



Id Cendoj: **35016370052020100131**

Órgano: **Audiencia Provincial**

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

Sección: **5**

Fecha: **18/03/2020**

Nº de Recurso: **975/2018**

Nº de Resolución: **150/2020**

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: 0000975/2018

NIG: 3501942120170005274

Resolución: Sentencia 000150/2020

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000836/2017-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de San Bartolomé de Tirajana

Apelante: Gabriel ; Abogado: Eva Maria Gutierrez Espinosa; Procurador: Francisco Cornelio Montesdeoca Quesada

Apelante: Trinidad ; Abogado: Eva Maria Gutierrez Espinosa; Procurador: Francisco Cornelio Montesdeoca Quesada

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

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

SENTENCIA

Presidente

Don Víctor Caba Villarejo

Magistrados

Don Víctor Manuel Martín Calvo

Don Miguel Palomino Cerro (Ponente)

S E N T E N C I A

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 975/2018, dimanante del procedimiento ordinario que con el número 836/2017 se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Bartolomé de Tirajana, siendo impugnantes y apelados DON Gabriel y DOÑA Trinidad, representados por el procurador don Francisco Montesdeoca Quesada y defendidos por la letrada doña Eva María Gutiérrez Espinosa, y apelantes e impugnadas ANFI SALES SL Y ANFI RESORTS SL, representadas por el procurador don Alejandro Valido Farray y asistidas por el letrado don Javier de Andrés Martínez, se acuerda la presente resolución con apoyo en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia de primera instancia dice

Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Gabriel y D^a Trinidad, con procuradora Sra. Montesdeoca Calderín, frente a ANFI SALES S.L. y ANFI RESORTS S.L., que actuaron representadas por el procurador Sr. Vega Melián:

1º) Declaro la nulidad del contrato de fecha 10 de febrero de 2012, contrato n.º NUM000.

2º) Condeno a ANFI SALES S.L. y ANFI RESORTS S.L. con carácter solidario a indemnizar a D. Gabriel y D^a Trinidad en la cantidad de cincuenta y un mil doscientos cuarenta y seis euros con cuarenta y siete céntimos (51.246,47€); cantidad que será incrementada con el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda, 19/9/2017, hasta su completo pago, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC.

Se desestiman las demás pretensiones contenidas en el escrito de demanda.

3º) Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes.

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. Sobre la indeterminación del objeto. I. Ha de recordarse que esta Sala ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre esta concreta falta de determinación del objeto, la conocida modalidad "super red" o "flotante" 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. 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 "Super 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.

Por lo expuesto en este fundamento jurídico, el contrato litigioso sería nulo de pleno derecho por indeterminación de objeto, lo que comporta la desestimación del recurso formulado por las mercantiles Anfi.

SEGUNDO. Anticipos. I. No se comparten los razonamientos contenidos al respecto en la resolución recurrida, tal y como denuncian los impugnantes. 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 garantías 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 proscribía 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 igualmente los razonamientos contenidos en la sentencia 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. Conforme a lo expuesto en el apartado I de este razonamiento, y atendiendo a la minoración de la reclamación inicial que se hace en el escrito de impugnación de la sentencia, el montante a devolver por las



mercantiles Anfi por el incumplimiento de la obligación de no cobrar todo o parte del precio en periodo vedado asciende a 9.057 euros.

TERCERO. Costas. I. La desestimación del recurso de Anfi Sales SL y Anfi Resorts SL comporta que estas apelantes afronten las costas enalzadas derivadas de su recurso (artículo 398.1 de la LEC).

II. La estimación del recurso formulado por los impugnantes comporta no imponer las costas derivadas de su apelación (artículo 398.2 de la LEC).

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

FALLAMOS

Que estimando parcialmente la impugnación de la sentencia formulada por DON Gabriel y DOÑA Trinidad y desestimando el interpuesto por ANFI SALES SL Y ANFI RESORTS SL contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Bartolomé de Tirajana en el juicio ordinario 836/2017, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución y, ampliando la estimación parcial de la demanda, el fallo de la resolución recurrida pasará a presentar el siguiente tenor:

Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Gabriel y D^a Trinidad , con procuradora Sra. Montesdeoca Calderín, frente a ANFI SALES S.L. y ANFI RESORTS S.L., que actuaron representadas por el procurador Sr. Vega Melián:

1º) Declaro la nulidad del contrato de fecha 10 de febrero de 2012, contrato n.º NUM000 .

2º) Condeno a ANFI SALES S.L. y ANFI RESORTS S.L. con carácter solidario a indemnizar a D. Gabriel y D^a Trinidad en la cantidad de cincuenta y un mil doscientos cuarenta y seis euros con cuarenta y siete céntimos(51.246,47€); cantidad que será incrementada con el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda, 19/9/2017, hasta su completo pago, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC.

3º) Condeno a ANFI SALES S.L. y ANFI RESORTS S.L. con carácter solidario a devolver a D. Gabriel y D^a Trinidad la suma de 9.057 euros.

Se desestiman las demás pretensiones contenidas en el escrito de demanda.

3º) Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes.

Las costas de segunda instancia derivadas del recurso formulado por Anfi Sales SL y Anfi Resorts SL serán asumidas por estas mercantiles.

No se imponen costas de alzada en relación con el recurso interpuesto por los Sres. Gabriel Trinidad .

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.