 10 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 Jose Ramón y Marisa, 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 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 14 de mayo de 2014, cuyo Fallo es como sigue:

«Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Jose Ramón y doña Marisa contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 2 (antiguo mixto n.º 7) de San Bartolomé de Tirajana de fecha 10 de octubre de 2011 en los autos de Juicio Ordinario n.º 1439/1010, revocando dicha resolución 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 a los referidos actores, don Jose Ramón y doña Marisa la cantidad de 18.000 coronas noruegas, con sus intereses procesales (legales incrementados en dos puntos) a contar desde la presente resolución.

»Segundo.- Declaramos la nulidad parcial de la cláusula 16 del contrato concertado de fecha 3 de diciembre de 2006 en el sentido de excluir en su párrafo primero la expresión "o de 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."

TERCERO.- Contra la sentencia de segunda instancia, los demandantes doña Marisa y don Jose Ramón 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 1 de la Ley 42/1998, 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 11 de la Ley 42/1998, sobre los efectos de la entrega de anticipos.

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 20 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 1 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 27 de septiembre siguiente, en que ha tenido lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Marisa y Don Jose Ramón celebraron un contrato con Anfi Sales S.L. y Anfi Resorts S.L. con fecha 3 de diciembre de 2006 por el cual adquirirían el derecho al uso y disfrute por turno en Club Monte Anfi de dos suites «flotantes», de un dormitorio - para cuatro ocupantes-, en el período del año super rojo, con las condiciones y en los términos previstos en dicho contrato, y en concreto en el apartado 6 se decía que « Los derechos adquiridos en virtud del presente contrato son indivisibles, de naturaleza personal y por un período de tiempo ilimitado ... ».

El 25 de noviembre de 2010 formularon demanda en ejercicio de acción de nulidad del referido contrato, y subsidiariamente de resolución, solicitando la devolución del duplo de lo pagado de forma anticipada. Alegaban incumplimiento en cuanto a la identificación del inmueble sobre el que recae el derecho, en cuanto a la determinación de la duración del régimen y, por último, incumplimiento en cuanto a la prohibición de recibir anticipos según lo establecido en el artículo 11 de la Ley 42/1998 .

Las demandadas se opusieron a la demanda y alegaron la prescripción de la acción según lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 42/1998 , negaron que el contrato presentara las deficiencias denunciadas, e invocaron la existencia de actos propios de los demandantes al haber disfrutado de sucesivas estancias en el complejo turístico.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda y absuelve a las demandadas. Se interpuso recurso de apelación por los demandantes, y la sección 5.ª, de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria estimó en parte el recurso y, en consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia a los solos efectos de condenar a las demandadas a pagar a los demandantes la cantidad de 18.000 coronas noruegas, con los intereses legales desde la presentación de la demanda, correspondiente al duplo de lo percibido anticipadamente, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales en ninguna de las instancias.

Por los demandantes se interpone recurso extraordinario por infracción procesal y casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El primero de los motivos se formula por infracción de los artículos 216 y 218 LEC . Denuncia la parte recurrente la incongruencia de la sentencia impugnada al no haber abordado la alegación de los demandantes acerca de la nulidad del contrato derivada de la falta de fijación de la duración del régimen, habiendo establecido el contrato dicha duración como indefinida en contra de lo establecido en el artículo 3.1 de la Ley 42/1998 .

Pues bien, ya se trate de incongruencia o de falta de exhaustividad, es lo cierto que la sentencia recurrida ha omitido la consideración de dicha causa de nulidad pese a que los hoy recurrentes reiteraron en su recurso de apelación que resultaba contrario a la ley el establecimiento de una duración indeterminada, dejando por tanto de cumplir dicha sentencia la exigencia del artículo 218 LEC .

Ello da lugar a la estimación de este primer motivo y consiguiente anulación de la resolución recurrida para, a continuación y según lo establecido en la Disposición Final 16.ª, regla 7.ª, LEC , resolver sobre el fondo de las pretensiones formuladas en la demanda con sujeción a lo alegado como fundamento del recurso de casación.

TERCERO.- La pretendida nulidad del contrato -nulidad de pleno derecho, según dispone el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 , cuando se pacta de modo contrario a lo dispuesto por dicha Ley- derivaría de la falta de fijación del objeto -apartamento sobre el que recae el derecho- y duración del régimen de aprovechamiento.

No es necesario razonar sobre el diferente tratamiento que a los problemas suscitados se ha dado por la Audiencia Provincial de Las Palmas, ya que esta sala se ha pronunciado sobre dichas cuestiones. Así en la sentencia 192/2016, de 29 marzo (Rec. 793/2014), seguida de otras en igual sentido (como más reciente la n.º 449/2016 de 1 julio), 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».

También 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 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.

De ahí que la demanda debe ser estimada con las consecuencias que se dirán.

CUARTO.- Los demandantes solicitaron en el «suplico» de la demanda la devolución de la cantidad de 177.013 coronas noruegas, que habían entregado por razón del contrato. Sobre la cuestión de la entrega de cantidades anticipadas esta sala ha establecido (sentencias, entre otras, n.º 513/2016, de 21 julio, y n.º 446/2016 de 1 julio) que la interpretación de la norma contenida en el artículo 1.7 de la Ley 42/1998, en el sentido de que hubieran de ser devueltas la totalidad de las cantidades entregadas en caso de nulidad del contrato no puede ser ajena a las previsiones del artículo 3 CC en el sentido de que dicha interpretación se ha de hacer atendiendo fundamentalmente al «espíritu y finalidad» de la norma. 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 sucede así en los casos en que los adquirentes han disfrutado de las prestaciones 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, conforme a lo dispuesto en la petición principal del «suplico» de la demanda, que solicita la devolución de la cantidad de 177.013 coronas noruegas, la condena ha de quedar reducida a la cantidad de 162.851,96 coronas noruegas por los cuarenta y seis años restantes hasta el total de cincuenta.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto por la Disposición Adicional 15.ª LOPJ , procede devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos sin condena en costas causadas por los referidos recursos. Tratándose de una estimación sustancial de la demanda, procede condenar a las demandadas al pago de las costas causadas en primera instancia, sin especial declaración sobre las correspondientes a 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 interpuesto por los demandantes doña Marisa y don Jose Ramón contra la sentencia dictada el 14 de mayo de 2014 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el recurso de apelación n.º 586/2012 y, en consecuencia, anular la referida sentencia. **2.º-** Estimar en parte la demanda interpuesta por los referidos recurrentes contra Anfi Sales S.L. y Anfi Resort S.L. **3.º-** Declarar la nulidad del contrato celebrado entre las partes en fecha 3 de diciembre de 2006 (NUM000). **4.º-** Condenar a las mismas demandadas solidariamente a devolver a los demandantes la cantidad de 162.851,96 coronas noruegas. **5.º-** Condenar a las demandadas al pago de las costas causadas en primera instancia, sin especial declaración sobre las de apelación y las causadas por los presentes recursos, con devolución a los recurrentes de los depósitos constituidos. 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.