

**IGNACIO SÁNCHEZ DÍAZ – PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES**

**NOTIFICACIÓN AL PROCURADOR: 05 ABRIL 2016**

FUENGIROLA (MÁLAGA)

Juicio ordinario nº 1319/15

**S E N T E N C I A 77/2016**

En Fuengirola, a 1 de abril de dos mil dieciséis.

Vistos por mí Doña Isabel Escribá Molina, Juez titular en funciones de apoyo a los Juzgados de Primera Instancia de Fuengirola, los presentes autos de juicio ordinario, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de esta ciudad con el número **1319/2015** a instancias de [REDACTED], representados por el Procuradora de los Tribunales Sr. Sánchez Díaz y defendidos por el Letrado Sr. Vila Marcos, contra la entidad **MCDONALD RESORTS SPAIN S.A. LEILA PLAYA CLUB**, representada por la Procurador de los Tribunales Sra. Luque Rosales, sustituida en el acto de la vista por su compañera la Sra. Crespillo Gómez, y defendida por el Letrado Sr. Caracuel Caracuel,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por el Procurador de los Tribunales Sr. Vila Marcos en la representación que tiene acreditada de [REDACTED] se presentó escrito que por reparto correspondió a este Juzgado promoviendo demanda de juicio ordinario contra la entidad **MCDONALD RESORTS SPAIN S.A. LEILA PLAYA CLUB**, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, solicitaba al Juzgado que admitiese la misma, y previos los trámites legales se dicte en su día Sentencia en la que se declare la nulidad de los contratos de aprovechamiento por turnos correspondientes al apartamento A1 periodo 18 y apartamento A6 periodo 18 y accesorios, con obligación de devolución a los demandantes de las cantidades satisfechas por importe de DIEZ MIL SETECIENTAS CUARENTA Y UNA LIBRAS ESTERINAS (10.741 libras esterlinas) en concepto de importes abonados, más la suma de MIL NOVENTA Y OCHO EUROS CON VEINTIDOS CÉNTIMOS DE

EURO (1.098,22 euros), más intereses y costas,

**Segundo.-** Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada entidad **MCDONALD RESORTS SPAIN S.A. LEILA PLAYA CLUB.**, compareció en tiempo y forma representado por la Procurador de los Tribunales Sra. Luque Rosales, oponiéndose a la demanda en base a los hechos que describe y que se indicarán en esencia en la fundamentación jurídica de esta resolución, y previa cita de los preceptos legales que estimó de aplicación, solicitaba al Juzgado, que en su día previos los trámites legales, se dicte sentencia desestimando la demanda con imposición de costas a la parte actora.

**Tercero.-** Convocada audiencia previa, a la fecha señalada comparecieron las partes quienes manifestaron que subsistía el litigio sin que existiere disposición para llegar a un acuerdo; concurriendo controversia sobre los hechos litigiosos, propusieron los medios de prueba que tuvieron por conveniente en defensa de sus respectivas posiciones; adoptada decisión sobre la admisión de la prueba, se fijó fecha para el juicio.

**Cuarto.-** Al acto del juicio asistieron las partes, se procedió a la práctica de la prueba solicitada y admitida, limitada a la documental obrante en el expediente, previa renuncia por los Letrados a las declaraciones admitidas en trámite de audiencia previa, para seguidamente formular las partes por su orden conclusiones sobre los hechos controvertidos e informar sobre los argumentos jurídicos en los que apoyaban sus pretensiones; efectuado, quedaron los autos conclusos para emitir sentencia.

**Quinto.-** En la tramitación del presente procedimiento se han seguido las formalidades legales oportunas.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Por la parte actora en este procedimiento, [REDACTED] se ejercita acción de nulidad contractual respecto los contratos suscritos por los demandantes con la entidad demandada, instando la nulidad de pleno derecho por indeterminación del alojamiento que constituye el objeto del contrato, por infracción del periodo máximo de 50 años, por transmisión del turno antes de

su válida constitución, por vicio del consentimiento de los compradores en cuanto al desconocimiento de la información imperativa legalmente, y por falta de información del derecho al desistimiento y resolución, respecto de los contratos suscritos en verano del año 2003 y 30 de abril de 2008, respecto del derecho de aprovechamiento por turnos del complejo hotelero Leila playa, contratando el periodo 18 en la propiedad A6 y el periodo 18 en la propiedad A1, (como documento 1 se aporta a la demanda el segundo de los contratos), a través de los cuales los perjudicados pretendían adquirir el derecho de aprovechamiento por turnos a unos apartamentos ligados a una semana de utilización en una fecha determinada, pero la mercantil prestadora del servicio incurrió, según esta parte, en incumplimientos contractuales por lo que al amparo de los mismos, impera se declare la nulidad de los contratos antes reseñados, destacando que se ha incumplido por la parte vendedora la Ley 42/98. Para finalizar interesa la declaración de nulidad de los contratos al haber incurrido la demandada en dolo, dando lugar a que por la falta de información facilitada a los compradores se produjera error que implica vicio del consentimiento contractual prestado por ambos, pidiendo la devolución de las cantidades entregadas por sus mandantes.

La representación de la demandada **MCDONALD RESORTS SPAIN S.A. LEILA PLAYA CLUB** formuló contestación a la demanda oponiéndose a la pretensión esgrimida de contrario, alegando en primer lugar la excepción de falta de legitimación pasiva de su mandante, en segundo lugar excepción de falta de representación en el procurador por insuficiencia de poder (resuelto en el momento procesal oportuno de la audiencia previa), y en cuanto al fondo, adujo que los compradores conocían el producto y entendieron el objeto del contrato que además continuaron ejecutando durante 27 años de duración de la relación. Igualmente, en defensa de sus derechos reseñaron que el complejo vacacional es un régimen preexistente a los previstos en la Ley 42/98, regulación que, por tanto, lo les sería aplicable, oponiéndose al resto de pretensiones opuestas de contrario, interesando el dictado de sentencia desestimatoria con imposición de costas a la contraria.

**SEGUNDO.-** En primer lugar, se interpuso por la demandada la excepción de falta de legitimación pasiva de **MCDONALD RESORTS SPAIN S.A.** para ser parte en el presente procedimiento, la representación procesal solicitante alegó que su mandante es una persona jurídica ajena a la causa de la que se deriva el presente pleito, esto es, que no participó en el proceso de contratación con los actores, ni ha recibido de ellos cantidad alguna. Por su parte, la representación de la demandante instó la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo,<sup>3</sup> aduciendo la existencia de diferentes

sociedades como parte de único cometido empresarial, que actúan de forma conjunta en la gestión de las propiedades de las que son titulares, aportó para acreditarlo en el acto de audiencia previa documental acreditativa de su pretensión.

Llegado este punto, para resolver la excepción, se debe hacer referencia en primer lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de julio de 2013 en la que claramente se establece *que la legitimación pasiva es la misma cualidad del sujeto que, al hallarse en una situación jurídica determinada, justifica la exigencia de las consecuencias del otorgamiento de una concreta tutela jurisprudencial correspondiente a la acción de que se trate. Pasivamente legitimado, pues, es el obligado o deudor. En la acción reivindicatoria, legitimación pasiva la tiene el sujeto poseedor que posee sin derecho a ello, frente al propietario que sí tiene ese derecho (y por ende, legitimación activa). En el presente caso, que no se trata de acción reivindicatoria, está legitimada pasivamente aquella sociedad, ahora recurrente, que, según se ha probado, es la verdadera contratista del contrato de obra que se celebró formalmente con otra sociedad, DIFAMASA.*

Pues bien, la propia demandada en su escrito de contestación refiere que **MCDONALD RESORTS SPAIN S.A.** pertenece al mismo grupo que la entidad MCDONALD RESORTS LIMITED, a la que tacha como real contratante; lo cierto es que ambas pertenecen efectivamente al mismo grupo, diferenciándose exclusivamente en el CIF, pero compartiendo denominación, en cuanto al nombre principal, cargos, apoderado y domicilio social, encontrándonos ante un claro caso en el que es aplicable la doctrina del levantamiento del velo. La representación de la entidad no ha acreditado la ajeneidad de su mandante de las relaciones contractuales de las que se derivaría la posible imputación de responsabilidad, sin que conste que ambas entidades tienen funcionamiento real e independiente de forma separada, y apreciando que aparece la identificación de ambas en la documental aportado como correos electrónicos que han sido remitidos a los actores en el presente procedimiento que nos ocupa, por lo que la excepción debe ser desestimada.

Se debe traer a colación la doctrina ya consolidada sobre la teoría del levantamiento del velo, a raíz de resoluciones de Instancias Superiores y Tribunal Supremo, así, *Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2001 (RJ 2001\4783), «la doctrina jurisprudencial angloamericana creó la figura de la teoría del levantamiento del velo (lifting the veil) que desembocaba en la acción de rasgar el velo (piercing the veil), con la finalidad de deshacer lo ficticio e irrumpir en la realidad, todo ello con el fin de evitar el fraude a terceros, que se realizaba a través de la ingeniería societaria que permite la estructura de la sociedad anónima, y*

*cuya posibilidad de efectos era casi ilimitada, lo que a veces llevaba, entre otras, a las consecuencias dañinas de simular la constitución de una sociedad para eludir o hacer prevalecer ciertos derechos.*

*Como consecuencia de ello y como no podía ser menos, la jurisprudencia de esta Sala ha construido la doctrina de dar a los jueces la posibilidad de utilizar la desestimación de la personalidad jurídica y la penetración en el núcleo de la misma, así como destruir el abuso del derecho, la anulación de la buena fe y la construcción del fraude, que se puede generar a través de la constitución de una sociedad determinada.*

*Para ello ha utilizado los valores consagrados en la Constitución Española (RCL 1978\2836), como son el de la seguridad jurídica y el de la justicia (arts. 1.1 y 9.3). Pero para ello se ha de partir de la plasmación de unos datos fácticos, a lo que se ha de llegar a través de una actuación hermenéutica correcta y lógica, huyendo de cualquier extravagancia o irracionalidad».*

*En parecidos términos se pronuncian las sentencias del mismo Tribunal de 8 de mayo de 2001 (RJ 2001\7381) y 31 de octubre de 1996 (RJ 1996\7728).*

*Como añade la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000\8046) «la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo se aplica cuando consta probado que la sociedad en cuestión, carece de funcionamiento real e independiente respecto de la otra persona que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad, ni personalidad propia.*

*Debe considerarse además, que, como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2000 (RJ 2000\65), que reitera las de 25 de octubre de 1997 (RJ 1997\7359) y 30 de mayo de 1998 (RJ 1998\4075), la citada doctrina jurisprudencial tiene aplicación limitada, pues lo normal es el obligado respeto a la forma legal, aunque excepcionalmente, cuando se evidencia que la forma esconde una ficción, quepa penetrar en el sustrato personal de dichas entidades o sociedades, para evitar el perjuicio a terceros y su utilización como vehículo de fraude.*

**TERCERO.-** La cuestión controvertida que motiva la presente litis, se centra en la determinación de la existencia de posible nulidad contractual respecto de los contratos suscritos entre la parte demandante y la entidad prestadora de servicios demandada, firmados al haberse incumplido por **MCDONALD RESORTS SPAIN S.A. LEILA PLAYA CLUB** las disposiciones previstas en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, así como apreciación de la resolución contractual de los mismos con obligación de devolución de las prestaciones entre los

contratantes.

En cuanto a la legislación aplicable al presente caso, debemos acudir a la Ley 42/1998, atribuyendo el contrato litigioso a los demandantes la facultad disfrutar de más de un inmueble, por precio cierto y durante un tiempo superior a tres años, con carácter estable pero sin la condición de propietarios nos hallamos claramente ante un contrato que atribuye un derecho personal de uso de múltiples inmuebles por período determinado o determinable al año superior a tres e inferior a cincuenta. Justamente el tipo de contratos cuya nulidad radical prescribe el art. 1.7 de la Ley 42/1998. Ello determina, por tanto, la declaración de nulidad interesada de todos los contratos y sus anexos.

Invoca la demandada el hecho de que el régimen al que se acogen los demandados preexiste a la Ley 42/1998, por tratarse de un régimen previamente constituido a la vigencia de la citada norma, pero argumento no puede prosperar, partiendo de la premisa de que cualesquiera regímenes similares al aprovechamiento por turnos que excedieran de los limitados que preveía la norma debían ser reputados fraudulentos y por ello nulos (art. 1.7), la D.T. 2ª, inspirada en el deseo de respetar los derechos ya adquiridos, da cobertura a los derechos de aprovechamiento adquiridos antes de la entrada en vigor de la Ley conforme al régimen pactado, pero en modo alguno permite que los derechos no transmitidos, aún nacidos con arreglo a regímenes preexistentes, puedan vulnerar las prescripciones de la Ley: estos sí están sujetos a la nueva norma. Así (S.T.S. nº 477/2014, de 15 de enero de 2015).

El reclamante, por la firma de los contratos reseñados adquirió la condición de socio, no incluyendo derecho de propiedad alguno, por lo que el particular adquiere la posibilidad de disfrutar durante un tiempo limitado de las instalaciones ofertadas en los complejos vacacionales, si bien, en el documento contractual no se precisan ni enumeran los diferentes alojamientos de los que se podría disponer, tampoco los datos concretos de ninguno de ellos o las posibilidades reales de obtener la reserva requerida, según se observa de la documental obrante en las actuaciones donde se aportó uno de los dos contratos firmados por ambas partes (documento 1 bis de la demanda), por tanto, se aprecia que no se cumple lo estipulado en el artículo primero de la citada ley en lo que respecta al ámbito objetivo de aplicación de la misma, cuyos dos primeros apartados acotan la aplicación del régimen legal en concreto a *la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye*

*a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, 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, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. 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.*

*2. El régimen de aprovechamiento por turno sólo podrá recaer sobre un edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado. Todos los alojamientos independientes que lo integren, con la necesaria excepción de los locales, deben estar sometidos a dicho régimen. Será necesario que el conjunto tenga, al menos, diez alojamientos. Se permite, no obstante, que un mismo conjunto inmobiliario esté sujeto, al tiempo, a un régimen de derechos de aprovechamiento por turno y a otro tipo de explotación turística, siempre que los derechos de aprovechamiento por turno recaigan sobre alojamientos concretos y para períodos determinados.*

Es destacable además que nos encontramos en el marco de contratos de adhesión, en los que la entidad prestadora del servicio establece las estipulaciones oportunas sin que exista real igualdad de partes, ya que la contratación se basa en métodos “persuasivos” de captación de clientela, mientras que los futuros firmantes se encuentran disfrutando de un periodo vacacional, a la vez que por parte de los comerciales de la demandada se le ofrecen los productos y ventaja, sin que realmente se respete el periodo de reflexión necesario, ni el transcurso de un tiempo entre la explicación del producto y la firma del contrato, que además se califica de tracto sucesivo y de duración cuasi indefinida, cuyo contenido fue redactado de forma previa y unilateral por la vendedora e impuesto a la contraparte sin posibilidad de negociación o modificación de su clausurado.

Una vez sentado lo anterior, la pretensión de nulidad contractual esgrimida por la parte actora debe ser estimada, con base en el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la LGDCyU, y siguiendo las resoluciones emitidas en casos similares a los que nos ocupa por la Ilustrísima Audiencia Provincial de esta capital (sentencia de 7 de noviembre de 2005), nos encontramos ante un supuesto en el que en detrimento de los derechos de los consumidores contratantes, *se adquiere la cualidad de socio de una entidad vacacional de la que se desconoce su*

*objeto, carácter y régimen jurídico en cuanto se refieren en una de las cláusulas de manera imprecisa, como igualmente se desconocen los derechos y obligaciones que de aquella condición de socio se derivan, pues no se determina concretamente la clase de alojamiento vacacional ofertado, siendo a todas luces absolutamente insuficiente la referencia una documentación que se remitirá mucho después del total pago de la afiliación. La determinación de la concreta disponibilidad se deja al arbitrio de la entidad ofertante, que incluso se reserva expresamente el derecho de ofrecer un destino alternativo al deseado por el socio; se ignora si los documentos ,adicionales de la afiliación " a que se refiere la estipulación referida son simplemente complementarios o no, por más de que tampoco conste con certeza su remisión a los compradores; se realiza, en fin, un importante desembolso económico sin recibir una información completa y veraz sobre los bienes y servicios que se ofertan, y en tales circunstancias, obvio es que no existe una adecuada y correcta información, ni buena fe, ni justo equilibrio de prestaciones, por lo que de acuerdo con lo previsto en los artículos 1261 y siguientes del Código Civil y en el artículo 10 de la Ley 28/1984 debe reputarse nulo, fundamentalmente por quedar las obligaciones que resultan para la vendedora indeterminadas y a su único arbitrio.*

Y como tal régimen de nulidad radical no está sujeto a confirmación resulta irrelevante que los actores disfrutaran de los alojamientos en el período indicado pues la tacha de nulidad, no queda "... sanada por el hecho de que la actora disfrutara de sus días al año durante un largo período de tiempo ..." (Sentencia nº 60/2013, de 21 de febrero, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas), ello determina, conforme al art. 1303 C.c., la restitución recíproca de las prestaciones realizadas.

En el presente supuesto, se aduce de lo actuado que los consumidores no fueron convenientemente informados de los términos del contrato, incumpliendo la documentación entregada los requisitos requeridos para considerar cumplido el deber de información al particular contratante, al encontrarnos ante un contrato impuesto de forma unilateral por la entidad suministradora del servicio, que no permite al demandante una negociación en aras al mantenimiento de la igualdad de partes, sino que, por el contrario, viene unilateralmente redactado por la parte demandada, por todo ello, la demanda debe ser estimada, y el contrato declarado nulo, con devolución al actor de las prestaciones satisfechas, que según consta documentalmente acreditado asciende a la suma de ONCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE EUROS CON VEINTIDOS CÉNTIMOS DE libra esterlina (11.839,22 libras esterlinas).



**TERCERO.-** Conforme a lo dispuesto en los Arts. 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil, la demandada deberá abonar, en concepto de indemnización por retraso en el pago, el interés legal de la suma adeudada desde la interposición de la demanda (17 de septiembre de 2015 entendiéndose que queda limitada a la presentación de la que da inicio al presente pleito, no a anteriores reclamaciones) y hasta su completo pago.

**CUARTO.-** El Artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que “en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”, por lo que en este procedimiento, estimando la demanda, procede imponer las costas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación al caso,

## **FALLO**

Que estimando íntegramente como estimo la demanda deducida por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Díaz en nombre y representación de [REDACTED] contra **MCDONALD RESORTS SPAIN S.A. LEILA PLAYA CLUB,**

- Declaro la nulidad radical del contrato de 30 de abril de 2008 suscrito entre ambas partes, así como cualesquiera anexo al mismo.
- Condono a la demandada a abonar a los demandantes la suma de ONCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE EUROS CON VEINTIDOS CÉNTIMOS DE libra esterlina (11.839,22 libras esterlinas), incrementada en la que resulte de incrementarla en el interés legal desde 17 de septiembre de 2015, hasta su completo pago.
- Impongo a los demandados **MCDONALD RESORTS SPAIN S.A.**

**LEILA PLAYA CLUB** el pago de las costas causadas en esta instancia.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga. El escrito de interposición de recurso de apelación, en su caso, deberá acompañarse de la **acreditación de la consignación del preceptivo depósito para recurrir, por importe de 50 euros**, depósito que ha de constituirse en cualquier sucursal de la entidad bancaria SANTANDER, y en la cuenta de este Juzgado, indicando en el apartado “*OBSERVACIONES*”, que se trata de un recurso de apelación; ello a salvo de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la **Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 1/2.009 de 3 de noviembre**, y de los casos en que el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita.

Igualmente, y para el caso de recurrir en apelación la presente resolución, deberá acompañarse el **modelo 696 debidamente validado** por la A.E.A.T. en acreditación del pago o exención objetiva del mismo y con referencia a la tasa fiscal por ejercicio de actividad jurisdiccional, exigido por el **art. 35 Uno.1. b) de la Ley 53/2.002 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social**, sin cuyo requisito no se dará curso al escrito de interposición del recurso.

Líbrese testimonio de esta resolución para su unión a los autos principales y llévese el original al libro de Sentencias de este Juzgado.

Notifíquese esta resolución a las partes de este procedimiento.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo yo, Doña Isabel Escribá Molina, Juez titular en funciones de apoyo del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fuengirola.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada la anterior Sentencia, en audiencia pública, el mismo día de su fecha. Doy fe.

*“En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)”*