



Roj: **STS 4186/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4186**

Id Cendoj: **28079110012016100551**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2016**

Nº de Recurso: **2174/2014**

Nº de Resolución: **567/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 1381/2014,**
STS 4186/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 27 de septiembre 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 63/11, 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 Pedro Miguel y doña Tomasa 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 Pedro Miguel y doña Tomasa 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 28 de abril de 2009 (NUM000), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato con la 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, por importe de 235.417,00 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 28 de abril de 2009 (NUM000), así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, declarando improcedentes los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las codemandadas y la obligación de éstas, Anfi Sales, S.L. y Anfi Resorts, S.L., de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado (23.542,00 coronas noruegas), más el resto de cantidades abonadas que no fueran depósitos (211.875,00 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 *petiiums* anteriores, se declare la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mis mandantes a la demandada y la obligación de ésta, Anfi Sales, S.L., de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado (23.542,00 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 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 2 de San Bartolomé de Tirajana, dictó sentencia con fecha 5 de octubre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Doña Montserrat Costa Jou en nombre y representación de Doña Tomasa y Don Pedro Miguel , contra las entidades Anfi Sales, S.L. y Anfi Resorts, S.L. representadas por la Procuradora de los Tribunales Doña Sandra Pérez Almeida, debo DECLARAR y DECLARO la NULIDAD del contrato suscrito por las partes de fecha 28 de abril de 2009 con referencia NUM000 , así como cualesquiera otros anexos de dicho contrato, y en consecuencia, DEBO CONDENAR y CONDENO a las demandadas, solidariamente, a abonar a los actores la cantidad de 235.417,00 Coronas Suecas, más los intereses en la forma descrita en el fundamento jurídico sexto de la presente resolución, con expresa condena en costas a la parte demandada.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada, y sustanciada la alzada, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 28 de mayo de 2014 , cuyo Fallo es como sigue:

«Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por "Anfi Sales S.L." y "Anfi Resorts S.L." contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de San Bartolomé de Tirajana de fecha 5 de octubre de 1011 en los autos de Juicio Ordinario 63/2011.

»Se estima en parte la demanda de D. Pedro Miguel y Doña Tomasa contra "Anfi Sales S.L." y "Anfi Resorts S.L." de modo que, con desestimación de la demás peticiones efectuada en aquella, se declara nula la cláusula quinta del contrato litigioso a la que se refiere el Heco Quinto 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 alagunad elas partes en ambas instancia.»

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

»1. Al amparo del art. 469.1.2.º LEC , por infracción del art. 216 y 218 LEC , por incongruencia omisiva y falta de motivación, art. 217 LEC , por error en la aplicación de la carga de la prueba; art. 248. 3 LOPJ , en relación con el art. 209 y 218.2 ambos de la LEC , por motivación insuficiente; e infracción del art. 9 de la Ley 42/1998 , en relación con el art. 1.7 de la misma.

»2. Al amparo del art. 469.1.4.º LEC , por vulneración del artículo 24 CE .

El recurso de casación se formula por un solo motivo, alegando la existencia jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, respecto de la nulidad de los contratos por falta de determinación del objeto y de su duración; denunciando, por un lado, la vulneración de los artículos 8 y 9 de la Ley 42/1998, en relación con el 1.7 de la misma Ley , y por otro la infracción del artículo 3 de dicha Ley .

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 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 21 de septiembre siguiente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Los demandantes doña Tomasa y don Pedro Miguel formularon demanda el 18 de enero de 2011 en ejercicio de acción de nulidad del contrato de aprovechamiento por turno suscrito con las demandadas Anfi Sales S.L. y Anfi Resorts, S.L. el 28 de abril de 2009. En concreto interesaban que se declarara la nulidad del contrato NUM000 así como de sus anexos, con obligación de devolver a los actores las cantidades satisfechas de pagos derivados del contrato por importe de 235.417 coronas noruegas, más los intereses desde la interposición de la demanda y costas. Subsidiariamente, solicitaban la resolución del referido contrato y anexos y se declare la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas y la obligación de devolverlas por duplicado (23.542 coronas noruegas), más el resto de las cantidades que no fueran depósitos (211.875 coronas noruegas), más intereses y costas. Igualmente que, de forma subsidiaria a las anteriores peticiones, se declare la improcedencia del cobro anticipado de cantidades con obligación de su devolución por duplicado (23.542 euros) así como la declaración de abusividad de las cláusulas reseñadas en el hecho quinto de la demanda por desequilibrio entre las posiciones de las partes.

En virtud del contrato de 28 de abril de 2009, los compradores adquirieron un derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles vacacionales en Club Gran Anfi, que les daba derecho al aprovechamiento de una suite «flotante» de un dormitorio para cuatro ocupantes, y temporada/semana flotante, en las condiciones y términos del contrato, constando en el apartado 6.- que ...«Los derechos adquiridos en virtud del presente contrato son indivisibles, de naturaleza personal y por un período de tiempo ilimitado ...» .

La sentencia de primera instancia estima la demanda y declara la nulidad del contrato así como cualesquiera anexos de dicho contrato, y en consecuencia, condena a las demandadas a abonar a los actores la cantidad de 235.417,00 coronas. Consideró el juzgado de primera instancia que el mismo carece de objeto pues existe una completa indeterminación del período denominado «flotante», y los actores no han podido disfrutar de su derecho por haber intentado la reserva en el complejo de las demandadas sin éxito, por lo que consideró innecesario entrar en el debate sobre el resto de las cuestiones planteadas.

Las demandadas recurrieron en apelación y la sección 4a , de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, estimó en parte el recurso y, en consecuencia, también parcialmente la demanda declarando la nulidad de la cláusula quinta del contrato litigioso.

Se interpone recurso extraordinario por infracción procesal y casación por los demandantes.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El primer motivo de infracción procesal se articula en cuatro apartados:

1.- Infracción del art. 216 y 218 LEC , por incongruencia omisiva y falta de motivación sobre la petición de nulidad radical a la vista de la falta de elementos básicos del contrato.

No cabe apreciar la incongruencia y falta de motivación que se solicita y ha de ser rechazado el breve alegato que se contiene en el motivo a este respecto. La incongruencia consistiría en este caso -según lo alegado- en la falta de resolución sobre una pretensión debidamente formulada (incongruencia omisiva), por lo que carece de sentido tal alegación en tanto que la sentencia recurrida rechaza expresamente dichas pretensiones de nulidad y, además, lo hace dando a las partes los razonamientos por los que resuelve así (motivación suficiente) de modo que la disconformidad de dicha recurrente con tales razonamientos podrá fundar un recurso sobre el fondo de la cuestión pero no justifica la denuncia de infracción procesal de que ahora se trata.

2.- Vulneración del art. 217 LEC por error en la aplicación de la carga de la prueba, ya que -según afirman los recurrentes- no han probado las demandadas haber cumplido con el deber de información «pues la sentencia recurrida da por buena una información suministrada por unos meros índices, y en este sentido la jurisprudencia entiende que los anexos no pueden ser parte integrante del contrato».

El motivo ha de ser desestimado en este aspecto por cuanto, en primer lugar, el defecto de no dar la información exigida tiene previstas sus consecuencias en el artículo 10.2 de la Ley 49/1998 posibilitando la resolución del contrato dentro de unos plazos que se habían cumplido antes de la interposición de la demanda; y, en segundo lugar, la propia exposición de la parte recurrente pone de manifiesto que no nos hallamos ante una posible infracción del artículo 217 LEC en cuanto no se trata de que el tribunal haya hecho una atribución de la carga probatoria contraria a lo establecido en dicho artículo, ante la falta de prueba sobre determinados hechos fundamentales alegados por las partes, sino que ha efectuado una valoración que la parte recurrente considera inadecuada, lo que no guarda relación con el principio de atribución de la carga probatoria a que se refiere el citado artículo 217 LEC que se considera infringido.

3.- Falta absoluta de motivación, infracción del art. 248.3 LOPJ , en relación con el art. 209 LEC y el art. 218.2 LEC . Se ha de reiterar lo afirmado con anterioridad en el sentido de que no cabe confundir la falta de motivación con la disconformidad, y ni siquiera, con el error de la misma, ya que una sentencia puede estar



perfectamente motivada y, sin embargo, alcanzar una solución jurídica errónea lo que, en absoluto, constituye una infracción procesal, sino -en su caso- una vulneración del derecho sustantivo, denunciable a través del recurso de casación. En el caso presente, la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada aborda amplia y suficientemente las cuestiones suscitadas y las resuelve poniendo de manifiesto a las partes las razones de hecho y de derecho por las que ha resuelto en la forma en que lo hace, cumpliendo así el deber de motivación.

4.- Errónea interpretación de la norma especial de la Ley 42/98 de aprovechamiento por turnos. Se plantea por infracción procesal una cuestión que en absoluto tiene tal carácter -como es propio de este recurso extraordinario- sino, por el contrario, sustantivo, pues se refiere a la interpretación y aplicación de una norma de naturaleza material y en consecuencia su consideración sólo resulta adecuada en sede de recurso de casación.

El segundo motivo, al amparo del art. 469.1, 4.º, LEC, alega vulneración del artículo 24 CE por error en la valoración probatoria. Parten los recurrentes del conocimiento de la doctrina de esta sala sobre la limitación en cuanto a la valoración de la prueba en este recurso extraordinario, prácticamente reducida a los supuestos en que se aprecie error ostensible (sentencias núm. 5818/2011 de 30 de julio, núm. 58/2010 de 19 de febrero, núm. 779/2008, de 30 de julio, núm. 1131/2006, de 17 de noviembre); conclusiones absurdas (sentencias núm. 778/2011, de 26 de octubre, núm. 661/2011 de 4 de octubre, núm. 133/2010, de 9 de marzo); criterio desorbitado o irracional (sentencia núm. 58/2010 de 19 de febrero, núm. 508/2008, de 10 de junio).

El error de valoración probatoria se concreta finalmente en la cuestión de la falta de información sobre las condiciones de los contratos, cuando -como se ha repetido- ese defecto de información que se denuncia debió ser apreciado en su caso mucho antes por los contratantes a efectos de ejercer los derechos de desistimiento y resolución del artículo 10 de la Ley 42/89, cuyo plazo de ejercicio ya se extinguió.

Por lo demás, claramente se deduce de la sentencia impugnada, en relación con los recursos interpuestos, que la cuestión no afecta a los hechos de los que nace el proceso sino a la valoración del contrato celebrado y a su ajuste a la normativa aplicable, lo que es objeto propio de la casación.

Recurso de casación

TERCERO.- El recurso de casación se formula en dos apartados en los cuales se denuncia la infracción de los artículos 1.6 y 9.3 Ley 42/1998, en cuanto al objeto, en relación con el artículo 1.7 de la misma Ley, e iguales infracciones respecto de la falta de determinación de la duración del régimen en cuanto afecta también a la duración de los contratos que se establece como indefinida.

Ha de prescindirse ahora de las diferencias de interpretación apreciadas en distintas resoluciones de Audiencias Provinciales en cuanto esta Sala se ha pronunciado ya sobre las referidas cuestiones.

Así 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), 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 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 (apartado 1) la devolución de la cantidad satisfecha de 235.417 coronas noruegas, más intereses, siendo las demás peticiones subsidiarias respecto de esta primera. Procede acceder a la misma en tanto que, tal como estableció la sentencia de primera instancia y no se ha modificado en apelación, no consta que los demandantes hayan podido hacer uso en ningún momento del alojamiento contratado.

En definitiva, procede casar la sentencia recurrida y confirmar la dictada en primera instancia, que estimó la demanda y condenó a las demandadas al pago de las costas.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto por los artículos 394 y 398 LEC procede condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por el recurso de infracción procesal, sin condena respecto de las causadas por la casación, con pérdida del depósito constituido por el primer recurso y devolución del correspondiente a la casación. Las costas del recurso de apelación han de ser impuestas a las demandadas apelantes de conformidad con lo dispuesto en los artículos citados.

FALLO

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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por los demandantes don Pedro Miguel y doña Tomasa contra la sentencia dictada el 28 de mayo de 2014 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el recurso de apelación n.º 405/2012 . **2.º-** Estimar el recurso de casación formulado por los mismos demandantes contra la expresada sentencia, la cual casamos y confirmamos la dictada en primera instancia. **3.º-** Condenar a las demandadas Anfi Sales S.L. y Anfi Resort S.L al pago



de las costas causadas por su recurso de apelación. **4.º**- Condenar a los ahora recurrentes al pago de las costas causadas por su recurso por infracción procesal con pérdida del depósito constituido. **5.º**- No hacer especial declaración sobre las costas causadas por el recurso de casación, con devolución a los recurrentes del depósito constituido para su interposición. las costas 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 CENDOJ