



Roj: **STS 2841/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2841**

Id Cendoj: **28079110012017100424**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2017**

Nº de Recurso: **940/2015**

Nº de Resolución: **437/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 12 de julio de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 153/11, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Bartolomé de Tirajana; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Juan Pablo , 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 por el Procurador de los Tribunales don Pablo Trujillo Castellano.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de don Juan Pablo , 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 7 de septiembre de 2007 ( NUM000 ), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, en ambos casos con obligación solidaria para las demandadas de devolver a mi mandante las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato (249.000,00 coronas suecas); 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 fecha 7 de septiembre de 2007 ( NUM000 ), y cualesquiera otros anexos de dicho contrato; declarando improcedentes los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por mi mandante a las demandadas y la obligación solidaria de las codemandadas de devolver a mi mandante dichas cantidades por duplicado (50.000,00 coronas suecas), más el resto de cantidades abonadas que no fueran depósitos (224.000,00 coronas suecas), 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 (50.000,00 coronas suecas).

«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 la demandada 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, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Bartolomé de Tirajana, dictó sentencia con fecha 27 de enero de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«DESESTIMAR la demanda interpuesta por D. Juan Pablo contra "Anfi Sales S.L." y "Anfi Resorts S.L.".

»Las costas de este juicio se imponen al demandante.»

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora, y sustanciada la alzada, la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, dictó sentencia con fecha 2 de febrero de 2015, cuyo Fallo es como sigue:

«ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por Juan Pablo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 4 de San Bartolomé de Tirajana, de fecha 27 de enero de 2012, en el juicio ordinario 153/2011, del que el presente Rollo dimana, y REVOCAR la misma.

»ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda entablada por Juan Pablo, contra las entidades Anfi Sales S.L. y Anfi Resorts S.L., CONDENANDO a las demandadas al abono al demandante de la cantidad de CINCUENTA MIL coronas suecas, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, incrementados en dos puntos desde la presente resolución, DECLARANDO nula por abusiva y tenida por no puesta en los contratos litigiosos, la cláusula 5 del contrato de las condiciones generales del contrato. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

» Sin condena en costas en esta alzada.»

**TERCERO.** - La procuradora doña Monserrat Costa Jou, en nombre y representación de don Juan Pablo, interpuso recurso de casación fundado en la concurrencia de interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de distintas Audiencias Provinciales, que contiene los siguientes motivos:

1.- Por infracción del artículo 3 de la Ley 42/1998, de 15 diciembre.

2.- Por infracción del artículo 1.7 de la misma Ley.

3.- Por infracción de los artículos 8 y 9 de la misma Ley.

**CUARTO** - Por esta Sala se dictó auto de fecha 15 de marzo de 2017 por el que se acordó la admisión del recurso, así como dar traslado del mismo a la parte recurrida, habiéndose opuesto a su estimación el procurador don Pablo Trujillo Castellano, 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 4 de julio de 2017.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Don Juan Pablo formuló demanda contra las entidades Anfi Sales S.L. y Anfi Resorts S.L. en fecha 14 de febrero de 2011, solicitando respecto del contrato de asociación celebrado con dichas demandadas el 7 de septiembre de 2007, las siguientes declaraciones: a) Nulidad del referido contrato NUM000 F o, subsidiariamente, para el caso de no ser aceptada la nulidad, la resolución del mismo con la obligación de devolver por duplicado las cantidades entregadas anticipadamente, así como el resto de las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato; b) Subsidiariamente, la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y la obligación de devolver dichas cantidades por duplicado; y c) Para el caso de no ser aceptadas las peticiones anteriores, la nulidad por abusivas y no haber sido negociadas de forma individualizadas de las cláusulas a que se refiere el hecho quinto de la demanda.

Mediante la celebración de dicho contrato, el demandante adquirió el derecho de uso de una suite «flotante» de un dormitorio de luxe, reserva regular, semana super rojo, para seis ocupantes, con primera ocupación el mismo año 2007, por precio de 249.000 coronas suecas. En el referido contrato se hizo constar que los derechos adquiridos son indivisibles, de naturaleza personal y por un período de tiempo ilimitado.

El demandante fundamenta su petición de nulidad en el hecho de que no se identifica el apartamento concreto que constituye su objeto ni la semana en que le corresponde su uso; tampoco se refleja el contenido mínimo que exige el artículo 9.1 de la Ley 42/1998, haciéndose constar en el contrato que su duración es ilimitada, lo que vulnera lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley, que establece una duración entre tres y cincuenta años. De ello deduce la petición de nulidad al amparo del artículo 1.7 de dicha Ley.



Las demandadas se opusieron y el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Bartolomé de Tirajana dictó sentencia de fecha 27 de enero de 2012 por la que desestimó la demanda. El demandante recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Las Palmas de Garna Canaria (sección 3.ª) dictó sentencia de fecha 2 de febrero de 2015, la cual estimó parcialmente el recurso condenando a las demandadas al pago de la cantidad de 50.000 coronas suecas, en concepto de devolución por duplicado de las cantidades percibidas anticipadamente, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, y se declara nula por abusiva la cláusula 5.ª del contrato.

Se interpone recurso de casación por el demandante, fundado en la existencia de interés casacional.

**SEGUNDO.-** El recurso se desarrolla en tres motivos. El primero denuncia la vulneración del artículo 3 de la Ley 42/1998, que viene a imponer un límite temporal a los contratos que se celebren a partir de su entrada en vigor, estableciendo una duración delimitada entre tres y cincuenta años. Cita al respecto la sentencia de pleno de la sala de 15 de enero de 2015 (Rec. 961/2013), que declara la nulidad de los contratos celebrados bajo la vigencia de dicha Ley sin atender a este límite temporal determinado, interpretando en tal sentido la Disposición Transitoria Segunda de la Ley. El segundo plantea los criterios contradictorios mantenidos por las audiencias provinciales en cuanto a la comercialización de los productos del sistema «flouting», respecto de la falta de determinación del objeto contractual, afirmando que ello da lugar a la nulidad por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.7 de la Ley 42/1998. El tercero denuncia que la omisión de la información que se ha de dar conforme a los artículos 8 y 9 de dicha Ley también ha de conducir a la declaración de nulidad radical por aplicación de lo establecido en el mencionado artículo 1.7.

Comenzando por el último de los motivos, se ha de reiterar que esta sala ha considerado, en aplicación de la Ley 42/1998, que la falta de una adecuada información por parte de la empresa comercializadora de los servicios no supone la nulidad del contrato, sino su posible resolución dentro del plazo legal de tres meses establecido al efecto que, en este caso, quedó extinguido con mucha antelación a la fecha de interposición de la demanda.

En tal sentido, la sentencia núm. 590/2016, de 4 octubre, afirma que

«Esta sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en recursos similares al presente señalando que la falta de información adecuada nunca ha de dar lugar a la nulidad de pleno derecho -establecida en el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 para otros supuestos- sino que habilita para instar la resolución del contrato con todas sus consecuencias pero dentro del plazo establecido en el artículo 10.2 de la Ley (sentencias de esta sala núm. 513/2016, de 21 julio y núm. 446/2016, de 1 julio, entre otras)».

Respecto de los dos primeros motivos del recurso, referidos a la falta de fijación de la duración del contrato y del apartamento objeto del mismo como posibles causas de nulidad al amparo del artículo 1.7 de la Ley 42/1998, es necesario precisar que la propia parte recurrente pone de manifiesto que la sentencia impugnada no ha dado respuesta a dichas cuestiones.

De ello se desprende la imposibilidad de que la sentencia recurrida haya podido infringir, en cuanto a su aplicación o inaplicación, norma sustantiva alguna -lo que constituye el objeto del recurso de casación- de modo que tal omisión únicamente podría haber sido denunciada a través del recurso por infracción procesal con referencia a la vulneración del artículo 218 LEC. En consecuencia, si la parte consideraba que se ha dado un supuesto de incongruencia omisiva al no resolver sobre una cuestión planteada en la demanda y en el recurso, debió utilizar el remedio previsto en el artículo 215.2 LEC. Al respecto esta sala tiene establecido -Sentencia núm. 298/2013 de 6 junio- que no será motivo de infracción procesal cualquier defecto que haya podido subsanarse en la instancia o instancias oportunas mediante la aclaración, corrección o complemento de la sentencia (artículos 469.2, 214 y 215 LEC).

El artículo 215 contempla (apartado 2) el supuesto en el cual cualquier auto o sentencia hubiere omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, habilitando con carácter preceptivo un especial incidente para lograr la corrección de dicho defecto procesal.

Pero, incluso en el caso de que la parte no hubiera considerado tal omisión como constitutiva de incongruencia, en tanto que el «fallo» de la sentencia recurrida parecía pronunciarse sobre todas las cuestiones discutidas -estimando la demanda en forma parcial y desestimándola en cuanto al resto- seguiría existiendo un defecto procesal por falta de exhaustividad al no haber contemplado parte del objeto litigioso, lo que también integra una infracción del artículo 218 LEC que únicamente puede denunciarse mediante la utilización del recurso extraordinario por infracción procesal y no a través del de casación, ordenado exclusivamente a la denuncia de infracción de normas sustantivas.



**TERCERO.**- Como consecuencia de lo anterior procede la desestimación del recurso de casación y la condena al recurrente al pago de las costas causadas ( artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), con pérdida del depósito constituido.

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

1.º- Desestimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de don Juan Pablo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 3ª) de 2 de febrero de 2015, en Rollo de Apelación nº 707/2012 , dimanante de autos de juicio ordinario nº 153/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 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 su recurso con pérdida del depósito constituido para su interposición. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CEND