



Id Cendoj: **35016370052020100166**

Órgano: **Audiencia Provincial**

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

Sección: **5**

Fecha: **03/04/2020**

Nº de Recurso: **956/2018**

Nº de Resolución: **194/2020**

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: 0000956/2018

NIG: 3501942120170007183

Resolución: Sentencia 000194/2020

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0001138/2017-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de San Bartolomé de Tirajana

Apelado: Francisca ; Abogado: Eva Maria Gutierrez Espinosa; Procurador: Francisco Cornelio Montesdeoca Quesada

Apelado: Federico ; 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

Ilmos. Sres.-

PRESIDENTE: Don Víctor Caba Villarejo

MAGISTRADOS Don Carlos García Van Isschot

Don Miguel Palomino Cerro

SENTENCIA

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, a tres de abril de dos mil veinte.

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 Tres de San Bartolomé de Tirajana en los autos referenciados (Juicio Ordinario N.º 1138/2017) seguidos a instancia de D. Federico y doña Francisca, parte apelada, representados en esta alzada por el Procurador don Francisco Montesdeoca Quesada y asistidos por la Letrada doña Eva María Gutiérrez Espinosa contra las entidades mercantiles ANFI SALES, SL y ANFI RESORTS, SL, parte apelante, representadas en esta alzada por el Procurador don Alejandro Valido Farray y asistida 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. Tres de San Bartolomé de Tirajana, se dictó sentencia de fecha 30 de julio de 2018 en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece: "SE ESTIMA PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por Dña. María del Mar MONTESDEOCA CALDERÍN, Procuradora de los Tribunales y de Dña. Francisca y de D. Federico frente ANFI SALES, SL y ANFI RESORTS, SL; y DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato número NUM000, de fecha 12 de marzo de 2009; y DEBO CONDENAR Y CONDENO a Anfi Sales, S.L., y Anfi Resorts SL a abonar solidariamente a Dña. Francisca y a D. Federico la cantidad de ciento noventa y cuatro mil coronas noruegas (194.094 coronas) 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 ha cobrado anticipos prohibidos a Dña. Francisca y a D. Federico; y DEBO CONDENAR Y CONDENO a Anfi Sales, S.L., y Anfi Resorts SL a abonar solidariamente a Dña. Francisca y a D. Federico la cantidad de doscientas treinta y seis mil setecientas coronas noruegas (236.700 coronas) más los intereses legales desde el momento de la interposición de la demanda; y todo ello sin imposición de 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 los mismos.

Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la parte contraria se presentó escrito de oposición, del que se dio traslado a la parte apelante 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.- Afirman las demandadas aquí recurrentes que sería de aplicación tras su entrada en vigor la Ley 4/2012 de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias y, considera que el régimen por el que se regula el aprovechamiento litigioso se halla amparado por su Disposición Transitoria Única que permite la existencia de regímenes preexistentes y por otra parte que el objeto del contrato está perfectamente determinado o es determinable (art. 1273 CC) pues está perfectamente definido en sus elementos esenciales.

El contrato litigioso al ser del año 2.009 nació vigente la LATBI de 1.998 y por tanto 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 será 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 Única de la vigente Ley de 2012 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. Además, el apartado Tercero de la Disposición Transitoria de la Ley de 2012 se refiere a los "contratos preexistentes" (como expresa su título) celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 42/1998 y, como se ha visto, el contrato litigioso se concertó, no antes, sino después de dicha entrada en vigor por lo que no podría siquiera acudir a la aplicación de dicha norma.

Así las cosas el contrato litigioso es nulo por su duración indefinida. 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 apartados 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. >> Pese al esfuerzo interpretativo que la parte recurrente realiza en orden a la posibilidad de existencia de regímenes preexistentes a la vigente Ley de aprovechamiento de 2012 conforme a su disposición transitoria, en el supuesto enjuiciado la Sala ha de estar a la doctrina constante de nuestro Tribunal Supremo ya referida y fijada definitivamente en STS de 19 de febrero de 2016 según la cual << "la comercialización de turnos de aprovechamiento turístico, tras la entrada en vigor de la Ley 42/1998, sin respetar el régimen temporal establecido en el artículo 3.1 de dicha ley, que fija una duración entre tres y cincuenta años, da lugar a la nulidad de pleno derecho del contrato" >> .

Más recientemente el Auto del TS 1ª de 7 de febrero de 2018 que inadmitía el recurso de casación planteado por Anfi Sales, SL en un supuesto similar en que se alegaba interés casacional, expresa en relación con la duración del contrato que la sala se había pronunciado en sentencia de pleno n.º 774/2014 de 15 de enero de 2015 en los siguientes términos:

[...] I.- La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguló las fórmulas distintas por las que se podía transmitir el derecho a utilizar un alojamiento durante un periodo de tiempo cada año, las cuales se venían denominando con el término multipropiedad, por más que, como decía en la exposición de motivos, significaban una división temporal del derecho al uso de un bien inmueble.

Intentó el legislador, además de transponer la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994 - relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido -, dotar a la institución de una regulación completa, para lo que consideró capital decidir si debían admitirse cualquiera de las fórmulas creadas por la autonomía de la voluntad o si sólo era admisible la modalidad regulada por la Ley, dejando al margen de ésta todas las demás. Y optó por una vía intermedia, mediante la imposición de una detallada regulación del derecho real sobre cosa ajena y la admisión de la variante del arrendamiento por temporada, de modo que, fuera de esta alternativa, el legislador consideró cometido un fraude de ley y, además, que el negocio jurídico fraudulento era merecedor de la sanción de nulidad - artículo 1, apartado 7 -.

En la regulación establecida en la Ley tuvo una particular importancia la duración del régimen, determinada, en el artículo 3, apartado 1, entre tres y cincuenta años -"[...] a contar desde la fecha de inscripción del régimen jurídico o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción"-.

Esa norma es completada por la de la disposición transitoria segunda, en la que el legislador se ocupó de los efectos de la nueva regulación sobre los llamados "regímenes preexistentes", imponiendo la necesidad de adaptarlos a sus disposiciones, en el plazo de dos años - apartado 1 -.

Ciertamente, en el apartado 3 de dicha norma transitoria, tras imponer la adaptación al nuevo régimen, también en lo temporal - "[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 [...]" -, se permitió la posibilidad de formular, en la escritura de adaptación, la "[...] declaración expresa de continuidad por tiempo indefinido o plazo cierto".

Esta última alternativa, inspirada en el deseo de respetar los derechos ya adquiridos, es la que eligió Anfi Sales, SL, por cuanto declaró, de modo expreso en la escritura de adaptación, que su preexistente régimen seguiría teniendo una duración indefinida.

Sin embargo, la interpretación que la recurrente hizo y hace del referido apartado 3 de la disposición transitoria segunda, en el que se apoya, no es respetuosa con el sentido que resulta de la conexión sistemática del mismo con el apartado 2 de la propia norma transitoria, cuyo contenido aquel respeta en todo caso - "[sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior [...]" - y según el cual toda titular - y, por tanto, también la ahora recurrente - que deseara, tras la escritura de adaptación, "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.

No lo hizo así la recurrente, amparándose en una norma que no le daba suficiente cobertura, por lo que, al comercializar, estando ya en vigor la nueva Ley, los turnos aun no transmitidos sin respetar el régimen



temporal establecido en la norma del referido artículo, lo infringió, como en correcta interpretación del conjunto normativo declaró el Tribunal de apelación [.]

Y en los mismos términos la sentencia de pleno n.º 192/2016 de 29 de marzo, rec. 793/2014, declara:

[..] 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 apartados 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.

Sin que por otra parte pueda considerarse subsanado el citado vicio de nulidad contractual limitando ex post su duración temporal a un máximo de 50 años prorrogables por igual tiempo, en una asamblea general celebrada en julio de 2017, en la que ni consta fueran convocados los actores ni puede subsanar un contrato radicalmente nulo de inicio pues solamente son susceptibles de confirmación sanatoria los contratos meramente anulables y no los radicalmente nulos de pleno derecho (art.1310 CC) .

SEGUNDO.- El segundo motivo de nulidad es referido al objeto del contrato de aprovechamiento por turnos y la identificación del alojamiento.

Expresan también las demandadas en su recurso de apelación que el objeto del contrato está perfectamente identificado y que los actores han disfrutado del complejo y sus instalaciones sin que nunca mostrasen su disconformidad.

Concurre 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».

TERCERO.- Sobre el cobro de anticipos.

En relación con los anticipos prohibidos y vulneración del art. 11 de la Ley 42/1998 ha de desestimarse el recurso de apelación interpuesto por las demandadas también en este extremo pues quedó acreditado que ciertamente los actores abonaron la totalidad del precio del contrato el mismo día de la firma del contrato el 12 de marzo de 2009 y el resto el 15 de abril de 2009, este es dentro del mes siguiente.

Su abono quedó suficientemente probado con los documentos aportados con la demanda, básicamente el propio contrato de aprovechamiento que establecía un específico calendario de pagos y copia del cargo de la tarjeta de crédito, no existiendo prueba en contrario de que no se hicieran los pagos en los plazos estipulados conforme al calendario pactado en el contrato encontrándose en su poder el certificado de socio.

El art.11.1 LATBI establece que queda prohibido el pago de cualquier anticipo antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento o mientras disponga de la facultad de resolución, por lo que mientras se dispone de dicha facultad, por tanto durante los tres meses siguientes a la celebración del contrato, no podrán exigirse anticipos y, en este sentido la STS de 24 de mayo de 2018 (nº 302/2018, rec. 3323/2016) señala que: << Por aplicación de lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 42/1998, en cuanto prohíbe los pagos anticipados mientras el adquirente disponga de la facultad de resolución, sin perjuicio de que se garantice el pago del precio aplazado, procede condenar igualmente a la demandada a la devolución de una cantidad igual a la que alcanzan dichos pagos anticipados, en tanto que el apartado 2 de dicha norma ordena la devolución duplicada de la cantidad entregada, siendo así que dicha cantidad ya está comprendida en la obligación de devolución de lo percibido como consecuencia de la nulidad del contrato que se declara >> .

Sin que se aplicable la doctrina del "retraso desleal" apreciada por el juzgador a quo pues conforme art. 11 LATBI y actual art.13 procede declarar la 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 las demandadas a devolver dicha cantidad duplicada en el sentido de duplo o idéntica cantidad. Siendo el vigente art. 13 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.

ÚLTIMO.- Desestimándose el recurso de apelación formulado por las demandadas contra la sentencia de primera instancia procede su condena al pago de las costas procesales de 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 las entidades mercantiles ANFI SALES, SL y ANFI RESORTS, SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº Tres de San Bartolomé de Tirajana de fecha 30 de julio de 2018 en los autos de Juicio Ordinario nº 1138/2017, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ