

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 382/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez  
Guiu

**TRIBUNAL SUPREMO  
Sala de lo Civil**

**Sentencia núm. 131/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 7 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 641/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Bartolomé de Tirajana; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don ██████████ ██████████ ██████████, representado ante esta sala por el procurador don Vicente Javier López López, bajo la dirección letrada de don José Miguel Rodríguez Ceballos; siendo parte recurrida Puerto Rico S.A., representada por la Procuradora doña Matilde Martín Pérez, bajo la dirección letrada de Puerto Calma Marketing S.L. y Vista Amarores S.L., representadas por la Procuradora doña Paloma Rabadán Chavez, bajo la dirección letrada de don José Agustín Medina Castellano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de don [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] interpuso demanda de juicio ordinario contra Puerto Rico S.A., Puerto Calma Marketing S.L. y Vista Amarores S.L., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara por la que se declare:

«A.- La nulidad, o subsidiariamente resolución, de los contratos suscritos por mi mandante con Puerto Rico S.A. y Puerto Calma Marketing S.L., en fecha [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y con Sol Amadores, S.L. y Puerto Calma Marketing S.L., el [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, en ambos casos con obligación solidaria para las demandadas de devolver a mi mandante las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 11.000,00 libras esterlinas en el primero de los casos y de 64.000,00 en el segundo, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»B.- Para el caso de que no prosperase el *petitum* anterior, se declare la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas referidas en el Hecho Segundo, con la obligación para las codemandadas intervinientes en el contrato de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado.

»C.- En tercer y último lugar, y para el caso de que no prosperase ninguno de los *petitums* anteriores, se declare la nulidad, por abusiva y no haber sido negociada de forma individualizada, de las cláusulas quinta del contrato de fecha [REDACTED] [REDACTED] reseñada en el hecho quinto de la demanda, que implican un claro desequilibrio entre las posiciones de las partes.»

**2.-1.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada Puerto Rico S.A. contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte:

«...en su día Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo de la misma a mi representada, con expresa condena en costas al actor.»

**2.-2.-** La representación procesal de las demandadas Puerto Calma Marketing S.L. y Vista Amadores S.L., contestó asimismo la demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado:

«...dicte en su día Sentencia, desestimando íntegramente la demanda, absuelva a mis representadas de las peticiones de la parte actora, con expresa condena en costas al demandante.»

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Bartolomé de Tirajana, dictó sentencia con fecha 20 de diciembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup>. Montserrat Costa Jou con expresa condena en costas.»

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora y, sustanciada la alzada, la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 27 de noviembre de 2015, cuyo Fallo es como sigue:

«Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por don ██████████ ██████████ ██████████ contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia N.º. 2 de San Bartolomé de Tirajana de fecha ██████████ ██████████ en los autos de Juicio Ordinario nº 641/2012, que confirmamos con expresa condena al recurrente al pago de las costas de esta alzada.»

**TERCERO.-** La procuradora doña Monserrat Costa Jou, en nombre y representación de don ██████████ ██████████ ██████████ interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional, alegando la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, fundado en los siguientes motivos:

1. Por infracción del artículo 3 de la Ley 42/1998, de 15 diciembre.
2. Por infracción de la doctrina jurisprudencial acerca de la calificación de los contratos según su naturaleza.

**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha ██████████ ██████████ por el que se acordó la admisión de ambos recursos y dar traslado de los mismos a la parte recurrida, Puerto Calma Marketing S.L. y Vista Amadores S.L. que se

opusieron mediante escrito presentado en su nombre por las procuradoras Sras. Marín y Rabadán Chavez.

**QUINTO.-** No habiéndolo solicitado las partes, se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día [REDACTED] [REDACTED], en que ha tenido lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El demandante, don Brian Raymond Saunders presentó demanda el [REDACTED] [REDACTED] solicitando la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la resolución del contrato suscrito con Puerto Rico S.A y Puerto Calma Marketing S.L con fecha [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y también del contrato celebrado con Sol Amadores S.L, y Puerto Calma Marketing S.L con fecha [REDACTED] [REDACTED], con la obligación de devolver las codemandadas las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos por importe de 10.000 libras esterlinas, por el primero, y 64.000 libras, por el segundo, más los intereses correspondientes desde la interposición de la demanda.

Para el caso de que no prosperar las peticiones anteriores, interesó que se declare la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas, con la obligación de las codemandadas de devolver las referidas cantidades por duplicado. Subsidiariamente a todo lo anterior, que se declare la nulidad por abusiva -y por no haber sido negociada de forma individualizada- la cláusula 5.ª del contrato de [REDACTED] [REDACTED] porque implica un claro desequilibrio entre las partes.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, con expresa condena en costas al demandante. Éste recurrió en apelación y la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia, con imposición al recurrente de las costas causadas.

se dice que su duración es de 40 años desde una fecha no determinada, por lo que en realidad sigue siendo indeterminado el plazo.

La Audiencia sostiene -en relación con el [REDACTED]- que no es de aplicación la doctrina citada en el presente caso pues lo que se comercializa ahora no es exactamente un derecho de uso sometido a la norma en cuestión -Ley 42/1998- sino un condominio, y en cuanto al contrato de 2006, la duración acordada lo es por un período de cuarenta años contados desde el día de la inscripción de la finalización de la construcción, y a pesar de lo que alega el recurrente, la sentencia impugnada declara que se inscribió la finalización de la obra en el registro de la propiedad el 26 de enero de 2006, por lo que a partir de esa fecha debía iniciarse el cómputo de ese plazo.

El motivo ha de ser acogido en todo aquello que se refiere al [REDACTED], pero no respecto [REDACTED]. Alude la Audiencia, en cuanto al primero de los contratos, a que no se trata de un aprovechamiento por turno sino de la transmisión de una participación o un condominio. Precisamente la Ley 42/1998 se propuso acabar con el sistema de condominio y en su artículo 1.4 dispuso que el derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad. A continuación el artículo 1.7 establece que «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».

Por tanto basta la aplicación de dichas normas, en relación con la jurisprudencia que se afirma como infringida, para concluir la nulidad radical de dicho contrato con los efectos que se dirán, no sólo por no ajustarse a la Ley 42/1998, sino también porque, precisamente por ello, no fija plazo de duración e infringe así el artículo 3 de la misma, según reiterada jurisprudencia de esta sala.

En el caso del [REDACTED], sí se trata de aprovechamiento por turno según la Ley 42/1998 y en él se ha fijado una duración de cuarenta años,

determinando la Audiencia correctamente el momento inicial para el cómputo de dicho plazo, por lo que no puede prosperar la pretensión de nulidad al no acreditarse causa legal alguna para ello.

**CUARTO.-** El segundo motivo denuncia textualmente «la infracción de la doctrina del *nomen iuris*, sin cita de precepto infringido pero con referencia a dos sentencias de esta sala de [REDACTED] y [REDACTED]. La doctrina alegada es la que viene a expresar que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aunque se nombre de otra forma (participaciones pro-indiviso, adquisición de derechos vacacionales, filiación o membresía a un club) lo que está claro es que la demandada vende derechos de aprovechamiento por turno de uso turístico».

En realidad se trata de insistir sobre el anterior motivo primero enfocado desde otra perspectiva, de modo que -estimado aquél en lo que se refiere al contrato de 2004- no proceder añadir nada a lo ya razonado.

Como esta sala ha tenido ocasión de pronunciar en reiteradas resoluciones, la nulidad del primero de los contratos -de 28 de enero de 2004- tendrá como consecuencia la devolución por las demandadas al demandante del precio satisfecho con deducción de la cantidad correspondiente a los años de duración del contrato desde su celebración hasta la interposición de la demanda, más los intereses correspondientes computados desde la fecha de presentación de la demanda.

En cuanto al segundo, no ha lugar a decretar su nulidad y tampoco ha lugar, como pretensión subsidiaria, a acordar la devolución duplicada de cantidades entregadas anticipadamente pues la Audiencia ha considerado en la sentencia impugnada que no se ha acreditado que se entregaran cantidades en los plazos a que se refiere el artículo 11 de la Ley 42/1998. Del mismo modo no procede entrar en la consideración de abusividad de la cláusula quinta del contrato; pretensión que fue expresamente denegada por la sentencia de primera instancia de modo razonado, sin que en la apelación se hiciera concreta referencia y contradicción a dichos argumentos, lo que dio lugar a que la sentencia hoy recurrida haya omitido toda mención a dicha pretensión.

**QUINTO.-** No procede hacer especial declaración sobre las costas causadas por el recurso de casación, que se estima parcialmente, y por el de apelación de la parte demandante que debió ser estimado también en parte; tampoco procede condena respecto de las costas causadas en la primera instancia, dada la estimación parcial de la demanda (artículos 394 y 398 LEC). Por el contrario, se imponen al ahora recurrente las costas causadas por la interposición de su recurso por infracción procesal.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación del demandante don [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 5.ª) de 27 de noviembre de 2015, en Rollo de Apelación n.º 420/2013, dimanante de autos de juicio ordinario n.º 641/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Bartolomé de Tirajana.
- 2.º- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el demandante casando en parte la sentencia recurrida.
- 3.º- Estimar parcialmente la demanda interpuesta por el hoy recurrente y, en consecuencia declarar la nulidad del contrato celebrado con la parte demandada en fecha [REDACTED] [REDACTED].
- 4.º- Condenar a las demandadas Puerto Rico S.A y Puerto Calma Marketing S.L a devolver al demandante la cantidad de 11.000 libras esterlinas, de la que habrán de detrarse las correspondientes a los años de vigencia del contrato refiriendo el precio total del mismo a una duración de cincuenta años, operación que se efectuará, en su caso, en ejecución de sentencia, más los intereses correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda.
- 5.º- No hacer especial declaración sobre costas causadas por el presente recurso de casación, con devolución del depósito constituido, ni por las producidas en la apelación y en la primera instancia.

6.º- Condenar al demandante don ██████████ Saunders al pago de las costas causadas por su recurso de infracción procesal.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.