



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

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:
0000678/2013-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de San Bartolomé de
Tirajana

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000155/2016

NIG: 3501942120130005209

Resolución: Sentencia 000273/2017

Intervención:

Apelado

Apelado

Apelante

Apelante

Interviniente:

[REDACTED]

[REDACTED]

Vista Amadores, S. L.

Puerto Calma Marketing, S. L.

Abogado:

Miguel Rodríguez Ceballos

Miguel Rodríguez Ceballos

Jose Agustín Medina

Castellano

Jose Agustín Medina

Castellano

Procurador:

Octavio Roca Arozena

Octavio Roca Arozena

María Del Mar Montesdeoca

Calderín

María Del Mar Montesdeoca

Calderín

SENTENCIA

Iltrmos Sres:

Presidente:

Don Víctor Caba Villarejo

Magistrados:

Don Carlos García Van Isschot

Don Víctor Manuel Martín Calvo

En Las Palmas de G. C., a doce de julio de dos mil diecisiete;

Vistas por la Sección Quinta 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 Cinco de San Bartolomé de Tirajana en los autos referenciados, seguidos a instancia de don [REDACTED] y doña [REDACTED], parte apelada, representados en esta alzada por el Procurador don Octavio Roca Arozena y dirigidos por el Letrado don Miguel Rodríguez Ceballos contra las entidades mercantiles Vista Amadores SL y Puerto Calma Marketing, SL, parte apelante, representadas por la Procuradora doña María del Mar Montesdeoca Calderín y dirigidas por el Letrado don José Agustín Medina Castellano, 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 5 de San Bartolomé de Tirajana se dictó sentencia en los referidos autos de fecha 18 de mayo de 2015, del siguiente tenor: *"Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora doña Monserrat Costa Jou, en nombre y representación de don Goesta Ingvar [REDACTED] y doña Elsa Agneta [REDACTED] frente a Vista Amadores SL y Puerto Calma Marketing, SL declaro la nulidad de los contratos suscritos por las partes en fechas [REDACTED] y [REDACTED] y condeno a dichos demandados a que satisfagan a la actora la suma de 57.883 € más los intereses devengados desde la interposición de la demanda. No se hace expresa condena en costas."*

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada y al que se opuso la parte actora, acordándose la remisión de los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes que se verificó como consta, y recibidos los autos en esta Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de GC, se formó el presente rollo de apelación, personándose la parte apelante y apelada y seguidos los trámites procedentes quedaron señalados los autos para deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alegan las entidades demandadas y aquí recurrentes Vista Amadores SL y Puerto Calma Marketing, SL que la resolución recurrida incurre en incongruencia omisiva porque el juzgador a quo no resuelve sobre la falta de legitimación activa de los actores, en relación con el contrato del Complejo Jardín Amadores, porque transmitieron sus participaciones indivisas a la entidad mercantil Holiday Club Canarias Sales & Marketing, SL.

Al efecto alegan que en el año [REDACTED] las recurrentes vendieron a la sociedad mercantil Holiday Club las participaciones indivisas de los distinto Complejos que tenían en propiedad y no habían transmitido aún a terceros, y desde entonces no tienen acceso a la documentación relativa a las transmisiones de las participaciones indivisas de los Complejos de los que ya no son dueños.

Además la transmisión por los demandantes de sus participaciones indivisas en el Complejo Jardín de Amadores quedó acreditada mediante la prueba testifical practicada en la vista oral y así el Sr. Fransen, jefe de ventas de Holiday Club, expresó que el referido Complejo Jardín de Amadores fue vendido en el año [REDACTED] por la demandada Puerto Calma Marketing SL a Holiday Club y que los actores transmitieron a Holiday Club sus participaciones como pago de parte del precio de la adquisición de otra participación indivisa en el Complejo Sol Amadores a Holiday Club.





Y que en el mismo sentido se pronunció la administradora de Holiday Club la Sra. Martínez Segovia expresando que los demandantes en el año 2013 vendieron a aquella otra sociedad Holiday Club su participaciones en el Complejo Jardín Amadores por lo que no son propietarios de ninguna participación indivisa en este Complejo y siendo que además los actores deben ser tenidos por confesos en tal sentido por mor del art. 304 LEC dada su incomparecencia a la vista oral debiendo tenerse por reconocidos tácitamente tales hechos perjudiciales.

Motivo de apelación que se desestima porque referido al contrato de [REDACTED] (JA 1694) por el que los actores adquirieron el uso de dos semanas, la 11 y la 12, del apartamento 202 del Complejo Club Jardín Amadores por precio de 205.000 coronas suecas, no consta fuera transmitido por los actores a terceros antes de la interposición de la demanda de esta litis siendo que la prueba testifical practicada al efecto no es prueba idónea para acreditar la falta de legitimación activa alegada por las demandadas realizándose de ordinario la probanza de tales negocios jurídicos mediante la correspondiente prueba documental, no propuesta al efecto, y a la parte demandada que alega tal hecho obstativo correspondía la carga de su prueba mediante la proposición de pruebas con aptitud suficiente para ello (art. 217 LEC).

Tampoco es prueba idónea la de interrogatorio de parte ex art. 304 LEC no dándose igualmente los requisitos necesarios para poder apreciar la ficta confessio reivindicada por las recurrentes, al no haberse advertido específicamente en la citación practicada a los actores para la asistencia al acto de la vista o juicio oral interesando la comparecencia personal de los interrogados y es que no teniendo las partes litigantes obligación de comparecer estando representadas por medio de procurador, para que el tribunal pueda hacer uso de esta facultad discrecional, es necesario que previamente se cite a la contraparte con la expresa indicación de que tendrá que declarar en calidad de parte en la vista por haberlo pedido la contraria, haciéndole los apercibimientos del art. 304 de la LEC. Solo si se procede de esta forma podrá el Tribunal aplicar la "ficta confessio" si lo estima conveniente, máxime residiendo aquellos fuera de nuestro alejado territorio. Por tanto no concurren los presupuestos procesales necesarios para hacer uso de los privilegiados efectos que en el ámbito probatorio permite el referido precepto adjetivo, de admisión tácita de los hechos alegados por las recurrentes.

SEGUNDO.- Respecto a la comercialización de los derechos de aprovechamiento por turno como participaciones indivisas de la común propiedad, duración de los contratos suscritos entre las partes y aplicación del régimen jurídico transitorio de la Ley 42/98, la **STS 1ª de 14 de septiembre de 2016** no deja duda de la nulidad de este tipo de contratos al no haberse fijado la duración de los mismos, pese a que la referida ley limita su duración a cincuenta años, al respecto expresa la citada resolución referida a los contratos de aprovechamiento por turnos, multipropiedad, suscritos por las mismas partes recurrentes Vista Amadores y Puerto Calma que: *"Resulta indiscutido que en los contratos litigiosos no se fijó la duración máxima legal del régimen de aprovechamiento por turno, pese a que el mismo está fijado en cincuenta años (artículo 3 Ley 42/1998), transcurrido el cual la propiedad queda libre de todo compromiso al no haber sido fijada una duración inferior, lo que evidentemente supone un elemento esencial del contrato. No se desconocen las dificultades de todo orden que se han generado en la aplicación práctica de la Ley 42/1998, las que han dado lugar a discrepancias esenciales en*





las soluciones dadas por los tribunales a iguales cuestiones. En el caso presente se trata de contratos celebrados bajo la vigencia de dicha ley pero no ajustados a la misma pese a la clara exigencia en este sentido por parte del legislador (artículo 1.7); en los cuales incluso se habla de «compraventa de participaciones indivisas», lo que en absoluto se ajusta a lo dispuesto por dicha Ley con el carácter imperativo que le es propio, pues la misma se propone eliminar la aplicación de cualquier idea que suponga «multipropiedad». El problema de la duración no ha sido resuelto adecuadamente en la Ley 42/1998 y buena prueba de ello es que, pese a que parte de la doctrina que se ha ocupado de la cuestión y numerosas resoluciones judiciales han aceptado la posibilidad de contratos de duración indefinida, es el propio artículo 13 el que contiene una norma que se opone frontalmente a la idea de duración indefinida cuando, para el caso de resolución por incumplimiento del adquirente por impago de cuotas de mantenimiento, se refiere a la devolución de la cantidad que corresponda al resto de duración del contrato.

Cabe prescindir de dichas discrepancias en las resoluciones de los tribunales -que se ponen de manifiesto en el recurso- ya que esta sala ha abordado la cuestión y ha establecido doctrina al respecto.

Al efecto se ha dictado por el pleno la sentencia n.o 192/2016, de 29 marzo (Rec. 793/2014), en la cual se hacen las siguientes consideraciones:

«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 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.....».

Al no cumplir en este caso los contratos con tales exigencias quedan sujetos 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».





En el mismo sentido la STS 1ª de 25 de octubre de 2016, del siguiente tenor: "La Sala sobre la cuestión relativa a la duración del contrato y colaterales se ha pronunciado en sentencias de pleno de 15 de enero de 2015 :

Recurso 3190/2012, sentencia de 15 de enero de 2015 , en la que se ha fijado como doctrina que: «En el régimen legal establecido por la Ley 42/1998, de 15 de 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 art. 1.7 en relación con el art. 9.1.3.º de la citada Ley».

Recurso 961/2013, sentencia de 15 de enero de 2015 : «...en el apartado 3 de dicha norma transitoria, tras imponer la adaptación al nuevo régimen, también en lo temporal - "[s]in 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".» 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 - "[s]in perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior [...]" - y según el cual toda titular - y, por tanto, también la ahora recurrida - 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 recurrida, 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.» En el presente caso la comercialización del derecho que se contempla en el contrato de 16 de enero de 2001, se produce después de la entrada en vigor de la Ley 42/98, y posteriormente a la escritura de adaptación de su régimen preexistente que fue otorgada el 3 de enero de 2001, quedando la vendedora afectada por la obligación legal de limitación temporal de la duración del contrato (disposición transitoria segunda, 3). Por tanto, procede declarar la nulidad del contrato, de acuerdo con el art. 1.7 de la mencionada ley, al fijar una duración indefinida en la escritura de adaptación, cuando la duración no podía ser superior a 50 años. En el mismo sentido las sentencias núm. 385/2016 de 7/6/29016 y núm. 462/2016 de 7/7/2016".

En relación a la prohibición de anticipos.

El art. 11 la Ley 42/98 establece lo siguiente:

1. Queda prohibido el pago de cualquier anticipo por el adquirente al transmitente antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento o mientras disponga de la facultad de resolución a las que se refiere el artículo anterior. No obstante, podrán las partes establecer los pactos y condiciones que tengan por convenientes para garantizar el pago del





precio aplazado, siempre que no sean contrarios a dicha prohibición y no impliquen que el transmitente reciba, directa o indirectamente, cualquier tipo de contraprestación en caso de ejercicio de la mencionada facultad de desistir.

2. Si el adquirente hubiera anticipado alguna cantidad al transmitente, tendrá derecho a exigir en cualquier momento la devolución de dicha cantidad duplicada, pudiendo optar entre resolver el contrato en los tres meses siguientes a su celebración o exigir su total cumplimiento».

Se trata, por tanto, de una prohibición legal y el artículo 6.3 CC dispone que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. De ahí que pueda considerarse que el supuesto del artículo 11 de la Ley 42/98 es de nulidad de pleno derecho, sin que la norma haya señalado un efecto distinto de la nulidad al ordenar la devolución duplicada de la cantidad entregada como anticipo -lo que se puede exigir en cualquier momento- pues se ha limitado a establecer una sanción civil a cargo del receptor de las cantidades, que es el causante de la nulidad.

Más esta cuestión carece de trascendencia práctica puesto que la nulidad del anticipo no determina la nulidad de los contratos, ya declarada por indeterminación de su duración, y la sanción de devolución doblada de las cantidades anticipadas no fue peticionada por la parte apelada siendo que en el apartado 3º del suplico de su demanda solicitó la devolución de las cantidades anticipadas solamente de modo subsidiario o para el caso de que no prosperase lo peticionado en los apartados anteriores, estimándose su apartado segundo.

TERCERO.- Sin embargo observamos que la resolución recurrida no recoge como consecuencia de la nulidad contractual acordada sino la devolución de las cantidades abonadas por los apelados a las recurrentes como precio de los contratos litigiosos, más se ha de descontar las anualidades transcurridas desde la fecha de celebración de los contratos hasta la petición de nulidad, teniendo en cuenta que el pago realizado correspondería a un aprovechamiento total de cincuenta años; deducción que habrá de operarse en ejecución de sentencia calculando respecto del precio satisfecho por cada contrato la cantidad que habría de corresponder al tiempo restante del régimen desde la interposición de la demanda.

En efecto ello debe hacerse así para evitar el enriquecimiento injusto que supone la restitución del precio abonado por los actores sin tomar en consideración el valor de uso de los periodos vacacionales disfrutados por los demandantes, por lo que si bien debe dejarse indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido del contenido de contratos que no cumplen con las prescripciones legales, los apelados han podido disfrutar del alojamiento que los contratos les ofrecía, por lo que el reintegro de las cantidades satisfechas no ha de ser total sino parcial, proporcional al tiempo que deba restar de vigencia del contrato teniendo en cuenta su duración máxima de 50 años.

CUARTO.- Estimado parcialmente el recurso de apelación no procede hacer condena alguna en cuanto al pago de las costas procesales devengadas en esta alzada (art. 398 LEC).





Por cuanto antecede, y atendidos los preceptos de general y especial aplicación:

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en lo necesario el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de las entidades Vista Amadores SL y Puerto Calma Marketing, SL contra la sentencia de fecha 18 de mayo de 2015 dictada en el Juicio Ordinario nº 678/2013 por el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de San Bartolomé de Tirajana, que revocamos parcialmente en el único sentido de limitar la obligación solidaria de las demandadas Vista Amadores SL y Puerto Calma Marketing, SL de devolver a los demandantes don [REDACTED] y doña [REDACTED] a la parte proporcional de la cantidad de 57.883 € que corresponda según lo razonado en el anterior fundamento de derecho tercero, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda, confirmando en los demás la resolución recurrida y sin que proceda hacer expresa condena respecto al pago de las costas procesales devengadas en esta alzada.

Llévese certificación de la presente Sentencia al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes haciéndolas saber que contra la misma podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal (por los motivos dispuestos en el art. 469 LEC) y/o recurso de casación en el plazo de 20 días desde la notificación de esta resolución ante este Tribunal, 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/o en el Capítulo V del Título IV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al tiempo de prepararse cualquiera de ambos recursos será precisa, bajo perjuicio de no darse trámite, la constitución de un depósito de cincuenta euros, por cada uno de ellos, 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.

Firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

