



Roj: **SAP TF 1155/2020 - ECLI: ES:APTF:2020:1155**

Id Cendoj: **38038370012020100220**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **11/06/2020**

Nº de Recurso: **163/2020**

Nº de Resolución: **228/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO MARIA RODERO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: ANA

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 93 78-79

Fax.: 922 34 93 77

Email: s01audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000163/2020

NIG: 3800642120160007745

Resolución: Sentencia 000228/2020

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000857/2016-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Arona

Apelado: Felicidad ; Abogado: Adrian Peña Botello; Procurador: Francisca Adan Diaz

Apelante: PARADISE TRADING SL; Abogado: Jorge Martinez-Echevarria Maldonado; Procurador: Buenaventura Alfonso Gonzalez

Apelante: Club La Costa Resorts amp; Hotels

SENTENCIA

Illtmos. Sres./a

Presidente:

D. ÁLVARO GASPARD PARDO DE ANDRADE

Magistrados:

Dª MARÍA PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA

D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA

En Santa Cruz de Tenerife, a 11 de junio de dos mil veinte.

Visto por los Illtmos./a Sres./a. Magistrados/a arriba expresados el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada en los autos de juicio ordinario n.º 857/2016, seguidos



ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona, promovidos por D^a Felicidad , representada por la Procuradora D^a Francisca Adán Díaz , y asistida por el Letrado D. Adrián Peña Botello , contra la entidad Paradise Trading, S.L. (Club La Costa Resorts amp; Hotels), representada por el Procurador D. Buenaventura Alfonso González, y asistida por el Letrado D. Jorge Martínez-Echevarría Maldonado; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY; la presente sentencia siendo Ponente el Il^{mo}. Sr. D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA, con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados el Il^{mo}. Sr. Juez D. Francisco Borja Abeijón Pérez, dictó sentencia el 17 de diciembre de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO: "Se estima parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D^{ña}. Francisca Adán Díaz, en nombre y representación de D^{ña}. Felicidad , contra Paradise Trading S.L. (Club La Costa Resorts amp; Hotels) y, por tanto:

- Se declara la nulidad de pleno derecho del contrato firmado el 16 de junio de 2013, entre la parte demandante y la parte demandada.

- Se condena a Paradise Trading S.L. (Club La Costa Resorts amp; Hotels), a pagar a D^{ña}. Felicidad la cantidad de 11.05656 libras, como consecuencia de la nulidad del contrato, más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda.

- La parte demandante restituirá los derechos adquiridos.

Todo ello sin hacer especial imposición de costas."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, formulándose oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

TERCERO.- Iniciada la alzada y seguidos todos sus trámites, se señaló día y hora para la votación y fallo, que tuvo lugar el día 11 de junio de 2020.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución de instancia que estimó parcialmente la demanda interpuesta por la parte demandante en el sentido de declarar la nulidad del contrato de fecha 16 de junio de 2013, condenando a la demandada a abonar la cantidad de 11.056,56 libras esterlinas, se interpone el presente recurso por la referida parte demandada en el que, resumidamente, se alega la falta de legitimación pasiva, que no puede aplicarse la Ley 4/12 sino la legislación inglesa, que aún aplicando la citada ley española tampoco habría causa de nulidad porque no es un aprovechamiento por turno de bien inmueble sino uno equivalente, por lo que solo es de aplicación el Título Primero de la referida ley, y, por último, que, en todo caso, y a los efectos del cálculo de las cantidades realizado en la resolución recurrida debe tenerse presente que el contrato finalizaba el 31-12-31, por lo que la cuantía sería de 9347,24 libras por las 14 años que restaban de vigencia.

Por la parte demandante se ha presentado escrito de oposición al recurso interesando su desestimación.

SEGUNDO.- Para enmarcar adecuadamente el recurso debe comenzarse por recordar que la sentencia recurrida, tras desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva deducida por la demandada estima parcialmente la demanda y declara la nulidad del contrato celebrado entre las partes en fecha 16 de junio de 2013. En segundo lugar destacar que el fundamento de esta estimación es entender de aplicación a la relación contractual que se anula la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. Y, en tercer lugar, que el importe objeto de la condena se ha cuantificado atendiendo a una duración indeterminada del contrato y atribuyendo la de 50 años como máxima legalmente admitida.

Debemos volver a insistir que el objeto de controversia es el contrato suscrito en Tenerife en fecha 16 de junio de 2013, (folios 44 y siguientes), junto al certificado que obra a folios 46 y siguientes, en el que, y en resumen, se contiene que la ahora parte apelada adquirió unos "derechos fraccionados" que se alude a que "respaldan unos puntos fraccionados" y que responde al derecho exclusivo de uso por el número de periodos semanales equivalentes a los puntos, se identifica una propiedad (07D) en el resort Sunnindale Village, de un dormitorio y capacidad para cuatro personas, sin transferir ni garantizar ninguna propiedad específica.



TERCERO.- El primero de los motivos de recurso se centra en la falta de legitimación pasiva de la entidad demandada porque no fue parte en el contrato cuestionado, afirmando que actuaba como un mandatario comercial de otra entidad, CLC Resort Development Limited, que es la real vendedora. Pero de la lectura del contrato aparece con total claridad identificada la recurrente como la parte vendedora, no solamente en su expositivo inicial sino también en su cláusula quinta cuando se afirma que todos los pagos "...deberán efectuarse a favor de Paradise Trading S.L.U...", lo que evidencia su legitimación pasiva. Este es el criterio seguido por esta Audiencia Provincial en procedimientos en que la recurrente ha sido parte y ha invocado también esta excepción; así, en la Sentencia 396/2019, de 26 de Septiembre, de la Sección 4ª de esta Audiencia se expone: "1. Poco hay que añadir a lo señalado en la sentencia apelada respecto de la falta de legitimación pasiva; en el recurso, se trata de rebatir la decisión sobre esa excepción con un argumento de la propia sentencia apelada al señalar que la demandada transmitía derechos de propiedad del grupo ("y no propios suyos", en expresión que enfatiza la propia recurrente), de lo que, a entender de la recurrente, hay que inferir que su intervención en el contrato no podía ser otra que como representante, mandatario o agente por la que actuaba.

2. No se advierte bien si esa excepción se alega en un sentido estrictamente procesal, o más bien como excepción relacionada con fondo y en su acepción causal (legitimación ad causam, es decir, la derivada de no ser sujeto obligado), pero entiende esta Sección que ni en uno ni en otro sentido cabe su estimación. Desde un punto de vista procesal, la condición de parte legítima (es decir, la legitimación procesal) se ostenta en razón de la comparecencia como titular «de la relación jurídica», y no cabe duda de que quien interviene en el contrato como tal (como sujeto) es la entidad demandada en nombre propio y no como representante de ninguna otra entidad, y ello por las razones que se expresan en la sentencia apelada. Y es precisamente la comercialización los productos del grupo al que pertenece la función que tiene atribuida, asumiendo en definitiva el rol de vendedor y sujeto de la relación jurídica trabada, que le confiere la legitimación que, en función de ellos, ostenta esa condición.

3. Y de ello se deriva su condición de obligada en la medida en que no actúa en el contrato, ni advierte a la otra parte, de que lo lleva a cabo en nombre de otro, y tal actuación como sujeto de la relación jurídica le convierte en el principal obligado y responsable de la contratación frente al que tiene que dirigirse la acción entablada como legitimada pasivamente en esa condición."

Por lo expuesto, la entidad apelante ostenta legitimación pasiva y debe decaer este motivo de recurso.

CUARTO.- La segunda de las cuestiones se centra en la insistencia en que debe ser objeto de aplicación una normativa extranjera y no la recogida en la Ley 4/2012, de 6 de julio. Tampoco este motivo puede ser acogido compartiendo los razonamientos vertidos en la resolución recurrida.

Y partiendo que no es hecho cuestionado en esta alzada el carácter de consumidor de la parte apelada, destacar que el contrato aparece identificada la ahora recurrente como "la compañía vendedora", se afirma que está constituida en España, se especifica su CIF y su domicilio ubicado en Adeje, y el contrato se firma en Tenerife, a lo que debe unirse las normas de protección que para los consumidores se establecen en la Ley 4/2012, y la prohibición de renuncia por los consumidores de los derechos que se les reconoce en los términos que su art. 16 sanciona.

Pues bien, es cierto que el art. 3.1 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) establece el principio general de libertad de elección pero de la lectura de la cláusula "S" del contrato se constata que corresponde a un modelo impuesto por el vendedor y no negociada individualmente, que no persigue otra finalidad que evitar la protección que la normativa española, concretamente la citada Ley 4/12, concede al consumidor en este tipo de productos vacacionales, cláusula que debe reputarse abusiva a tenor de lo dispuesto en los arts. 82 y concordantes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en relación con lo que se expone en su art. 67. Debemos tener presente, en relación con lo expuesto, el contenido del art. 6.2 de Reglamento 593/2008 (en tanto la elección de la ley aplicable no puede acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo), en relación con el art. 4.2.

Este es el criterio mantenido en algunas resoluciones de nuestros tribunales, como la Sentencia 534/2019, de 19 de Julio, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, cuando expone:

"Y en cuanto a la aplicación de la ley Inglesa, también se ha pronunciado esta Sala en la reciente sentencia de fecha 28 de junio de 2019 dictada en el Rollo de Apelación 626/2018 (Ponente Ilmo. Sr. Sánchez Gálvez), donde decíamos:



"Nos hallamos, por tanto, ante contratos otorgados por la referida sociedad española y sólo en el de fecha 3 de junio de 2008 consta una cláusula (11ª) en la que se establece que "el presente contrato se rige por la legislación inglesa", de manera que conforme al Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales - Reglamento Roma I-, que, como hemos dicho, se cita sin más precisiones, es claro que no puede considerarse como un pacto de libre elección de la ley aplicable, según lo establecido en el art. 3.1 del mismo, puesto que se trata de una cláusula predispuesta en un condicionado general, cuya propia redacción literal indica que se trata de una imposición del predisponente y no de un acuerdo libremente pactado de sumisión a la ley inglesa, teniendo en cuenta, además, el contexto que ha quedado descrito anteriormente, del que se infiere la pretensión de eludir la normativa de la Ley 42/1998 en lo que se refiere tanto al régimen de explotación de los derechos de aprovechamiento por turnos como en lo concerniente a las formalidades del contrato, lo que excluiría la invocación a favor del propio predisponente y no de los consumidores de otros preceptos del referido Reglamento, como es el caso del art. 6.1, tendente a dar amparo a los contratos de consumo, de manera que ha de estarse al art. 4, con arreglo al cual la ley española es la aplicable porque, ya se consideren los derechos objeto del contrato como mercancías o servicios, se establece en el mismo que, a falta de elección, la ley aplicable al contrato es la del país en que tenga su residencia el vendedor.

Al hilo de lo cual ha de decirse que, conforme al art. 67, apartado segundo, del Texto Refundido de la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios las cláusulas de elección de foro han de considerarse dentro del ámbito de protección frente a cláusulas abusivas, de manera que el control de abusividad debe realizarse no sólo cuando el contrato se rija por el Derecho español, sino también cuando mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (art. 67.2 TRLGDCU), siendo el caso que el art. 90 declara abusiva "la sumisión del contrato a un Derecho **extranjero** con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza" (art. 90 apartado tercero), de manera que no puede sino considerarse abusivo que esta empresa española pretenda invocar en su beneficio y no en el de los cocontratantes consumidores una sedicente legislación británica".

Y lo expuesto es perfectamente aplicable al caso de autos, si bien, el contrato ahora objeto de litigio data de fecha 21 de agosto de 2013 y por lo tanto le es de aplicación la Ley 4/2012 de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, que traspuso al ordenamiento jurídico español la directiva 2008/122/CE."

Y en la Sentencia 396/19, ya mencionada, dictada por la Sección 4ª de esta Audiencia, también se afirma que "4. Precisamente, esta última consideración abunda en los argumentos de la sentencia apelada sobre la eficacia del pacto de sumisión a la ley inglesa, que se pretenden desvirtuar con base en que la prestación del contrato no la realiza la entidad demandada, sino que es otra entidad (CLC) que no tiene su residencia en España; en realidad, en el precepto que cita y transcribe la sentencia impugnada, no se trata tanto de la ejecución material de la prestación, sino de la obligación de llevar a cabo tal prestación que debe ser cumplida por el sujeto de la relación jurídica (que ya se ha dicho que es la entidad demandada), siendo la residencia de esta en España el criterio determinante de la legislación aplicable."

QUINTO.- La siguiente cuestión planteada en el recurso viene referida al ámbito de aplicación de la Ley 4/12, esto es, la calificación jurídica del contrato en relación con la protección que la legislación otorga atendiendo a los requisitos que se exigen para unos u otros contratos.

Es cierto que la referida legislación contempla y regula una pluralidad de modalidades contractuales, y así en su art. 1 ya alude a "Los contratos de comercialización, venta y reventa de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y de productos vacacionales de larga duración, así como los contratos de intercambio, se rigen por lo dispuesto en esta Ley cuando se celebren entre un empresario y un consumidor.", que se definen en los artículos siguientes. Y el art. 23 recoge "...la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.", que es el que "...atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, consecutivo o alterno, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, así como del derecho a la prestación de los servicios complementarios."

Pero de la lectura del contrato compartimos las nuevamente acertadas conclusiones del juez a quo. Aún cuando la redacción es confusa pues no se está atribuyendo el derecho de uso de un bien inmueble concreto y determinado y durante un periodo de tiempo especificado, se identifica con el propósito de su ulterior venta; como se afirma en la resolución recurrida "... se adquiere propiedad, inmediatamente se deposita y se



intercambia por la asignación de puntos, por lo que se vende una propiedad que corresponde a una semana indeterminada". Así pues, y pese a los esfuerzos dialécticos del recurrente, solo puede concluirse que nos encontramos antes una modalidad negocial que, con sus peculiaridades, debe encajarse en el ámbito de aplicación del art. 23 referidos.

En la tan reiterada Sentencia 396/2019 de la Sección 4ª de esta Audiencia, en caso análogo, se concluye que "5. En el recurso se insiste en que el contrato versa sobre la adquisición de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico definido en el art. 2 de la Ley 4/2102, y no de la adquisición de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles del art. 23 de la misma Ley por lo que no es de aplicación las disposiciones del Título II de la misma; sin embargo, no se explica la razón por la que debe incluirse en el primero de los supuestos y no en el segundo, explicación que sí da la parte apelada, pues entiende que el primero se proyecta sobre bienes turísticos distintos de los inmuebles (es decir, cualquier alojamiento de muebles, como barcos y caravanas); en este caso el contrato transmite 1/52 ava parte de un inmueble, de manera que se incardina en lo que es propiamente aprovechamiento de turno de un bien inmueble que es, al propio tiempo, un bien turístico, pero con la especialidad que le confiere su carácter raíz que sujeta el contrato a las especialidades legales que le son propias, es decir a las del Título II de la mencionada Ley. Sobre esta base y dado el carácter complejo del contrato en el que se integran, como se señala en la sentencia apelada, varias de la figuras reguladas en este, necesariamente hay que concluir en la aplicación en bloque de esta, sobre todo cuando esa complejidad deliberada lo que persigue es una apariencia para tratar de evitar la aplicación de la ley -imperativa-, lo que puede determinar un fraude de ley del art. 6.4 del CC, que no puede impedir la aplicación de la norma que se trata de eludir conforme a este mismo precepto."

Por lo expuesto, el contrato debe reputarse nulo por infracción de lo dispuesto en el art. 30 de la Ley 4/12, dando por reproducida la argumentación de instancia, y solo insistir en que es sistemático el incumplimiento de los requisitos legales y la consecuente nulidad radical del negocio en los términos reiterados por nuestro Tribunal Supremo en sus sentencias de 17 de enero de 2017 o de 30 de mayo de 2018, dictada conforme a la Ley 42/98 pero de igual aplicación a la actual.

SEXTO.- Abordando ya la última de las causas de recurso que afecta a la cuantía objeto de condena la única disconformidad que manifiesta la recurrente es que debe concluirse que el contrato tenía una duración determinada, concretamente hasta el 31-12-2031, por lo que debe hacerse los cálculos conforme esa duración y no el máximo de 50 años.

Efectivamente consta al folio 46 vuelto de autos el certificado de derechos fraccionales en cuya estipulación 6 se expresa: "FECHA DE VENTA 31/12/2031: EN ESTA FECHA EL FIDEICOMISARIO COMENZARÁ EL PROCESO DE VENTA EN LA PROPIEDAD ASIGNADA CONFORME SE ESTABLECE EN LAS REGLAS Y TRAS PERFECCIONAR LA VENTA REPARTIRÁ AL PROPIETARIO 2.15% QUE ESTÁ EN FIDEICOMISO". Por su parte, el apartado G de las condiciones generales (folio 44 vuelto) hace constar: "Duración de la propiedad: un Solicitante conservará sus Derechos y Puntos Fraccionados hasta la Fecha de Venta de la Propiedad Asignada o cuando el solicitante venda o transfiera dichos Derechos Fraccionados o deje de ser Propietario, lo que suceda primero. Como se explica en las Normas, el Club de Socios de Derechos Fraccionados continuará por sí mismo hasta finales de 2040, mientras continúe teniendo Propiedades". Pero al folio 69 también se aporta la Regla 9.2.9 del Club, en la que se establece la posibilidad que la propiedad no sea vendida y el régimen para tales supuestos.

Por tanto, de la lectura de estas cláusulas se acredita que no el contrato no estaba sujeto a término final, ni el 31 de diciembre del 2031 ni finales del 2040, sino a condición, como sostiene la apelada, dependiente de un hecho futuro e incierto y con una completa indeterminación de la duración. En la Sentencia 534/19 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga, ya citada, se expone, en un supuesto similar que "A ello hemos de añadir que el contrato tampoco cumple con el régimen temporal obligatorio establecido en el art. 24 de la Ley 4/2012 puesto que en la cláusula "G" se dice: "G. Duración de la Propiedad: un Solicitante conservará sus Derechos y Puntos Fraccionados hasta la Fecha de Venta de la Propiedad Asignada cuando el Solicitante venda o transfiera dichos Derechos Fraccionados o deje de ser Propietario, lo que suceda primero. Como se explica en las Normas, el Club de Socios de Derechos Fraccionados continuará por sí mismo hasta finales de 2040, mientras continúe teniendo Propiedades", lo que supone una indeterminación absoluta contraria a lo dicho por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 22 de febrero de 2017, con citación de las SSTs de 92/2016, de 29 marzo, y 627/2016, de 25 de octubre, y que se ratifica en la sentencia número 378/2018 de 20 junio."

Por lo expuesto, el recurso debe ser desestimado y la sentencia íntegramente confirmada.

SÉPTIMO.- En aplicación de los arts. 394 y 398 de la LEC las costas ocasionadas con el recurso deben imponerse a la parte recurrente al ser sus pretensiones íntegramente rechazadas y no existir causa alguna que justifique su no imposición.

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



FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Paradise Trading, S.L. (Club La Costa Resorts amp; Hotels), contra la sentencia dictada en el presente procedimiento, confirmando la sentencia recurrida, con expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Así por esta, nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Publicada ha sido la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, y leída ante mí por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente Don Antonio María Rodero García en audiencia pública , de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CINDUT