



Id Cendoj: **35016370042018100351**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **4**

Fecha: **22/06/2018**

Nº de Recurso: **785/2017**

Nº de Resolución: **381/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARGARITA HIDALGO BILBAO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 00

Fax.: 928 42 97 74

Email: s04audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000785/2017

NIG: 3501942120160002570

Resolución: Sentencia 000381/2018

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000371/2016-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de San Bartolomé de Tirajana

Perito: Gonzalo

Apelado: Justino ; Abogado: Miguel Rodriguez Ceballos; Procurador: Maria Del Mar Montesdeoca Calderin

Apelado: Adelaida ; Abogado: Miguel Rodriguez Ceballos; Procurador: Maria Del Mar Montesdeoca Calderin

Apelante: Anfi Sales S.L.; Abogado: Javier De Andres Martinez; Procurador: Antonio Carlos Vega Melian

Apelante: anfi resorts s.l.; Abogado: Javier De Andres Martinez; Procurador: Antonio Carlos Vega Melian

#### **SENTENCIA**

Illtmos. Sres.

Presidente

D.Dª. JUAN JOSÉ COBO PLANA

Magistrados

D./Dª. JESÚS ÁNGEL SUÁREZ RAMOS

D./Dª. MARGARITA HIDALGO BILBAO (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 22 de junio de 2018.

Vistas por esta Sección 4ª de la Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto por ANFI SALES S.L., y ANFI RESORTS S.L., representadas en esta alzada por el Procurador D. ANTONIO CARLOS VEGA MELIÁN y defendidas por el Letrado D. JAVIER DE ANDRÉS



MARTÍNEZ contra D. Justino y Dña. Adelaida , representados en esta alzada por la Procuradora Dña. MARÍA DEL MAR MONTESDEOCA CALDERÍN y defendidos por el Letrado D. MIGUEL RODRÍGUEZ CEBALLOS, siendo Ponente la Sra. Magistrada Dña. MARGARITA HIDALGO BILBAO, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Bartolomé de Tirajana en el juicio ordinario nº 371/2016 se dictó sentencia de fecha 30 de junio de 2017 cuya parte dispositiva literalmente establece:

Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta en nombre de D. Justino y D<sup>a</sup> Adelaida contra ANFI SALES S.L. y ANFI RESORTS S.L. y desestimando la reconvencción formulada de contrario:

1.-Declaro la nulidad del contrato suscrito entre las partes en fecha 15 de abril de 2002 ( NUM000 ), quedando a disposición de la parte demandada los derechos transmitidos por ella a los actores en dicho contrato.

2.-Condeno solidariamente a las demandadas a pagar a los actores 19.314 libras esterlinas más el interés legal devengado desde la presentación de la demanda (el día 3 de mayo de 2016).

Sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas por la demanda, y con imposición a las actoras reconvenccionales de las costas causadas por su reconvencción.

SEGUNDO.- La referida sentencia, se recurrió en apelación por la parte demandada ANFI SALES S.L. y ANFI RESORTS S.L., al que se opone el actor D. Justino y D<sup>a</sup> Adelaida . Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló para discusión, votación y fallo, siendo ponente D<sup>a</sup>. MARGARITA HIDALGO BILBAO, que expresa el parecer de la sala. Que ha sido modificado al ser el día 25 de junio fiesta local de la ciudad.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora, D. Justino y D<sup>a</sup>. Adelaida una acción de nulidad y reclamación de cantidad solicitando se dicte sentencia en la que se declare:

1.-La nulidad del contrato suscrito por las partes de fecha 15 de abril de 2002, con obligación solidaria de las demandadas de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, deducido o compensado el disfrute de sus derechos, es decir, 19.314 libras (26.100 libras abonadas por el contrato menos 6,786 libras calculadas por el disfrute, conforme al criterio del Tribunal Supremo), así como la cantidad de 11.317,61 libras abonadas, como mínimo, por mis mandantes en concepto de cuotas anuales de mantenimiento, ascendiendo el total reclamado a la suma de TREINTA MIL SEISCIENTOS TREINTAIUNA LIBRAS CON SESENTAIÚN PENIQUES (30.631,61 libras); más los intereses devengados desde la interposición de la demanda, sin perjuicio de que el Juzgador, de oficio, entienda que es de aplicación la regla del artículo 1.303 C.C. y conceda los intereses desde la fecha de suscripción del contrato.

La demandada después de contestar a la demanda formulo reconvencción solicitando:

1 Se condene a los demandados a la devolución de los Certificados de socio a mis mandantes.

2 Se condene a los demandados al pago por éstos a mis representadas, de la cantidad mayor, y subsidiariamente a la cantidad menor, que resulte de los dos métodos de valoración empleados en el informe pericial aportado y en su ampliación anunciada en esta demanda, del derecho de uso disfrutado o que hubiese podido disfrutar valorado, hasta la fecha del informe pericial, o pueda disfrutar hasta que se dicte Sentencia.

La demanda se estimo parcialmente y la reconvencción se desestimo parcialmente , interponiendo recurso la demandada ANFI SALES S.L. y ANFI RESORTS S.L.

SEGUNDO.- La demandada ANFI SALES S.L. y ANFI RESORTS S.L, señala como primer motivo del recurso en que el contrato no es nulo pues la ley 42/1998 permite, contratos de duración indefinida.

Señalar que la ley aplicable a este contrato es la vigente en el momento de su celebración, y el 15 de abril de 2002, no estaba en vigor la ley del 2.012 por lo tanto la aplicable es la ley del 98.

" Disposición transitoria segunda. Regímenes preexistentes.



1. Los regímenes preexistentes de derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles, construidos o en construcción, durante un período determinado o determinable del año, cuya constitución conste de cualquier forma admitida en derecho deberán adaptarse, en el plazo de dos años, a las disposiciones de la presente Ley.

Si el régimen preexistente estuviera inscrito, se podrá solicitar del registrador el informe no vinculante a que se refiere el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, sobre la forma en que ha de realizarse la adaptación.

Transcurridos los dos años, cualquier titular de un derecho, real o personal, relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable del año, podrá instar judicialmente la adaptación prevenida en la presente disposición.

2. Para esta adaptación será necesario, en todo caso, otorgar la escritura reguladora con los requisitos del artículo 5 que sean compatibles con la naturaleza del régimen e inscribirla en el Registro de la Propiedad, a los solos efectos de publicidad y con pleno respeto a los derechos adquiridos. De los contratos a que se refiere el artículo citado

sólo deberán incorporarse los que existan en el momento de la adaptación. La escritura deberá ser otorgada por el propietario único del inmueble.

Si el régimen preexistente se constituyó de tal modo que los titulares de los derechos son propietarios del inmueble por cuotas indivisas que llevan aparejado el disfrute de un turno determinado, la escritura de adaptación deberá ser otorgada por el presidente de la comunidad de propietarios, previo acuerdo de la propia comunidad adoptado por mayoría simple de asistentes a la Junta que se convoque al efecto.

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, idéntica a la de los ya enajenados. Si desea comercializar los turnos aún no transmitidos como 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 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.

3. 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".

Estamos ante un régimen preexistente anterior a la ley de 1998 y adaptado, y transmitido el derecho en el año 2.002, por lo que le es esencialmente aplicable esta disposición en el siguiente apartado.

Si desea comercializar los turnos aún no transmitidos como 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.

Estamos ante un turno transmitido vigente la ley de 1998 y le es aplicable su régimen.

Es mas los regímenes preexistente ante de la entrada en vigor de la ley 1998, con relación a los turnos no vendidos solo los podrán enajenar con los requisitos establecidos en la mimas.

Luego no puede existir un régimen preexistente, a la ley de 1998 que no se haya adaptado. Y conforme a la misma la duración indefinida era para los ya enajenados al entrar en vigor, de la ley, no los enajenados con posterioridad que es el que es objeto de autos.

TERCERO.- La sentencia del TS de 15 de enero de 2.015 que declara la nulidad de un contrato de aprovechamiento por turnos por ser de duración indefinida.

Hoy en día la referida postura del TS es consolidada. Así la STS de 14 de septiembre de 2016, la cual recoge:

Al efecto se ha dictado por el pleno la sentencia n.º 192/2016, de 29 marzo (Rec. 793/2014 ), en la cual se hacen las siguientes consideraciones:

"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....".

Al no cumplir en este caso los contratos con tales exigencias quedan sujetos 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"

En consecuencia procede estimar la demanda declarando la nulidad del referido contrato con obligación de devolución de las cantidades correspondientes.

El contrato objeto de autos la duración es indefinida.

Sin embargo todas las resoluciones al respecto dictadas por el Tribunal supremo señalan que la duración de los contratos es de 50 años y si bien los que declararían nulos no determinan la duración de los mismo nada obsta para este contrato de duración indefinida no sea contrario a lo dispuesto en la ley así señala la sentencia del TS de 19/10/2016:

"En el presente caso la comercialización del derecho que se contempla en el contrato de 13 de junio de 2000, se produce después de la entrada en vigor de la Ley 42/1998, quedando la vendedora afectada por la obligación legal de limitación temporal de la duración del contrato (disposición transitoria segunda, 3).

Por tanto, procede declarar la nulidad del contrato, de acuerdo con el art. 1.7 de la mencionada ley, al fijar una duración indefinida, cuando la duración no podía ser superior a 50 años.

En el mismo sentido las sentencias núm. 385/2016 de 7/6/2016 y núm. 462/2016 de 7/7/2016.

Tan nula es la duración indefinida que una duración superior a la permitida.

Por lo que confirmamos la sentencia en este sentido es nula pues se vendió un aprovechamiento por turnos de carácter indefinido, en el año 2.002 estando en vigor la ley 42/1998.

Sobre la falta de identificación del objeto no existe pronunciamiento en la sentencia, luego no puede ser objeto del recurso al estimar ya la nulidad del contrato por otro motivo.

CUARTO.- La demandada recurre alegando que las cantidades que han de ser devueltas no son todas las percibidas, los actores disfrutaron del apartamento varios años. Sin embargo esta reducción la circunscribimos, al precio del contrato no a normas exteriores o valoraciones distintas de las recogidas en el propio contrato.

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, el demandante ha podido disfrutar durante años del alojamiento que el contrato le 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. Como recoge la STS de 29 de marzo de 2016 y en otras ya mencionadas en la sentencia de instancia.



Entendiéndose que es la forma mas justa de compensar el tiempo disfrutado, haciendo la regla de tres entre lo que pago el tiempo disfrutado y el que no disfruto. Valorando el mismo objetivamente pues no depende de ningún otro factor.

Por lo que el recurso ha de ser desestimado.

QUINTO.- Con expresa imposición de costas a la parte apelante, al no estimarse la apelación, tal como prescribe el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no apreciarse en el caso serias dudas de hecho o de derecho.

Sin condena a las costas de primera instancia conforme art. 394 de la LEC

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

#### FALLO

1º.- Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por ANFI SALES S.L. y ANFI RESORTS S.L., representada en esta en esta segunda instancia por el Procurador D. Antonio Vega Melián contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera de Primera Instancia número 3 San Bartolomé de Tirajana, de fecha 30 de junio de 2017, en los autos de juicio Ordinario número 371/2016, debemos confirmar la referida resolución, manteniendo todos los pronunciamientos de la sentencia.

2º.- Se imponen a la parte recurrente las costas de esta alzada causadas por su recurso.

Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos, y previa consignación en su caso la correspondiente tasa judicial.

Llévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes, y con certificación de la misma, devuélvanse los autos al Juzgado de Procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. /as Sres. /as Magistrados /as que la firman y leída por el/la Ilmo. /a Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/ la Secretario/