



Id Cendoj: **35016370052020100126**

Órgano: **Audiencia Provincial**

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

Sección: **5**

Fecha: **18/03/2020**

Nº de Recurso: **942/2018**

Nº de Resolución: **145/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL PALOMINO CERRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

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: 0000942/2018

NIG: 3501942120170007202

Resolución: Sentencia 000145/2020

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0001152/2017-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de San Bartolomé de Tirajana

Apelado: Hipolito ; Abogado: Adrian Diaz-Saavedra Morales; Procurador: Francisco Cornelio Montesdeoca Quesada

Apelado: Noelia ; Abogado: Adrian Diaz-Saavedra Morales; Procurador: Francisco Cornelio Montesdeoca Quesada

Apelante: ANFI SALES, S.L.; Abogado: Javier De Andres Martinez; Procurador: Alejandro Alfredo Valido Farray

SENTENCIA

COMPOSICIÓN DE LA SALA

Presidente

Don Víctor Caba Villarejo

Magistrados

Don Víctor Manuel Martín Calvo

Don Miguel Palomino Cerro (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 18 de marzo de 2020.

Vistos por LA SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS los autos del ROLLO identificado con el número 942/2018, dimanante del procedimiento ordinario que con el número 1152/2017



se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de San Bartolomé de Tirajana, siendo apelante ANFI SALES SL, representada por el procurador don Alejandro Valido Farray y asistida por el letrado don Javier de Andrés Martínez, y apelados DON Hipolito y DOÑA Noelia, representados por el procurador don Francisco Montesdeoca Quesada y defendidos por el letrado don Adrián Díaz-Saavedra Morales, se acuerda la presente resolución con apoyo en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia de primera instancia dice

Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por don Hipolito y doña Noelia contra ANFI SALES, SL:

- 1.- Declaro la nulidad del contrato de aprovechamiento por turnos de fecha 23 de noviembre de 2000, con referencia NUM000.
- 2.- Ordeno a ANFI SALES, SL, restituir a don Hipolito y doña Noelia el valor del precio pagado por el contrato, que fue de 811.902,83 SEK.
- 3.- Ordeno a don Hipolito y doña Noelia restituir a ANFI SALES, SL, el valor del tiempo efectivamente disfrutado en virtud del contrato, que se fija en 276.046,96 SEK.
- 4.- Declaro la compensación de las cantidades fijadas en los puntos segundo y tercero, y CONDENO a ANFI SALES, SL, a pagar a don Hipolito y doña Noelia la cantidad de quinientas treinta y cinco mil ochocientas cincuenta y cinco coma ochenta y siete coronas suecas (535.855,87 SEK), o su equivalente en euros al tiempo de la interposición de la demanda. Esta cantidad devengará el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda.
- 5.- Condono a ANFI SALES, SL, a pagar a don Hipolito y doña Noelia el duplo de las cantidades abonadas anticipadamente, que se fija en ochocientas veintiuna mil coronas suecas (821.000 SEK), o su equivalente en euros al tiempo de la interposición de la demanda. Esta cantidad devengará el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda.
- 6.- Condono a don Hipolito y doña Noelia a la restitución del certificado de socio.
- 7.- No procede la restitución de las cuotas de mantenimiento abonadas.
- 8.- Todo ello sin especial pronunciamiento sobre costas.

SEGUNDO. La referida sentencia se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 18 de marzo de 2020.

TERCERO. Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia el Ilmo. Sr. don Miguel Palomino Cerro, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. De la entrada en vigor y el alcance de la Ley 42/1998. I. El primero de los motivos de apelación que formula la mercantil apelante se apoya en haber desechado la resolución recurrida la pretensión de la recurrente construida en torno a la ley aplicable ya que, según su criterio, 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 del 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, máxime cuando se ha producido una adaptación del régimen a dicha norma.

II. 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. 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 solo 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 solo 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 ilustraba 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, el motivo desarrollado al respecto en el recurso de Anfi ha de desecharse en aplicación de la doctrina fijada por el Sala de lo Civil del Tribunal Supremo al respecto.

II. La nulidad acordada se alza sobre la pretendida eficacia que quiere otorgar la apelante al acuerdo adoptado en asamblea en junio de 2017. Como venimos diciendo en anteriores pronunciamientos sobre este aspecto del litigio, nos reafirmamos en la consideración de que el hecho de que el negocio se reputa nulo desde su contratación, en su cualidad de sanción radical o absoluta, impide su sanación.

SEGUNDO. Sobre la indeterminación del objeto. Declarada la nulidad por el motivo expuesto en el fundamento jurídico anterior, deviene intrascendente a los efectos de resolución del conflicto el que hayamos de pronunciarnos sobre si la nulidad también depende de la indeterminación del objeto. Máxime cuando se trata de un pronunciamiento anulatorio no contenido en la resolución recurrida.

TERCERO. Anticipos. I. Como ya hemos dicho en pronunciamientos anteriores:

Habiendo satisfecho los actores los referidos anticipos procede, conforme al precepto anteriormente transcrito (art. 11 LATBI), declarar su improcedencia (más concretamente su nulidad - del "acto" que no del contrato - conforme a lo dispuesto en el art. 6.3 del Código Civil) con la lógica consecuencia de condenar a la demandada a devolver dicha cantidad duplicada en el sentido de duplo o idéntica cantidad.

De hecho, cualquier duda sobre la voluntad del legislador en relación al precepto queda despejada con la nueva regulación en la materia al expresar el art. 13.3 de la Ley 4/2012 que "los actos realizados en contra de esta prohibición son nulos de pleno derecho y el consumidor podrá reclamar el duplo de las cantidades entregadas o garantizas por tales conceptos", y aunque esta última norma no es aplicable, sirve de apoyo interpretativo de la legislación anterior a que se sujeta el contrato litigioso. En efecto, siendo el art. 11 LATBI una norma prohibitiva el acto de cobro de anticipo que proscribire resulta 'nulo de pleno derecho' y, por ello, absoluta y totalmente ineficaz, sin posibilidad de sanación ni confirmación, debiéndose imponer la sanción (civil) que establece dicho precepto de pago duplicado de lo indebidamente anticipado.

Ha de matizarse que no resulta procedente la reclamación duplicada del anticipo y, además, la devolución del precio satisfecho a consecuencia de la declaración de nulidad contractual. Cuando la LATBI obliga a la devolución de "dicha cantidad duplicada" se está refiriendo al "duplo" como importe igual al "tanto" satisfecho anticipadamente que se duplica como sanción. Como ya hemos resuelto en resoluciones anteriores, en supuestos en que no procedía la ineficacia del contrato por no existir causa de nulidad, anulabilidad o resolución contractual y, por tanto se mantiene la vigencia del contrato, el 'tanto' satisfecho habrá de seguir en manos de la vendedora mientras los adquirentes tendrán simplemente derecho al pago del 'duplo' (en el sentido de igual cantidad al 'tanto' que se duplica). Y es que no tendría sentido devolver un importe igual al doble de lo percibido anticipadamente cuando, de mantenerse la vigencia del contrato, los compradores vendrían obligados a pagar el precio total pactado y, por ello, obligados a pagar el importe que indebidamente se cobró anticipadamente (que por mor de la nulidad declarada no hubiera tenido efecto), relegando a las partes a nuevas actuaciones para lograr el pago o incluso a un nuevo procedimiento para que la vendedora cobrase el importe que restaba del pago del precio (el 'tanto' indebidamente anticipado). Por el contrario, cuando procede la ineficacia contractual, junto al "duplo" que como sanción establece la norma por el indebido cobro de anticipos ha de devolverse también el "tanto" pero como consecuencia de tal ineficacia. No tendría



sentido cobrar tres veces la misma cantidad: lo inicialmente pagado a consecuencia de la nulidad y además el doble (el tanto y el duplo) de la misma cantidad en virtud de la sanción de cobro de anticipo, pues, rizando el rizo, si llegamos a sus últimas consecuencias al anularse el anticipo se anula el pago efectuado por lo que, en esa tesitura, ninguna devolución de precio habría de devolverse en virtud de la nulidad pues nada, tras ella, se habría efectivamente pagado (Sentencia de 10 de mayo de 2016, Rollo 321/2015).

II. Descartamos los razonamientos contenidos en el escrito de recurso relativos a un retraso desleal en el ejercicio de los derechos de los clientes. Así lo exponíamos, tras analizar situaciones similares, en nuestra sentencia del 17 de julio de 2018 -Rollo 493/2017- con el siguiente argumento:

...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.

III. En cuanto a la falta de acreditación del pago anticipado, reproduce la apelante su argumento modelo sin tener en cuenta que en el documento contractual consignan un pago datado en la fecha de su suscripción, que aquel a cuya restitución se condena a la apelante, que no ha probado que el abono se produjese en fecha distinta a la declarada en el documento.

CUARTO. Costas. La desestimación del recurso de Anfi Sales SL comporta imponer a dicha recurrente las costas generadas en esta alzada (artículo 398.2 de la LEC).

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por ANFI SALES SL contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de San Bartolomé de Tirajana en el juicio ordinario 1152/2017, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la apelante el pago de las costas generadas en esta alzada.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán a Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

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. 477.3º 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, la pronunciamos, mandamos y firmamos.