



Id Cendoj: **35016370052020100137**

Órgano: **Audiencia Provincial**

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

Sección: **5**

Fecha: **25/03/2020**

Nº de Recurso: **938/2018**

Nº de Resolución: **158/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **VICTOR CABA VILLAREJO**

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: 0000938/2018

NIG: 3501942120170005520

Resolución: Sentencia 000158/2020

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000886/2017-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de San Bartolomé de Tirajana

Apelado: Antonio ; Abogado: Miguel Angel Melian Santana; Procurador: Francisco Cornelio Montesdeoca Quesada

Apelado: Angelina ; Abogado: Miguel Angel Melian Santana; Procurador: Francisco Cornelio Montesdeoca Quesada

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

Apelante: ANFI RESORTS SL; Abogado: Javier De Andres Martinez; Procurador: Alejandro Alfredo Valido Farray

Apelante: ANFI VACATION CLUB; Abogado: Javier De Andres Martinez; Procurador: Alejandro Alfredo Valido Farray

### **SENTENCIA**

Ilmos. Sres.-

PRESIDENTE: Don Víctor Caba Villarejo

MAGISTRADOS Don Carlos Augusto García Van Isschot

Don Víctor Manuel Martín Calvo

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a 25 de marzo de 2.020.



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 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº Cuatro de San Bartolomé de Tirajana en los autos referenciados (Juicio Ordinario n.º 886/2017) seguidos a instancia de DON Antonio y DOÑA Angelina, parte apelada, representados en esta alzada por el Procurador de los Tribunales don Francisco Cornelio Montesdeoca Calderín y asistidos por el Letrado don Miguel Angel Melián Santana contra las entidades mercantiles ANFI SALES, SL, ANFI RESORTS, SL y ANFI VACATION CLUB, SL, parte apelante, representadas en esta alzada por el Procurador don Alejandro Valido Farray y asistidas por el Letrado don Javier De Andrés Martínez, siendo ponente el Sr. Magistrado Don Víctor Caba Villarejo, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia No. Cuatro de San Bartolomé de Tirajana, se dictó sentencia de fecha 14 de mayo de 2018 en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece: Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por don Antonio y doña Angelina contra ANFI RESORTS S.L., ANFI SALES S.L. y ANFIVACATION CLUB:

- 1.- Declaro la nulidad del contrato de aprovechamiento por turnos de fecha 26 de agosto de 2004, con referencia NUM000, y de sus contratos anexos.
- 2.- Ordeno a ANFI SALES, SL, restituir a don Antonio y doña Angelina el valor del precio pagado por el contrato, que fue de 16.850,00 GBP.
- 3.- Ordeno a don Antonio y doña Angelina restituir a ANFI SALES, SL, el valor del tiempo efectivamente disfrutado en virtud del contrato, que se fija en 4,381 Libras.
- 4.- Declaro la compensación de las cantidades fijadas en los puntos segundo y tercero, y CONDENO a ANFI SALES, SL, a pagar a don Antonio y doña Angelina la cantidad de doce mil cuatrocientos sesenta y nueve libras esterlinas ( 12.469 Libras Esterlinas )? 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.- No procede la imposición de la sanción del duplo prevista en el art. 11 de la Ley 42/1998.
- 6.- No procede 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 parte demandada, interponiéndose el correspondiente recurso de apelación con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo.

Tramitado el recurso de apelación en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó escrito de oposición y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista quedaron señalados los autos para deliberación, votación y fallo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de apelación por las entidades mercantiles demandadas Anfi Sales, SL, Anfi Resorts, SL y Anfi Vacation Club, SL, la sentencia de primera instancia que estimando parcialmente la demanda declara la nulidad del contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de fecha 26 de agosto de 2004 de afiliación al Club Monte Anfi, siendo de los denominados flotantes y constituido por tiempo indefinido mostrando las entidades demandadas recurrentes su disconformidad con ello sosteniendo que su objeto está perfectamente determinado y que se ajusta a la legalidad vigente fijar su duración como indefinida, además de que en una pasada Asamblea General Extraordinaria de junio de 2017 se limitó la duración de los contratos a cincuenta años.

SEGUNDO.- I.- Sobre la duración del contrato.

En relación a la duración indefinida del régimen sobre el que se constituyó el derecho de los actores ciertamente esta Sección 5, y al contrario de la sección 4ª, siempre ha mantenido distinta interpretación de la disposición adicional segunda (apartado 2 §3) de la LATBI 1998 que disponía: «(.) 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 3º 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 1º, 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. >>

En el caso de autos el contrato litigioso al ser de 2004 nació vigente la LATBI de 1.998 y antes de la entrada en vigor de la ley de 2012, por lo que debía acomodarse a dicha legislación a la que quedaba sometido y si, con respecto a ella, el contrato nació adoleciendo de nulidad absoluta, nulo serán en todo momento sin posibilidad de ser sanado ni poder recuperar vigencia a pretexto de una nueva interpretación a través de la nueva legislación. La disposición transitoria de la vigente Ley sería aplicable exclusivamente a los contratos nacidos bajo la vigencia de la Ley de 1998 pero que fueran válidos; lo que no es el caso.

Por otra parte, no obstante haberse pactado el contrato por tiempo indefinido pues lo es no fijar un plazo concreto o determinado de duración, no pierde tal carácter por el hecho de que una Asamblea Extraordinaria en la que no participaron los apelados se acordara limitar su duración a cincuenta años, además de no poder aplicarse sus acuerdos retroactivamente ni sanar un contrato viciado de nulidad absoluta.

II.- Sobre el objeto del contrato.

Concorre indeterminación de objeto del contrato (sistema 'flotante') y de la concreta semana que se ha de disfrutar (que sería igualmente flotante) por lo que se está en el caso de seguir la doctrina jurisprudencial fijada en las STS de 15 de enero de 2.015 y de 21 de noviembre de 2016 (nº 684/2016, rec. 2948/2014) razonando esta última que:

<< La sentencia 192/2016, de 29 marzo (Rec. 793/2014), seguida de otras en igual sentido (como más reciente la n.º 449/2016 de 1 julio), en la cual se hacen las siguientes consideraciones:

«A) Determinación del objeto. El artículo 1.1 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, dice que «el derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo. A efectos de comprobar a cuál de dichas modalidades corresponde el contrato litigioso conviene transcribir el contenido del apartado 6. En él se dice lo siguiente: "los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas, quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Tales contratos deberán referirse necesariamente a una temporada anual determinada que se corresponda con un período determinado o determinable de esa temporada y a un alojamiento determinado o determinable por sus condiciones genéricas, siempre que esté especificado el edificio o conjunto inmobiliario donde se va a disfrutar del derecho".....»

En el presente caso -como en el resuelto por dicha sentencia- no sólo falta cualquier referencia por las demandadas a que el contrato estuviera sujeto a dicha modalidad de arrendamiento, sino que claramente se desprende de su contenido que no se ajusta a dicha previsión legal pues se «compra» junto con un derecho de aprovechamiento por turno, un «derecho de asociación» a un club para uso de un apartamento por turno sin fijación de plazo. Excluida tal posibilidad de arrendamiento, nos encontraríamos ante la constitución de un derecho real limitado al que resultaría de aplicación la necesidad de determinación contenida en el artículo 9.1.3.º en cuanto el objeto ha de ser un alojamiento concreto, con mención de sus datos registrales y del turno que es objeto de contratación, y con indicación de los días y horas en que se inicia y termina. Al no cumplir en este caso el contrato con tales exigencias queda sujeto a la sanción de nulidad contenida en el artículo 1.7, según el cual:

«El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos» ( Sentencia núm. 568 de 28 de septiembre de 2016).

Esta Sala ha establecido ya como doctrina jurisprudencial en sentencia 775/2015, de 15 enero y ha reiterado en la 460/2015, de 8 septiembre, que:



«En el régimen legal establecido por la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, la falta de determinación en el contrato del alojamiento que constituye su objeto determina la nulidad del referido contrato, según lo dispuesto por el artículo 1.7 en relación con el 9.1.3.º de la citada Ley ».

Dicha doctrina ha de ser mantenida en el presente caso, en el cual, como en los contemplados por las referidas sentencias, no se ha configurado un arrendamiento en la forma establecida en el artículo 1.6 como derecho personal de aprovechamiento por turno; único caso en que cabe admitir -porque la ley así lo permite- que se trate de un alojamiento «determinable por sus condiciones genéricas».

En efecto no identificándose el alojamiento sobre el que recae el derecho [y ni siquiera establecer un periodo específico; se señala que en el apartado "semana" que es "super rojo"] el contrato es nulo de pleno derecho como así ha resuelto la sentencia apelada basándose en la jurisprudencia interpretativa de la ley preexistente, Ley 42/1998, que igualmente exigía la determinación del alojamiento y así la reciente STS de 10 de abril de 2018 (nº 201/2018, rec. 3679/2016) siguiendo dicha doctrina razona que: «< En primer lugar, debe partirse de la interpretación jurisprudencial que sanciona con nulidad la falta de determinación del alojamiento que constituye el objeto del contrato de aprovechamiento por turno ( sentencias 774/2014, de 15 de enero, 192/2016, de 29 de marzo , 449/2016, de 1 de julio, entre otras).

ÚLTIMO.- Desestimándose el recurso de apelación interpuesto por la entidades mercantiles demandadas Anfi Sales, SL, Anfi Resorts, SL y Anfi Vacation Club,SL, procede su condena al pago de las costas procesales esta alzada ( art. 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, adoptamos el siguiente;

#### FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ANFI SALES, SL, ANFI RESORT, SL y ANFI VACATION CLUB, SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº Cuatro de San Bartolomé de Tirajana de fecha de 14de mayo de 2018 en los autos de Juicio Ordinario n.º 886/2017, que confirmamos condenando a las recurrentes al pago de las costas procesales de esta alzada.

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.