



Id Cendoj: **35016370052020100140**

Órgano: **Audiencia Provincial**

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

Sección: **5**

Fecha: **31/03/2020**

Nº de Recurso: **966/2018**

Nº de Resolución: **161/2020**

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: 0000966/2018

NIG: 3501942120160006880

Resolución: Sentencia 000161/2020

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0001014/2016-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de San Bartolomé de Tirajana

Apelado: María Rosa ; Abogado: Eva Maria Gutierrez Espinosa; Procurador: Francisco Comelio Montesdeoca Quesada

Apelante: ANFI SALES S.L.; Procurador: Antonio Carlos Vega Melian

Apelante: ANFI RESORTS S.L.; Procurador: Antonio Carlos Vega Melian

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

Presidente

Don Víctor Caba Villarejo

Magistrados

Don Víctor Manuel Martín Calvo

Don Miguel Palomino Cerro (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 31 de marzo de 2020.

Vistos por LA SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS los autos del ROLLO identificado con el número 966/2018, dimanante del procedimiento ordinario que con el número 1014/2016 se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Bartolomé de Tirajana, siendo apelantes



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, y apelado DOÑA María Rosa , representada por el procurador don Francisco Montesdeoca Quesada y defendida 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

SE ESTIMA PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por Doña María del Mar MONTESDEOCA CALDERÍN, Procuradora de los Tribunales y de doña María Rosa , frente a Anfi Sales, S.L y Anfi Resorts SL; y DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de el contrato de 9 de enero de 2004 con referencia GE010906GA; y DEBO CONDENAR Y CONDENO a Anfi Sales, S.L y Anfi Resorts SL, a abonar solidariamente a Doña María Rosa la cantidad de cincuenta y cinco mil novecientos ochenta y seis euros con noventa céntimos (55.986,90 euros) más los intereses legales desde el momento de la interposición de la demanda; y DEBO DECLARAR Y DECLARO que Anfi Sales, S.L y Anfi Resorts SL han cobrado anticipos en el contrato de 9 de enero de 2004 con referencia GE010906GA; y DEBO CONDENAR Y CONDENO a Anfi Sales, S.L y Anfi Resorts SL a abonar solidariamente a doña María Rosa la cantidad de mil doscientos dieciocho euros con cincuenta y nueve céntimos (1.218,59 euros) más los intereses legales desde la interposición de la demanda; y todo ello sin imposición de costas, debiendo cada parte pagar sus costas y las comunes por mitad.

SE DESESTIMA LA DEMANDA RECONVENCIONAL interpuesta por el Procurador don Antonio Vega Melián, en nombre y representación de Anfi Sales, S.L y Anfi Resorts SL frente a doña María Rosa ; y DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a doña María Rosa de todos los pedimentos deducidos en su contra, y todo ello con expresa imposición de costas a Anfi Sales, S.L y Anfi Resorts SL.

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 25 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. Carece de trascendencia a efectos de la resolución del conflicto el pronunciarse respecto a si el contrato litigioso es o no nulo por la indeterminación de su objeto habida cuenta de que ya ha sido igualmente declarado nulo por indeterminación de su duración y este pronunciamiento no ha sido objeto de recurso.

En cualquier caso, 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 también 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 en la alegación segunda del recurso de apelación. Advertimos que el juez de primera instancia solo ha considerado anticipo la suma de 1.218,59 euros que en el contrato se dice abonada en el momento de su suscripción mediante tarjeta.

Entendemos que en este supuesto la fecha del pago aparece claramente especificada en el contrato por lo que no podemos estimar la alegación de que no hay constancia de cuándo se pagó dicha suma.

II. Descartamos, por otro lado, los razonamientos de las mercantiles Anfi relativos a un retraso desleal en el ejercicio de los derechos de la clienta. 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.

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

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por ANFI SALES SL Y ANFI RESORTS SL contra la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Bartolomé de Tirajana en el juicio ordinario 1014/2016, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución con imposición a las apelantes del pago de las costas de segunda instancia.

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.