



SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 5ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 15
Fax.: 928 42 97 75
Email: s05audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación
Nº Rollo: 0000818/2017
NIG: 3501942120160002708
Resolución: Sentencia 000254/2019

Proc. origen: Procedimiento ordinario N° proc. origen:
0000407/2016-00
Juzgado de Primera Instancia N° 4 de San Bartolomé de
Tirajana

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Apelado	[REDACTED]	Miguel Rodríguez Ceballos	María Del Mar Montesdeoca Calderín
Apelado	[REDACTED]	Miguel Rodríguez Ceballos	María Del Mar Montesdeoca Calderín
Apelante	ANFI SALES S.L.	Javier De Andres Martínez	Antonio Carlos Vega Melián
Apelante	Anfi Resorts S.L.	Javier De Andres Martínez	Antonio Carlos Vega Melián

SENTENCIA

Il'tmos. Sres.-

PRESIDENTE: Don Víctor Caba Villarejo

MAGISTRADOS: Don Carlos García van Isschot
Don Miguel Palomino Cerro

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a 23 de mayo de dos mil diecinueve;

VISTAS por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia nº 151/2017, de 25 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de San Bartolomé de Tirajana en los autos de juicio Ordinario nº 0000407/2016-00, seguidos a instancia de **don [REDACTED]** **y doña [REDACTED]**, parte apelante/apelada, representada en esta alzada por la Procuradora doña María Del Mar Montesdeoca Calderín, y asistida por el Letrado don Miguel Rodríguez Ceballos contra las entidades mercantiles “**ANFI SALES, SL**” y “**ANFI RESORTS, SL**”, parte apelante/apelada, representadas, en esta alzada, por el Procurador don Antonio Carlos Vega Melián y asistidas por el Letrado don Javier de Andrés Martínez, siendo ponente el Sr. Magistrado don Carlos Augusto García van Isschot, quien expresa el parecer de la Sala.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



LDO.D.MIGUEL RODRIGUEZ CEBALLOS



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- EL TITULAR DEL JUZGADO de Primera Instancia nº 4 de San Bartolomé de Tirajana, Ilustrísimo Señor Magistrado don Carlos Suárez Ramos, dictó sentencia nº 000151/2017, de 25 de mayo, en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece: << Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por don [REDACTED] y doña [REDACTED] contra ANFI SALES S.L. y ANFI RESORT S.L., y ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda reconventional interpuesta por ANFI SALES S.L. y ANFI RESORT S.L. contra don [REDACTED] y doña [REDACTED]: 1.- Declaro la nulidad de los contratos de aprovechamiento por turnos suscritos por las partes de fecha 25 de marzo de 2009 (número AAAB09032506F) y de fecha 3 de abril de 2009 (número AAAB09040310F) 2.- Ordeno a ANFI SALES S.L. y a ANFI RESORT S.L. restituir a don [REDACTED] y doña [REDACTED] el precio pagado por los contratos, que es de 40.714 € (21.714 + 19.000) 3.- Ordeno a don [REDACTED] y doña [REDACTED] restituir a ANFI SALES S.L. el valor del tiempo efectivamente disfrutado en virtud del contrato, que se fija en 6.514,24 € (3.474,24 + 3.040). 4.- Declaro la compensación de las cantidades fijadas en los puntos segundo y tercero, y CONDENO solidariamente a ANFI SALES S.L. y a ANFI RESORT S.L. a pagar a don [REDACTED] y doña [REDACTED] la cantidad de treinta y cuatro mil ciento noventa y nueve euros con setenta y seis céntimos (34.199,76 €). Esta cantidad devengará el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda. 5.- Condono a don [REDACTED] y doña [REDACTED] a restituir el certificado de socio vinculado al contrato declarado nulo. 6.- Declaro que no procede la restitución de las cuotas de mantenimiento. 7.- Todo ello sin especial pronunciamiento en costas. Notifíquese esta sentencia a las partes>>.

SEGUNDO.- La referida sentencia nº 151/2017, de 25 de mayo, la recurrieron en apelación, por un lado, las demandadas/reconvinientes “ANFI SALES, SL” y “ANFI RESORTS, SL”, y, por otro lado, los demandantes/reconvenidos señores [REDACTED] interponiendo el correspondiente recurso de apelación con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo.

Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó respectivo escrito de oposición y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación; y ante la que se personaron, en tiempo y forma, dichos litigantes

TERCERO.- No habiendo solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista quedaron señalados los autos para deliberación, votación y fallo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre la duración del contrato y la ley aplicable. I. El primero de los motivos de apelación que formulan Anfi Sales SL y Anfi Resorts SL se apoya en haber obviado la resolución recurrida toda consideración en torno a la ley aplicable ya que, entienden las apeladas, ha de regir la resolución del conflicto la versión que del de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles hizo la Ley 4/2012 tal y como establece la disposición transitoria única, apartado tercero, de dicha norma.

No comparte, por tanto, la tesis del Tribunal Supremo de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 42/1998, precisamente por haber sido a su juicio derogada por la Ley de 2012, de modo que considera absolutamente legal el que los contratos celebrados durante la vigencia de la primera de las leyes mencionadas pudiesen ser de duración indefinida.

Subsidiariamente a lo anterior, consideran conforme a la ley la estipulación de un tiempo indefinido de duración al amparo de la Ley 42/1998, con cita de una sentencia dictada por esta Sala el 21 de abril de 2015.

II. Los apelados/apelantes el matrimonio [REDACTED], habida cuenta de que en el escrito de recurso se reproducen, literalmente, los mismos argumentos que en la contestación a la demanda, se remiten a lo resuelto en la resolución recurrida, favorable a las tesis por ellos hechas valer.

III. Como ya ha dicho esta Sala en resoluciones anteriores, las dudas sobre la interpretación conjunta de las disposiciones transitorias de la Ley de 2012 dieron lugar a un divergente tratamiento de la cuestión por parte de las secciones de esta Audiencia Provincial, si bien la sentencia del Tribunal Supremo de enero de 2015 fue contundente en su conclusión al respecto y dio prevalencia precisamente a una tesis contraria a la que seguía la Sala con anterioridad y que es la que precisamente se hace valer en el recurso. Así, en nuestra sentencia de 26 de febrero de 2018 -Rollo 793/2016- indicábamos en un supuesto similar que << ...en relación a la duración indefinida del régimen sobre el que se constituyó el derecho de los actores ciertamente esta Sección 5ª, y al contrario de la Sección 4ª, siempre ha mantenido distinta interpretación de la disposición adicional segunda (apartado 2 §3) de la LATBI que dispone:

«(...) En la escritura de adaptación, el propietario único del inmueble deberá describir el régimen preexistente y manifestar que los derechos que se van a transmitir en el futuro tendrán la naturaleza que resulte de aquél, [1] idéntica a la de los ya enajenados. Si desea comercializar los turnos aún no transmitidos como [2] derechos de aprovechamiento por turno deberá, además, constituir el régimen respecto de los períodos disponibles con los requisitos establecidos en esta Ley, pero sin necesidad de que el régimen se constituya sobre todo el inmueble, sino sólo respecto de los turnos no enajenados. Si desea [3] transformar todo el





régimen para convertirlo en un régimen de derechos de aprovechamiento por turno, tal y como lo regula la Ley, podrá hacerlo cumpliendo todos los requisitos establecidos en ésta, pero manteniendo la duración que tuviera el régimen preexistente, incluso si era indefinida» [Los números entre corchetes son nuestros al igual que el destacado].

Hemos considerado que dicha disposición venía a recoger las tres posibilidades de adaptación de un régimen preexistente; la primera [que entendíamos permitía el acotado anterior 1] en la que todo el régimen es idéntico al previamente constituido, esto es, en el que la enajenación de los derechos a transmitir en el futuro serán idénticos a los ya enajenados; la segunda [acotado 2] en el que el régimen sería dual al coexistir de un lado los aprovechamientos transmitidos antes de la adaptación con el régimen previo junto a los nuevos aprovechamientos transmitidos posteriormente [de ahí que la citada disposición establezca que "...sin necesidad de que el régimen se constituya sobre todo el inmueble, sino sólo respecto de los turnos no enajenados"] y, finalmente, [acotado 3] que todo el régimen se transforme al nuevo régimen de aprovechamiento que establece dicha Ley [supuesto éste en el que incluso la disposición permitía, así entendíamos, el mantenimiento de la duración que tenía en régimen preexistente, incluso si era indefinida].

El apartado 3 de dicha disposición transitoria segunda decía que «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, todos los regímenes preexistentes tendrán una duración máxima de cincuenta años, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, salvo que sean de duración inferior, o que hagan, en la escritura de adaptación, declaración expresa de continuidad por tiempo indefinido o plazo cierto» lo que la Sala venía entendiendo en el sentido de que en relación a la duración del régimen adaptado debía preverse expresamente en la escritura de adaptación su duración (incluso, en su caso, como indefinida) y que, en su defecto y salvo que el régimen preexistente fuera de duración inferior se reduciría a cincuenta años. De hecho la Exposición de Motivos de la LATBI nos ilustra diciendo que:

«(...) VII – En cuanto al régimen transitorio, trata de que la Ley sea aplicable, en cuanto a los regímenes existentes, a la promoción y transmisión de derechos que contienen la facultad de disfrutar de un alojamiento por un tiempo al año, estableciendo, además, para estos regímenes, en todo caso, la obligación de adaptarse en el plazo de dos años, a contar desde la entrada en vigor de la Ley. Naturalmente, la adaptación que exige la disposición transitoria segunda no pretende la transformación de los regímenes preexistentes, sino tan sólo que se dé publicidad a éstos y a su forma de explotación, con pleno respeto de los derechos ya adquiridos. Por eso, la disposición exige solamente los requisitos del art. 5 y no el cumplimiento de todas las obligaciones que la Ley impone al que se proponga constituir un régimen de derechos de aprovechamiento por turno, una vez que haya entrado en vigor y, aun aquéllos, sólo en la medida en que sean compatibles con la propia naturaleza del régimen preexistente» [El destacado es nuestro].

Sin embargo, nos hemos visto obligados a modificar el criterio anteriormente referido y considerar ahora la nulidad del contrato de "aprovechamiento por turno" celebrado una vez entrada en vigor la LATBI cuando, no obstante la adaptación del régimen preexistente, el nuevo turno sea enajenado en forma 'indefinida' en contradicción con el régimen temporal (de tres a cincuenta años) establecido en el art. 3.1 de dicha Ley, en los términos que así se dispuso en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2015, nº 774/2014 cuya doctrina se



mantiene constante hasta la actualidad siendo buena muestra la reciente STS de 30-1-2018, nº 49/2018, rec. 1977/2016 que señala que:

<<Esta sala ha reiterado que la fijación de un plazo en los contratos de transmisión de derechos de aprovechamiento por turno es un elemento esencial del contrato, exigido por el art. 3 y cuya falta determina la nulidad del contrato por aplicación del art. 1.7 de la Ley 42/1998.

Esta exigencia de determinación de la duración es aplicable a los contratos celebrados después de la entrada en vigor de la ley, como ya dijo la sentencia 192/2016, de 29 de marzo (seguida de otras muchas, como las sentencias 633/2016, de 25 de octubre, 516/2017, de 22 de septiembre y 629/2017, de 21 de noviembre, 633). Hasta el punto de que se aplica también, de acuerdo con lo previsto en las disposiciones transitorias de la ley, a los contratos celebrados con posterioridad en los que se transmitan por primera vez turnos no transmitidos con anterioridad (Sentencias 774/2014, de 15 de enero, 96/2016, de 19 de febrero de 2016).

La sentencia 192/2016, de 29 de marzo dijo:

«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».

En consecuencia, por este motivo, procede declarar la nulidad de los contratos litigiosos>>.

De conformidad con la tesis expuesta, este motivo ha de desecharse en aplicación de la doctrina fijada por Sala de Lo Civil del Tribunal Supremo de España al respecto, tratándose los dos contratos aquí litigiosos, respectivamente, de fechas **25 de marzo de 2009 (número AAAB09032506F) y tres de abril de 2009 (número AAAB09040310F)**, de la adquisición de derechos ambos **durante un periodo ilimitado de tiempo**, según la estipulación sexta de las condiciones de asociación al Anfi Beach Club.

SEGUNDO.- Sobre la indeterminación del objeto. Las mercantiles Anfi no recurren el razonamiento que aboca en la consideración de nulidad del contrato por falta de objeto que se contiene en la resolución recurrida, conjuntamente tratado en su fundamento jurídico primero



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



con la nulidad por no haberse concretado un plazo de duración contractual.

Los apelados, el matrimonio vascuence [REDACTED], recuerdan que el objeto era una indeterminada semana flotante y se remiten a lo resuelto en la resolución recurrida, acorde con la doctrina más actual acuñada por el Tribunal Supremo.

Aun cuando ya ha sido declarada la nulidad del contrato por otro motivo, también concurriría dicha declaración de ineficacia por la indeterminación del objeto. La Sala ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre esta concreta falta de determinación del objeto, la conocida modalidad "super red" de la que se sirven las apelantes en sus contratos, concluyendo en todos los casos la procedencia de la nulidad del contrato por indeterminación del objeto, tal y como acertadamente ha acordado el magistrado de primer grado. Así en la sentencia de 12 de enero de 2018 -Rollo 29/2016- decíamos

...el contrato adolece de falta del objeto previsto por la ley e incumple así la norma imperativa del artículo 9.1, apartado 3º, de la Ley 42/1.998, según el cual el contrato ha de contener necesariamente la «descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales y al turno que es objeto del contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina». La Ley 42/1998 no da cobertura a otro tipo de contrato como es el presente en que no se determina el alojamiento sobre el que recae; convenio que podría haber quedado amparado en la norma del artículo 1.255 del Código Civil si no fuera porque la propia ley lo prohíbe al sancionarlo con la nulidad (artículo 6.3 del Código Civil) en defensa de los derechos del consumidor. Dicha exigencia se contiene igualmente en el artículo 30.1.3º de la nueva Ley 4/2.012, de 6 de julio, que es la que rige en la actualidad dichos contratos. En concreto la sentencia antes referida de la sección cuarta y en la que era parte apelante las entidades hoy apeladas y en relación al mismo tipo de semana flotante en período rojo contratado expone que "La Sala, aplicando la reciente doctrina jurisprudencial expuesta, ha de confirmar la Sentencia apelada. El alojamiento indicado en el contrato NUM001 es de "categoría flotante". Aunque se señala que puede ser ocupado, en temporada "Super5 Roja", por cuatro personas y tiene un dormitorio, ello no colma las exigencias de precisión o especificación del alojamiento que es objeto del contrato (art. 9.1.3º de la Ley 42/1.998), necesarias, según el Tribunal Supremo, para que el negocio tenga el objeto previsto por la Ley. El "Certificado de Asociación" (documento 3 presentado con la demanda) se refiere al derecho a utilizar una suite "flotante", y el "Certificado de Afiliación" en Club Monte Anfi (documento 4 aportado con la demanda) alude al derecho a usar y disfrutar un apartamento de un dormitorio y "periodo semanal" - "unidad flotante temporada rojo super". Además, en la cláusula número tres del "contrato para viaje y reserva", celebrado el mismo día del negocio NUM001, se dice que "solamente se puede canjear este cupón mediante reserva por teléfono" (.), y que la "posibilidad de reserva depende de la disponibilidad". El que la actora se haya hospedado en Club Monte Anfi (en distintos alojamientos, como demostró la apelante - documento 8 aportado con la contestación a la demanda -) no puede convalidar el negocio que es nulo conforme a la reciente doctrina jurisprudencial expuesta.

De conformidad con la tesis expuesta, este motivo ha de desecharse en aplicación de la doctrina fijada por el Sala de lo Civil del Tribunal Supremo al respecto, tratándose los contratos aquí litigiosos de fecha 25 de marzo de 2009 de la adquisición del derecho a disfrutar una



semana flotante en el complejo “Anfi Beach Club”, en **una suite de número flotante**, del tipo “2 dormitorios **De Luxe**”, en una reserva de tipo “regular”, en temporada “flotante”, con día de llegada (lunes, sábado) y salida “, Lunes, Sábado”, “6” ocupantes y primera ocupación “2010”, en el contrato de fecha tresde abril de 2009, que concedía un alojamiento en el complejo Anfi Beach Club, una semana flotante en el complejo “Anfi Beach Club”, **en una suite de número flotante**, del tipo “2 dormitorios **Standard**”, en una reserva de tipo “regular”, en temporada “flotante”, con día de llegada (lunes, sábado) y salida “, Lunes, Sábado”, “6” ocupantes y primera ocupación “2010” .

TERCERO.- La cantidad a restituir como consecuencia de la declaración de nulidad. I. En lo que atañe a las consecuencias económicas derivadas de la nulidad, solicitan las mercantiles apelantes que, con revocación del pronunciamiento que desestima su demanda reconvenicional, se acoja su tesis de devolución de prestaciones por los apelados atendiendo al precio que hubiese abonado un tercero por el uso del inmueble, para cuya justificación aportaron las apelantes un informe pericial, con lo que se daría de tal modo cumplido acatamiento a lo previsto en el artículo 1303 del Código Civil en lo que refiere a la restitución de la cosa con sus frutos.

II. Los apelados, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo establecida al respecto que consagra la aplicación de la regla proporcional entre precio de contrato, cincuenta y anualidades de disfrute, se muestran conformes con lo resuelto en la resolución recurrida.

III. Y también la Sala. Como decíamos en nuestra sentencia de 30 de noviembre de 2016 (núm. 443/2016; rec: 455/2015 - ROJ: SAP GC 1855/2016 - ECLI:ES:APGC:2016:1855)

...declarada la nulidad del contrato (...) y aplicadas las consecuencias de retroacción de prestaciones del art. 1303 del CC, procede el reintegro a los recurrentes de las cantidades percibida por la sociedad demandada Anfi Sales SL por razón del contrato anulado, esto es de la cantidad de (...).

Ahora bien para evitar el enriquecimiento injusto que supone la restitución del precio abonado por los actores sin tomar en consideración el valor de uso de los periodos vacacionales disfrutados por los demandantes pues como expresa el TS aunque conforme al art. 1.7 de la Ley 42/98 debe dejarse indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido del contenido del contrato que no cumple con las prescripciones legales, los recurrentes han podido disfrutar del alojamiento que el contrato les ofrecía, por lo que el reintegro de las cantidades satisfechas no ha de ser total sino proporcional al tiempo que deba restar de vigencia del contrato teniendo en cuenta su duración máxima de 50 años conforme a la operación aritmética que el TS viene realizando.

En su consecuencia, de la cantidad satisfecha por los actores únicamente habrá de ser reintegrada la que proporcionalmente corresponda por los años pendientes de disfrutar, partiendo de su duración máxima de cincuenta años [...]Y es que el Tribunal Supremo Sala, en Sentencia de 7 de julio de 2016 (nº 462/2016, rec. 1520/2014 - ROJ: STS 3121:2016, ECLI: ES:TS:2016:3121) razonó que:

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 tres 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.

La sentencia de primer grado ha observado la doctrina antes expuesta por lo que el motivo ha de decaer, debiéndose confirmar la desestimación de la reconvención formulada por las apelantes.

CUARTO.-I. Como último motivo de apelación de las mercantiles Anfi invocan estas un “Ejercicio antisocial de los derechos. Teoría de los actos propios. Abuso de derecho” atendiendo a la existencia de una relación jurídica de varios años de duración “sin problema alguno...sin haberse puesto de manifiesto queja alguna”.

II. Los apelados no considera la alegación un verdadero motivo de apelación puesto que reproduce el contenido de lo aducido en su contestación a la demanda.

III. Mas esta alegación, no contemplada en la resolución recurrida y reproducida en varios recursos de los que la Sala ha tenido ocasión de conocer recientemente, ha sido analizada y desechada en nuestra sentencia del 17 de julio de 2018 -Rollo 493/2017- con el siguiente argumento:

Sostiene la apelante que las partes suscribieron un acuerdo hace muchos años cuyo contenido se ha prolongado durante todo este tiempo sin haberse puesto de manifiesto queja alguna y que, ahora, en contra de sus propios actos, los actores instan la nulidad de un contrato del que han venido disfrutando plenamente durante tantos años en claro “retraso desleal” y “ejercicio antisocial de un derecho”.

El motivo ha de ser rechazado. La STS de 7 de abril de 2015 (nº 187/2015, rec. 937/2013) con cita en la de 16 de febrero de 2012, citada por razón que «la jurisprudencia en torno a la doctrina de los actos propios, cuya base legal se encuentra en el artículo 7.1 CC, con carácter general, exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: i) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; ii) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; iii) que el acto sea concluyente e indubitado, constitutivo de la expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto. Pero como presupuesto esencial para su aplicación, resulta imprescindible que el acto sea susceptible de ser confirmado. Como expone la parte recurrente, la jurisprudencia de esta Sala establece que sólo son susceptibles de ser confirmados los contratos que reúnan los requisitos del artículo 1261, a saber los elementos esenciales, consentimiento, objeto y causa, en definitiva, la doctrina de los actos propios, no es aplicable en materia de nulidad (SSTS 10 de junio y 10 de febrero de 2003 (RC n.º 3015/1997 y RC n.º 1756/1997).....».

Por lo demás tampoco cabe apreciar “retraso desleal” en el ejercicio de la acción pues como recuerdan las SSTS de 15 de junio de 2012 (399/2012) y de 1 de abril de 2015 (163/2015), el retraso desleal, que opera necesariamente antes del término del plazo de prescripción extintivo de la acción, encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen



una contravención del principio de buena fe (art. 7.1 CC). De forma que para su aplicación se requiere, aparte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un transcurso dilatado de un periodo de tiempo, una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito. Confianza que debe surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor a tal efecto. Este último requisito no puede predicarse en relación a los actores al no haber ejercitado acto propio alguno que genere dicha confianza y sin que el hecho de disfrutar de las contraprestaciones derivadas del contrato mientras no se constata su nulidad radical pueda suponer dicha confianza siendo que, insistimos, ningún acto propio podría convalidar un negocio nulo de pleno derecho.

QUINTO.- El recurso de apelación interpuesto por los actores contra la sentencia de primera instancia es referido a la falta de condena al pago de las costas procesales de la primera instancia considerando que su demanda debe ser íntegramente estimada y, por ello, imponérselas a la parte demandada, conforme al art. 394 LEC, y a las consecuencias económicas de la nulidad del contrato declarada expresando que se han de incluir los Maintenance fees, es decir, las cuotas de mantenimiento anuales.

Motivo de apelación referido a las tales cuotas que se desestima.

Las cuotas de mantenimiento no forman parte del precio del contrato y el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias de sus sentencias sobre ello excluyendo de las consecuencias de la nulidad del contrato el importe de los gastos de mantenimiento abonados durante la vigencia del mismo.

Así, en su resolución de 27 de septiembre de 2017 expone que “Como esta sala ha reiterado, 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 disfrutado durante varios años de las prestaciones que la demandada 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, excluyéndose además cualesquiera gastos de mantenimiento y servicio propios de la utilización”.

De manera que la única consecuencia que la nulidad tiene en relación a las cuotas de mantenimiento consiste en declarar que ya no son exigibles en el futuro.

SEXTO.- En lo que atañe al cálculo de la compensación económica por disfrute según el criterio del TS - que los actores desarrollaban y propugnaban en su demanda misma-, los clientes apelantes aducen que hubo error en esa operación al considerar el Juez que el contrato duró ochos años (2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017) siendo más cierto que la duración evidenciose que había sido de siete años, porque el escrito de demanda lo presentaron en mayo de 2016, y los disfrutes estaban concertados para junio y julio



siguientes, y se documentó mediante correos electrónicos que las demandadas les negaron el uso de esos derechos en el año 2017.

La contraparte ha eludido manifestarse sobre este extremo, en su escrito de oposición al recurso, y el Juez, en su auto de 21 de junio de 2017, argumentó que la determinación del tiempo de efectivo disfrute del contrato, presentaba la dificultad de que el contrato estaba sometido al sistema de semana flotante, empero los emails cruzados entre los socios con Daniel Armas Blasco y Malena Correa (ambos de Anfi Vacation Club) revelaban ciertamente que, a lo largo de diciembre de 2016 y enero de 2017, la ocupación para marzo de 2017 había sido infructuosa por permanente falta de disponibilidad; tales documentos se incorporaron sin impugnación formal, en el acto de la audiencia previa del 25 de mayo de 2017, y se acompañaron para demostrar la indeterminación del objeto y que el derecho a usar la semana estaba condicionado a la disponibilidad de las codemandadas, denunciada en el expositivo fáctico tercero del escrito de demanda.

En el fundamento de derecho decimoquinto de la sentencia, de fecha 25 de mayo de 2017, el Juez argumentó que los clientes todavía no habían tenido ocasión de disfrutar su semana del año 2017.

En el subsiguiente escrito, de fecha 31 de mayo de 2017, los clientes arguyeron que declarada por esa misma sentencia la nulidad de los contratos, a la altura del año en que se encontraban y vista la falta absoluta de disponibilidad, ya no hubieran podido disfrutarse las semanas de ocupación en junio y julio de ese año; siendo este dato no controvertido, ante el silencio elocuente de la contraparte, se está en el caso de estimar el motivo y fijar en 35.014,04 euros – como cantidad calculada sin rebatir de contrario en cuanto a su corrección aritmética y conforme a la variante de siete anualidades- la compensación económica, superando los 34.1199,76 euros fijados en el fallo, para ocho anualidades de disfrute, siendo las efectivamente disfrutadas siete, porque ANFI vedó cualquier disponibilidad para todo el año 2017, más allá incluso del momento de recaer sentencia definitiva en la instancia, como lo evidenciaron la correspondencia electrónica y así lo refrendó su silencio ante las alegaciones del apelante.

SÉPTIMO.- En lo que concierne a las costas de la reconvencción ha de observarse que el Juez consideró que no había sido íntegramente desestimada la reconvencción de ANFI <<dado que se condenaba entregar a los demandados una cantidad en compensación por el disfrute, aunque sea inferior a la pedida>> pero, en el caso que hoy se vuelve a examinar, resulta que la restitución económica acogida en la sentencia de la primera instancia lo fue acorde a los términos del suplico y a los términos del contenido del escrito de demanda (salvo en el cómputo de anualidades que aquí se ha enmendado favorablemente para los clientes) en el que se desglosaba y calculaba, conforme a la, desde hace tiempo (desde la STS de 29/03/2016) constante regla de tres del TS, la consecuencia de la restitución económica de prestaciones, y las demandadas se empeñaron, en su reconvencción, en hacer prevalecerla ya tantas veces desestimada, por esta y por las demás secciones de la Audiencia Provincial de Las Palmas, tesis de la pericial del economista señor Febles, habiendo, además, el Juez expresamente explicado que la restitución del certificado de miembro, interesada en la demanda de reconvencción, no había en principio, razón alguna económica para acordarla estando tal documento ya incorporado en autos, con el escrito de demanda, para ser convenientemente entregado a la demandada ANFI, la cual, obviamente, no iba a reconocer la



posición jurídica de un tercero que pudiera presentarse con el certificado nominativo anulado, vetando así que se emplee como una suerte de título valor, a los efectos de la transmisión y gravamen del aprovechamiento.

Por todo ello estimamos el motivo del recurso de apelación y condenamos a las codemandadas a pechar con las costas de su demanda reconvenicional desestimada en la primera instancia, conforme autoriza el artículo 394.1 de la Ley de enjuiciamiento civil.

ÚLTIMO. Costas. I. Las costas derivadas del recurso formulado por Anfi Sales SL y Anfi Resorts SL serán asumidas por estas recurrentes, ex artículo 398.1º de la LEC.

Las ocasionadas por el recurso del señor [REDACTED] y de la señora [REDACTED], no son objeto de especial imposición, al haber prosperado en parte su apelación, conforme al apartado segundo de aquel mismo precepto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO: Que desestimando el recurso de apelación formulados por “ANFI SALES, S.L.” y “ANFI RESORTS, S.L.” y estimado en parte el asimismo formulado por don [REDACTED] y doña [REDACTED] contra la sentencia nº 151/2017, de 25 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de San Bartolomé de Tirajana, en los autos de juicio Ordinario nº 407/2016-00, debemos revocar dicha resolución, y en su lugar dictamos la presente por la que < Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por don [REDACTED] y doña [REDACTED] contra ANFI SALES S.L. y ANFI RESORT S.L., y ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda reconvenicional interpuesta por ANFI SALES S.L. y ANFI RESORT S.L. contra don [REDACTED] y doña [REDACTED]

1º.- Declaramos la nulidad de los contratos de aprovechamiento por turnos suscritos por las partes de fecha 25 de marzo de 2009 (número AAAB09032506F) y de fecha 3 de abril de 2009 (número AAAB09040310F)

2.- Ordenamos a “ANFI SALES, S.L.” y “ANFI RESORTS, S.L.” restituir a don [REDACTED] y doña [REDACTED] el precio pagado por los contratos, que es de 40.714 €.

3.- Ordenamos a don [REDACTED] y doña [REDACTED] restituir a “ANFI SALES, S.L.” el valor del tiempo efectivamente disfrutado en virtud del contrato, que se fija en 5.699,96 €.

4º.- Declaramos la compensación de las cantidades fijadas en los puntos segundo y tercero, y CONDENAMOS solidariamente a “ANFI SALES, S.L.” y “ANFI RESORTS, S.L.” a pagar a don [REDACTED] y doña [REDACTED] treinta y cinco mil catorce euros con cuatro céntimos (35.014,04 €), cantidad que devengará el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



5°.- Condenamos a don [REDACTED] y doña [REDACTED]

a restituir el certificado de socio vinculado al contrato declarado nulo.

6°.- Declaramos que no procede la restitución de las cuotas de mantenimiento.

7°.- Sin especial pronunciamiento en costas respecto de la demanda del señor [REDACTED]

y de la señora [REDACTED], ni las derivadas de la tramitación de su recurso de apelación.

8°.-Condenamos a “ANFI SALES, S.L.”y “ANFI RESORTS, S.L.” a pechar con las costas de su demanda reconvenzional y con las derivadas de la tramitación de su recurso de apelación.

Llévese certificación de la presente Sentencia al rollo de esta Sala y a los autos de su razón y notifíquese a las partes haciéndolas saber que contra la misma podrá interponerse recurso de casación exclusivamente por interés casacional (art. 4772.3º LEC), al haberse seguido el procedimiento por razón de la materia y/o por cuantía inferior a 600.000,00 € y, en su caso, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal (por los motivos dispuestos en el art. 469 LEC). Deberá interponerse ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de esta sentencia, y cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo, debiéndose cumplir los requisitos previstos en el Capítulo IV –en relación con la Disposición Final decimosexta– y en el Capítulo V del Título IV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al tiempo de interponerse será precisa, bajo perjuicio de no darse trámite, la constitución de un depósito de cincuenta euros, por cada uno de los recursos interpuestos, debiéndose consignar en la oportuna entidad de crédito y en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» abierta a nombre de este Tribunal, lo que deberá ser acreditado.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.