



Roj: **STS 5105/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5105**

Id Cendoj: **28079110012016100647**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2016**

Nº de Recurso: **2948/2014**

Nº de Resolución: **684/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 1972/2014,**
STS 5105/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de julio de 2014 dictada en recurso de apelación, núm. 625/2012, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1306/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de San Bartolomé de Tirajana; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Ramón y Dña. Rosa, representados por la procuradora D.ª Montserrat Costa Jou, bajo la dirección letrada de D. Miguel Rodríguez Ceballos, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se personan las entidades Anfi Sales S.L., Anfi Resorts S.L. y Anfi Tauro S.A. representadas todas ellas por el procurador D. Pablo Trujillo Castellano bajo la dirección letrada de Dña. Ivana Ramón Abadías.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Ramón y Dña. Rosa, representados por la procuradora Dña. Montserrat Costa Jou y asistidos del letrado D. Javier Correa Guimerá, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Anfi Sales S.L., Anfi Tauro S.A., Anfi Resorts S.L., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare:

»1.- La nulidad del contrato suscrito por las partes en fecha 7 de junio 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 (46.250,92 libras esterlinas); con expresa condena en costas a la contraparte.

»2.- Subsidiariamente, la resolución del contrato suscrito por las partes fecha 7 de junio 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 (2.754,04 libras esterlinas), más el resto de cantidades abonadas que no fueran depósitos (44.873,90 libras esterlinas), 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 (2.754,04 libras esterlinas).

»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.- Los demandados Anfi Sales S.L., Anfi Tauro S.A. y Anfi Resorts S.L. contestaron a la demanda, actuando en representación de todos ellos la procuradora Dña. Sandra Pérez Almeida y bajo la dirección letrada de D. Miguel Méndez Itarte, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación terminaron suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que desestime todas las pretensiones de la adversa, absolviendo a mis mandantes de todos los pedimentos formulados contra ellas, 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 admitida, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Bartolomé de Tirajana se dictó sentencia, con fecha 20 de enero de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimar en parte la demanda interpuesta por D. Ramón y Dña. Rosa contra Anfi Sales S.L., Anfi Resorts S.L. y Anfi Tauro S.A. de modo que, con desestimación de las demás peticiones efectuadas en aquélla, declaro nula la cláusula quinta de las condiciones del contrato litigioso a la que se refiere el hecho 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. en este juicio cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por las representaciones procesales de ambas partes, demandante y demandada, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, con fecha 3 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Se desestiman los recursos de apelación interpuestos por D. Ramón y Dña. Rosa y por Anfi Sales S.L., Anfi Tauro S.A. y Anfi Resorts S.L., contra la sentencia de fecha 20 de enero de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Bartolomé de Tirajana, confirmándola íntegramente, con imposición a cada una de las dos partes apelantes las costas derivadas de su recurso de apelación».

TERCERO.- 1.- Por D. Ramón y Dña. Rosa, se interpusieron recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracciones de las normas procesales reguladoras de la sentencia, art. 469.1 de la LEC.

1.- Infracción del deber de congruencia. Art. 216 y 218 de la LEC. Se sucede una grave infracción de los deberes impuestos en cuanto a la congruencia de la sentencia, a la vista de no corresponder el pronunciamiento con los *petitums* del proceso, así como tampoco con sus fundamentos jurídicos y de hechos.

2.- Vulneración del art. 217 LEC, error en la aplicación de la carga de la prueba. Siendo objeto de la demanda la nulidad, a la vista de la grave omisión en cuanto al deber de información que de forma expresa exige la norma especial (art. 9 de la Ley 42/98 de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles), basa la demandada su defensa casi de forma exclusiva en haberse cumplido con tal deber de información lo cual no se prueba de forma alguna, dando sin embargo valor probatorio a las manifestaciones infundadas y parciales vertidas de contrario.

3 (numerado en el escrito con otro 2).- Al respecto de la errónea interpretación de la norma especial. Ley 42/98 de Aprovechamiento por Turnos. Respecto de la nulidad por falta de información esencial. Vulneración del art. 9 de la Ley 42/98, en cuanto a la desatención del contenido mínimo que ha de contemplar el contrato, vulnerando además con ello el art. 1.7 de la misma norma en relación con el art. 6.3 del Código Civil, ambos contemplan la consecuencia última de nulidad a la que ninguna atención se ha prestado.

Motivo segundo.- Vulneración, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en el art. 24 de la Constitución. Art. 469.1.4.º de la LEC.

Y formalizó su recurso de casación por interés casacional para unificación de doctrina, basándose en los siguientes motivos:



Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , en tanto existen criterios contradictorios a lo largo de las distintas AAPP, al respecto de la consideración jurídica que se le da a la venta de lo que se denomina por las comercializadoras de este tipo de productos, sistema *flouting* . Se somete a contradicción la divergencia interpretativa, con encontrada, al respecto de las consecuencias jurídicas de la falta de atención a la determinación del objeto contractual con fundamento en el art. 1 de la Ley 42/98, de Derechos de Aprovechamiento de Bienes Inmuebles .

Motivo segundo (numerado otra vez primero en el escrito).- Existencia de jurisprudencia contradictoria y en consecuencia, existencia de interés casacional, conforme al art. 477.2.3.º.

Este interés casacional se desprende de la interpretación contraria a otras secciones y audiencias, incluso de la misma sección en tiempos pasados, al respecto de lo que hemos identificado en líneas anteriores como primer y segundo elemento de debate. La omisión de información legalmente obligada según los arts. 8 y 9 de la Ley 42/98, de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de bienes Inmuebles de uso turístico. Este contenido mínimo nos viene dado tanto en los arts. 8 y 9 de la referida Ley 42/98 , respecto de las cuestiones básicas que el adquirente debe conocer. Ello se pone en relación con la consideración que al respecto de entender cumplido el deber de información tiene la incorporación de anexos ajenos al contrato. Esta falta grave de información en cuanto no se trata de una cuestión residual sino respecto a partes importantes del contrato, se conecta con el art. 1.7 de la propia norma, que prevé una nulidad radical por desatención a la misma (desatendiendo el deber básico de información), lo que habrá de conectar con la causa general de nulidad radical prevista en el Código Civil en tanto la falta grave de información en elementos esenciales, como la duración del contrato y demás datos relevantes del negocio jurídico celebrado implica la falta de consentimiento y en consecuencia concurre causa de nulidad de radical también al amparo del 1261 del CC.

Motivo tercero.- Existencia de interés casacional al amparo del art. 477.2.3.º, al someterse a contradicción el incumplimiento de la prohibición de recibir anticipos, contenida en el art. 11 de la Ley 42/98, de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles . En cuanto a la consecuencia jurídica de la desatención de la norma en cuanto en el referido artículo. Cuestión susceptible de casación en tanto en la sentencia se desprende una consecuencia jurídica distinta a la que en otro momento fuera fijado por la propia Sección Cuarta de la Audiencia de Las Palmas, así como es también distinta a la fijada de forma constante por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas. Como ya ha sido expuesto, la Sección Cuarta venía considerado la consecuencia jurídica de nulidad, y a la vista de la misma la obligación de devolución del duplo de lo pagado de forma anticipada en contra de la norma. A continuación la misma Sección Cuarta de Las Palmas, resolverá no haber lugar a tal nulidad, no condenando a nada aun cuando se hubieran probado el pago de anticipos, por considerar la acción prescrita y sometida al plazo de 3 meses. También y como muestra del oscilante y divergente criterio de esta Sala, se resolverá como en el presente que no ha lugar a consecuencia alguna por entender el pago hecho a favor de tercero, cuando anteriormente ella misma, consideró esta forma de operar, y cito textualmente «Un ardid para eludir el cumplimiento de la norma». En definitiva, son tantas y tan dispares las consecuencias que se da ante un mismo hecho por la Sección Cuarta, que ella misma debería motivar la procedencia de la presente casación. Pero en cumplimiento con los criterios de admisión, la divergencia no se plasma sólo respecto de resoluciones de la Sección Cuarta, sino que las mismas, todas ellas, son también diferentes a las que falla la Sección Quinta de la Audiencia de Las Palmas, quien ante situación idéntica dota de otra consecuencia, la enésima, al pago de anticipos en contra de la norma. La Sección Quinta en sus resoluciones más recientes, otorga a los adquirentes la devolución de lo pagado anticipadamente, pero no el duplo, en tanto no se da la nulidad contractual sino solo la del indebido pago. Todas estas posturas se someten a contradicción, y acreditan el interés casacional al amparo del 477.2.3.º, respecto de la interpretación del art. 11 de la Ley 42/98, de Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles .

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 18 de mayo de 2016 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido el procurador D. Pablo José Trujillo Castellano, en nombre y representación de Anfi Resorts S.L., Anfi Sales S.L. y Anfi Tauro S.A., presentó escrito de oposición.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 2 de noviembre de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes.*



Los demandantes Dña. Rosa y D. Ramón formularon demanda el 19 de noviembre de 2010 ejercitando acción de nulidad del contrato suscrito el 7 de junio de 2006, con las mercantiles demandadas Anfi Sales, S.L, Anfi Tauro, S.A y Anfi Resorts, S.L, subsidiariamente solicitaron la resolución del contrato con la obligación en ambos casos de devolver la cantidad satisfecha en concepto de pagos de dichos contratos, que se declare la improcedencia de los cobros de las cantidades anticipadas y por último para el caso de que no prospere ninguna de las peticiones anteriores, que se declararan nulas algunas de las cláusulas del contrato por abusivas.

En virtud del contrato de 7 de junio de 2006, los demandantes adquieren un derecho de aprovechamiento por turnos en Anfi Emerald Club lo que le otorga el derecho a utilizar una suite del resort de acuerdo con las características que se detallan, en concreto: adquieren tres semanas en temporada «super rojo», núm. de suite variable, de una habitación con capacidad para cuatro ocupantes, y la primera ocupación en el 2007. (folio 201 de las actuaciones de primera instancia). Los términos y condiciones del contrato de suscripción al Club Anfi Emerald, obran al folio 205 de las actuaciones de primera instancia, consta en el apartado: «3.- Club.El plan ha sido desarrollado de conformidad con todas las provisiones de aplicación legal por un máximo de 50 años. Este período comenzará en el momento de la declaración de fin de obra...»

Los demandantes fundamentan la petición de nulidad porque, no se identifica ni el apartamento concreto ni la semana sobre la que recae, es imposible determinarlos por no constar dicha información en la documentación que fue entregada a los demandantes, hay falta de veracidad en la información, y en cuanto a la fecha en la que el régimen se extinguirá, en la estipulación tercera de las condiciones generales se hace constar que el plazo de duración será de 50 años desde que se declare completado el edificio, esto es, desde la terminación de la obra, por lo que el mismo es claramente indefinido, no se sabe cuando finaliza exactamente.

La sentencia de primera instancia, estima en parte la demanda, y con desestimación de las demás peticiones, declara nula la cláusula quinta de las condiciones generales del contrato litigioso, en lo referido a la imposición a todo contratante con las demandadas cuando exista más de uno, del deber de ejercer sus derecho conjuntamente con los demás.

Formulado recurso de apelación por ambas partes. Los demandantes, en el recuso de apelación alegan que no se puede conocer lo que adquieren los compradores en dos cuestiones básicas: (i) el tiempo en que pueden disfrutar de los derechos adquiridos; (ii) 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 del ejercicio del derecho.

La sección 4.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, desestima los recursos y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia.

Contra esta sentencia se interponen recursos extraordinario por infracción procesal y de casación por los demandantes.

El recurso extraordinario por infracción procesal tiene dos motivos.

El primero al amparo del art. 469.1.2.º LEC, se desarrolla en tres apartados.

1. Denuncian la infracción del art. 216 y 218 LEC, falta de congruencia de la sentencia recurrida porque se resuelve con fundamento en otro proceso, adolece de incongruencia omisiva por falta de motivación suficiente respecto a la nulidad radical a la vista de la falta de elementos básicos del contrato como son la duración, respecto de la deficiencia de información, y falta de pronunciamiento del pago indebido de anticipos.

2. Vulneración del art. 217 LEC, por error en la aplicación de la carga de la prueba en cuanto al deber esencial de información que se denuncia que no se ha cumplido por las demandadas, así como elemento esencial es la duración del derecho, y los recurrentes no saben si su derecho finaliza mañana, dentro de cinco, diez o mil años.

3. Infracción del art. 9 Ley 42/1998, en cuanto a la desatención del contenido mínimo que debe contemplar el contrato, pues de la prueba practicada ha quedado acreditado el incumplimiento del deber de información que debió ser atendido por las demandadas, la falta de información es un incumplimiento grave que lleva a la nulidad radical del contrato conforme al art. 1.7 Ley 42/1998. También se hace una errónea interpretación de la norma en cuanto al límite temporal fijado en el art. 3.

El segundo, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, se denuncia la infracción del art. 24 CE, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por una nula valoración de la prueba, en concreto se reconoce la validez de unos anexos para entender que se ha cumplido con el deber de información, no consta en lo autos datos tales como la identificación específica del inmueble, la fecha de finalización de la obra al objeto de conocer el tiempo de duración del derecho adquirido. El juzgador da por válida la mera aportación de unos índices, que



además se reconoce no forman parte integrante del propio contrato, siendo por tanto valoración arbitraria y absurda en fundamento con la seguridad jurídica.

El recurso de casación tiene cuatro apartados.

1. La consecuencia jurídica que implica la falta de determinación del inmueble en lo que se denomina apartamento «flotante» o a veces «super red». La indefinición del objeto habrá que plantearse si implica una falta de un elemento esencial conforme al art. 1261 CC , porque no concurre un objeto determinado, y por ello al no haberse informado sobre un elemento esencial esto implica la falta de consentimiento válidamente prestado.

Sentencias que declaran que en el sistema de *flouting* la indeterminación del objeto debe ser considerado como una falta absoluta de objeto, sentencias A.P. de Madrid, Sección 18.ª, de 1 de febrero de 2009 , y 7 de mayo de 2009 , sentencias de la A.P. de Valladolid, Sección 3.ª, de 1 de diciembre de 2009 y de 10 de noviembre de 2009 .

Frente a esta posición están las sentencias de la Sección 4.ª, como son la sentencia recurrida 7 de julio de 2014 , y la sentencia de 7 de noviembre de 2013, rollo 708/12 , 17 de diciembre de 2013 rollo 413/2012 .

2. La consideración o no de los anexos como parte integrante del contrato para dar por cumplido el deber de información con la incorporación de los mismos con fundamento en la infracción de los arts. 8 y 9 Ley 42/1998 , en relación con el art. 1.7 Ley 42/1998 .

Plantean los recurrentes que el déficit de información grave, no suplido por los anexos es motivador de nulidad radical en atención al art. 1.7 de Ley 42/1998 y el art. 6.3 y 1261 del CC , pues el art. 10.2 Ley 42/1998 , solo procede aplicarlo cuando de lo actuado se desprende algún déficit en la información, esto es, en los supuestos de incumplimiento menor o residual, como dice el propio artículo cuando se omite alguna información. La falta grave de información en los elementos esenciales, como la duración del contrato y demás datos relevantes del negocio jurídico, no se trata de una cuestión residual sino que se conecta con el art. 1.7 Ley 42/1998 que prevé la nulidad radical, o bien puede implicar la falta de consentimiento a un elemento esencial con la consecuencia de la nulidad radical también al amparo del art. 1261 del CC .

En relación con esta cuestión los recurrentes mantienen que existe jurisprudencia contradictoria entre audiencias provinciales, citan por un lado las sentencias que declaran la nulidad por falta de información básica, las sentencias de la Sección 4.ª, Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, de fechas 28 de septiembre de 2013 y 21 de febrero de 2013 ; frente a la posición que mantiene la presente sentencia recurrida, y las sentencias de siete de noviembre de 2013 , y 16 de diciembre de 2013 de la misma Sección 4.ª .

La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de fechas 10 de noviembre de 2009 y 1 de diciembre de 2009 , declaran la nulidad radical.

3. La consecuencia jurídica que se desprende del incumplimiento del art. 3 de Ley 42/1998 , en cuanto no se contempla el plazo impuesto en la norma para la duración del régimen.

A favor de la nulidad por esta causa, se citan las sentencias, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, de 21 de febrero de 2013 y 10 de mayo de 2013 . Resuelven también a favor de la nulidad, la Sección 21.ª, de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de mayo de 2012, y la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de septiembre de 2012.

En contra de la nulidad resuelven las sentencias recurridas de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, de 7 de noviembre de 2013 y 16 de diciembre de 2013 .

4. La consecuencia jurídica del incumplimiento de la prohibición de recibir anticipos, contenida en el art. 11 Ley 42/1998 .

La Sección 4.ª de las Palmas de Gran Canaria, venía considerado la consecuencia jurídica de la nulidad, y por ello la obligación de devolución del duplo de lo pagado de forma anticipada en contra de la norma.

La Sección 4.ª, de las Palmas de Gran Canaria, también declaró no haber lugar a la nulidad, no condenando a nada aun cuando se hubieran probado el pago de anticipos por considerar la acción prescrita y sometida al plazo de tres meses.

La Sección 5.ª, de las Palmas de Gran Canaria otorga a los adquirentes la devolución de lo pagado anticipadamente, pero no el duplo, en tanto no se da la nulidad contractual, sino solo la del indebido pago.

Citan entre otras las sentencias de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, de 11 de junio de 2014, rollo 902/2011 , sentencia de 3 de mayo de 2014, rollo 160/2012 , sentencia de 14 de mayo de 2014, rollo 586/2012 . Sentencias de la Sección 5.ª, de 12 de mayo de 2014, rollo 548/2012 , 15 de mayo de 2014, rollo 601/2012 y 28 de enero de 2014, rollo 363/2012 .

**Recurso extraordinario por infracción procesal.**

SEGUNDO .- Motivo primero. Infracciones de las normas procesales reguladoras de la sentencia, art. 469.1 de la LEC .

1.- Infracción del deber de congruencia. Art. 216 y 218 de la LEC . Se sucede una grave infracción de los deberes impuestos en cuanto a la congruencia de la sentencia, a la vista de no corresponder el pronunciamiento con los *petitums* del proceso, así como tampoco con sus fundamentos jurídicos y de hechos.

2.- Vulneración del art. 217 LEC , error en la aplicación de la carga de la prueba. Siendo objeto de la demanda la nulidad, a la vista de la grave omisión en cuanto al deber de información que de forma expresa exige la norma especial (art. 9 de la Ley 42/98 de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles), basa la demandada su defensa casi de forma exclusiva en haberse cumplido con tal deber de información lo cual no se prueba de forma alguna, dando sin embargo valor probatorio a las manifestaciones infundadas y parciales vertidas de contrario.

3 (numerado en el escrito con otro 2).- Al respecto de la errónea interpretación de la norma especial. Ley 42/98 de Aprovechamiento por Turnos. Respecto de la nulidad por falta de información esencial. Vulneración del art. 9 de la Ley 42/98 , en cuanto a la desatención del contenido mínimo que ha de contemplar el contrato, vulnerando además con ello el art. 1.7 de la misma norma en relación con el art. 6.3 del Código Civil , ambos contemplan la consecuencia última de nulidad a la que ninguna atención se ha prestado.

TERCERO .- *Decisión de la Sala* .

Se desestima el motivo.

1. La sentencia recurrida se limita a transcribir anteriores sentencias de dicho tribunal asumiendo lo acordado en la instancia, dada la multitud de asuntos similares que deben recaer sobre dicho órgano judicial, si bien es deseable una respuesta puntual y no *per relationem* pese a lo cual en la sentencia recurrida se cumplen unos mínimos de congruencia y de motivación (arts. 216 y 218 LEC).

2. Si la información contenida en el contrato se ajusta a los parámetros de la Ley 42/1998 es una cuestión sustantiva ajena al ámbito procesal, por lo que no puede ser impugnada en este recurso bajo la cobertura de la carga de la prueba, pues se trata de cuestión relativa a la interpretación de la norma y del contrato.

3. La invocada interpretación desviada del art. 9 de la Ley 42/1998 , al igual que lo antes dicho, no cumple los parámetros del art. 469 de la LEC al ser una cuestión de interpretación de una norma sustantiva y no procesal.

CUARTO .- Motivo segundo. Vulneración, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en el art. 24 de la Constitución . Art. 469.1.4.º de la LEC .

Se denuncia la infracción del art. 24 CE , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por una nula valoración de la prueba, en concreto se reconoce la validez de unos anexos para entender que se ha cumplido con el deber de información, no consta en lo autos datos tales como la identificación específica del inmueble, la fecha de finalización de la obra al objeto de conocer el tiempo de duración del derecho adquirido. El juzgador da por válida la mera aportación de unos índices, que además se reconoce no forman parte integrante del propio contrato, siendo por tanto valoración arbitraria y absurda en fundamento con la seguridad jurídica.

QUINTO .- *Decisión de la sala* .

Se desestima el motivo.

Nuevamente se incumple el art. 469 LEC por el recurrente, pues no se puede confundir el pretendido error en la apreciación de la prueba con una cuestión relativa a si el contrato contiene o no todos los parámetros informativos que exige la Ley 42/1998.

Recurso de casación.

SEXTO .- Motivo primero. Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , en tanto existen criterios contradictorios a lo largo de las distintas AAPP, al respecto de la consideración jurídica que se le da a la venta de lo que se denomina por las comercializadoras de este tipo de productos, sistema *flouting* . Se somete a contradicción la divergencia interpretativa, con encontrada, al respecto de las consecuencias jurídicas de la falta de atención a la determinación del objeto contractual con fundamento en el art. 1 de la Ley 42/98, de Derechos de Aprovechamiento de Bienes Inmuebles .

Se plantea la consecuencia jurídica que implica la falta de determinación del inmueble en lo que se denomina apartamento «flotante» o a veces «super red». La indefinición del objeto habrá que plantearse si implica una falta de un elemento esencial conforme al art. 1261 CC , porque no concurre un objeto determinado, y por



ello al no haberse informado sobre un elemento esencial esto implica la falta de consentimiento válidamente prestado.

Sentencias que declaran que en el sistema de *flouting* la indeterminación del objeto debe ser considerado como una falta absoluta de objeto, sentencias A.P. de Madrid, Sección 18.^a, de 1 de febrero de 2009, y 7 de mayo de 2009, sentencias de la A.P. de Valladolid, Sección 3.^a, de 1 de diciembre de 2009 y de 10 de noviembre de 2009.

Frente a esta posición están las sentencias de la Sección 4.^a, como son la sentencia recurrida 7 de julio de 2014, y la sentencia de 7 de noviembre de 2013, rollo 708/12, 17 de diciembre de 2013 rollo 413/2012.

SÉPTIMO .- *Decisión de la sala* .

Se estima el motivo.

En primer lugar, no se aprecia causa de inadmisibilidad alguna, al concurrir un claro interés casacional, ante la divergencia de soluciones entre las diferentes audiencias provinciales, como se evidencia por las sentencias que se citan, a saber de 1 de febrero de 2009 de la sección 18.^a de la AP de Madrid; 7 de mayo de 2009 de la Sección 18.^a de la AP de Madrid; 1 de diciembre y 10 de noviembre de 2009 de la sección 3.^a de la AP de Valladolid; 10 de noviembre de 2010 de la Sección 3.^a de la AP de Baleares y 15 de enero de 2007 de la sección 4.^a de la AP de Málaga.

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» junto con un derecho de aprovechamiento por turno, 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» (Sentencia núm. 568 de 28 de septiembre de 2016).

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 caso de nulidad de pleno derecho, según lo dispuesto en el citado artículo 1.7 de la Ley 42/1998, pues la suite que parcialmente se adquiere es flotante, es decir, puede variar, y el período se denomina semana «super roja», lo que acarrea una indeterminación en el objeto transmitido que la propia Ley 42/98 y el art. 1273 del C. Civil, sancionan con la nulidad del contrato.

OCTAVO .- La estimación del motivo primero, exime del análisis del resto pues se estimaría la petición principal de la demanda, siendo las demás meramente subsidiarias.

Los demandantes solicitaron en su demanda la devolución, por razón de este contrato, de la cantidad total entregada de 46.250,92 libras esterlinas. La demandada ha puesto de manifiesto cómo los demandantes han podido disfrutar de las prestaciones propias del contrato durante 8 años (2002-2009), habiendo encadenado contratos sucesivamente novados desde el año 2000, si bien la primera ocupación contractualmente pactada data de 2002 (documentos núm. 2, 3, 4, 5, 8 y 9 de la contestación a 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 ocho 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 únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los 42 años no disfrutados (concretamente 38.850,77 libras esterlinas), 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, acogándose así el primero de los pedimentos del «suplico» de la demanda en cuanto al contrato de que se trata sin necesidad de entrar en la consideración de las pretensiones formuladas con carácter subsidiario.

NOVENO .- Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

No se efectúa expresa imposición de las costas del recurso de casación (art. 394 y 398 LEC).

Se imponen a las demandadas las costas de la primera instancia, al ser la estimación sustancial.

No procede imposición a los Sres. Ramón Rosa de las costas de 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- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal. **2.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Ramón y Dña. Rosa, contra sentencia de 3 de julio 2014 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, recaída en el PO 1306 de 2010. **3.º**- Casar la sentencia recurrida, en el sentido de estimar en parte la demanda interpuesta por D. Ramón y Dña. Rosa. **4.º**- Se declara la nulidad del contrato de 7 de junio de 2006, celebrado entre las partes (NUM000). **5.º**- Se condena a la parte demandada al pago a los demandantes de 38.850,77 (treinta y ocho mil ochocientos cincuenta con setenta y siete) libras esterlinas más los intereses legales desde la interposición de la demanda. **6.º**- Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. **7.º**- No ha lugar a la imposición de costas de la casación. **8.º**- No procede imposición a los Sres. Ramón Rosa de las costas de la apelación. **9.º**- Se imponen a las demandadas las costas de la primera instancia. **10.º**- Se acuerda la devolución del depósito para recurrir en casación y la pérdida del constituido para recurrir por infracción procesal. 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.