



Roj: **STS 4718/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4718**

Id Cendoj: **28079110012016100623**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2016**

Nº de Recurso: **2537/2014**

Nº de Resolución: **645/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 1841/2014,**  
**STS 4718/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 31 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de julio de 2014, dictada en recurso de apelación, núm. 760/2012, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 170/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Bartolomé de Tirajana; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Remigio, representado por la procuradora Dña. Montserrat Costa Jou, bajo la dirección letrada de D. Miguel Rodríguez Ceballos, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Tasolan S.L. representado por la procuradora Dña. Isabel Campillo García bajo la dirección letrada de D. Álvaro Campanario Hernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-1.-** D. Remigio, representado por la procuradora Dña. Montserrat Costa Jou y asistido del letrado D. Javier Correa Guimerá, interpuso demanda de juicio ordinario contra Tasolán S.L. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare:

»1.- La nulidad de la escritura pública firmada el 3 de enero de 2001 ante el notario D. Francisco Barrios Fernández por las mercantiles Palm Oasis Maspalomas, S.L., y Tasolan, S.L., al no haber sido otorgada por el presidente de la Comunidad de Propietarios, previo acuerdo de la propia comunidad adoptado por mayoría simple de asistentes a la Junta que se convoque al efecto, y porque además la misma dice haber sido otorgada por los únicos propietarios del inmueble, siendo dicha afirmación incierta.

»2.- La nulidad del contrato suscrito por las partes en fecha 13 de junio de 2000 (014947), así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, en ambos casos con obligación de la demandada de devolver a mi mandante las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 100.000,00 coronas noruegas, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»3.- Subsidiariamente, la resolución del contrato suscrito por las partes en fecha 13 de junio de 2000 (014947), así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, declarando improcedentes los cobros anticipados de las cantidades satisfechas pro mi mandante a las demandadas y la obligación de las demandadas de devolver a mi mandante dichas cantidades por duplicado (44.000,00 coronas noruegas), más el resto de cantidades



abonadas que no fueran depósitos (86.000,00 coronas noruegas), más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»4.- En cuarto lugar, y para el caso de que no prosperase ninguno de los *petitums* anteriores, se declare la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por mi mandante a la demandada en la misma fecha de la firma de su contrato y la obligación de ésta de devolver a mi mandante dichas cantidades por duplicado (44.000,00 coronas noruegas).

»5.- En quinto y último lugar, y para el caso de que no prosperase ninguno de los *petitums* anteriores, se declare la nulidad, por abusivas y no haber sido negociadas de forma individualizada, de las cláusulas reseñadas en el hecho quinto de la demanda, que implican un claro desequilibrio entre las posiciones de las partes».

**2.-** El demandado Tasolán, S.L., contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. Sandra Pérez Almeida y bajo la dirección letrada de D. Álvaro Campanario Hernández, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que desestime íntegramente la demanda interpuesta por D. Remigio contra mi confiriente, la entidad Tasolán, Sociedad Limitada, absolviéndola de las pretensiones contenidas en dicha demanda, con imposición al actor del pago de las costas causadas a mi principal».

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Bartolomé de Tirajana se dictó sentencia, con fecha 30 de marzo de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. Remigio, contra Tasolan S.L., absolviendo a la demandada de las pretensiones ejercidas en su contra las cuales son expresamente desestimadas e imponiéndole a la actora las costas derivadas del presente procedimiento».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, con fecha 7 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Remigio contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de San Bartolomé de Tirajana de fecha 30 de marzo de 2012, en los autos de juicio ordinario 170/11, cuyo fallo se revoca en el único sentido de no imponer las costas de la primera instancia a ninguna de las partes.

»No se impone el pago de las costas de apelación a ninguno de los litigantes.

»Firme que sea esta resolución procedáse a la devolución del depósito constituido».

**TERCERO.- 1.-** Por D. Remigio se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en lo siguiente:

Motivo primero.- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, art. 469.1 de la LEC, Infracción del deber de congruencia. Artículo 216 y 218 de la LEC. Se sucede una grave infracción de los deberes impuestos en cuanto a la congruencia de la sentencia, a la vista de no corresponder el pronunciamiento con los *petitums* del proceso, así como tampoco con sus fundamentos jurídicos y de hechos. Vulneración del art. 217 LEC, error en la aplicación de la carga de la prueba. En primer lugar se pretende por esta parte la declaración de nulidad de una escritura de adaptación llevada a cabo, de forma indebida, por quienes dicen ser únicos dueños, cuando ha sido probado lo falso de esta afirmación. Será el propio contrato de autos manifestación de la falta de verdad en esta afirmación hecha de adverso y que sorpresivamente da por cierta la sentencia. Igual, hace prueba de la existencia de anteriores propietarios, los contratos de adquisición que se aportaron al número 7, sin que por la sala se haya valorado adecuadamente la prueba al respecto de este hecho.

Motivo segundo.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, art. 469.1.3.º LEC. Al respecto de la errónea interpretación de la norma especial. Ley 42/98 de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles y Normas Tributarias. Vulneración o indebida interpretación y/o aplicación del art. 9 de la Ley 42/98, en cuanto a la desatención del contenido mínimo que ha de contemplar el contrato, vulnerando además con ello el art. 1.7 de la misma norma en relación con el art. 6. del Código Civil, ambas contemplan la consecuencia última de nulidad a la que ninguna atención se ha prestado. Esta norma protagonizaría nuestra petición de nulidad por falta de información esencial.



Motivo tercero.- Vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en el art. 24 de la Constitución : art. 469.1.4.º de la LEC . En relación con el art. 117.1 de la CE , sometimiento al imperio de la Ley.

E interpuso recurso de casación por interés casacional basado en el siguiente motivo único:

Motivo primero y único.- Al amparo del art. 477.2.3.º. Motivo de interés casacional que se desprende del criterio errado o contrario a la doctrina de este alto tribunal, sobre la existencia o no de la comunidad de propietarios, a la vista de no haber sido otorgada escritura de constitución hasta años después de la existencia de varios propietarios, y las consecuencias jurídicas que se desprenden de esta falta de constitución de la comunidad de propietarios a la hora de otorgar la escritura de adaptación al régimen con las exigencias que prevé la norma específica, Ley 42/98 de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias. El criterio plasmado en la sentencia sometida a casación se torna esencial al objeto de los autos, toda vez que ese erróneo criterio de otorgar legitimación a las entidades mercantiles comparecidas para llevar a cabo la escritura de adaptación al régimen, premiando el no haber constituido formalmente la comunidad de propietarios (aun cuando queda acreditada la existencia de los elementos necesarios para su constitución, - existencia de comunidad de hecho, o situación de prehorizontalidad), motiva de forma única la desestimación de una de nuestras acciones principales que no es otra que la nulidad de la escritura de adaptación al régimen de fecha de 3 de enero de 2001. Visto lo anterior, se entiende infringida además la doctrina jurisprudencial del TS al respecto de la configuración de la comunidad desde que existen elementos integradores de la misma (al menos dos propietarios de elementos privativos, que comparten elementos comunes), el art. 2.b de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el 396 del CC , así como el incumplimiento de la disposición transitoria 2.ª de la Ley 42/98 de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmueble de Uso Turístico y Normas Tributarias , con la clara consecuencia de nulidad radical por falta de legitimación/capacidad de quien lleva a cabo la escritura de adaptación.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 13 de abril de 2016 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. María Isabel Campillo García, en nombre y representación de Tasolán S.L., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 19 de octubre de 2016, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO .- Antecedentes.

El actor D. Remigio , junto con la que fue su esposa, suscribieron un contrato el 13 de junio de 2000 (01497) con la mercantil Palm Oasis Maspalomas S.L, que fue absorbida por la mercantil hoy demandada Tasolán, S.L..

En virtud del contrato, los compradores compraban la semana nº 4 del apartamento nº NUM000 , por el precio pactado que fue de 100.000 coronas noruegas.

Se presenta demanda por D. Remigio el 11 de febrero de 2011, en la que solicita que se declare:

- La nulidad de la escritura pública firmada el 3 de enero de 2001 por las mercantiles Palm Oasis Maspalomas, S.L., y Tasolán, S.L., al no haber sido otorgada por el presidente de la Comunidad de Propietarios.

- La nulidad del contrato suscrito por las partes en fecha 13 de junio de 2000 y los anexos de dichos contratos con la obligación de devolver la demandada al actor el importe de 100.000 coronas noruegas.

- Subsidiariamente la resolución del contrato suscrito por las partes así como que se declare improcedente los cobros de anticipos de las cantidades satisfechas por el actor a la demandada y la obligación de devolver esas cantidades por duplicado.

- Si no prospera ninguno de los *petitums* que se declare la improcedencia de los cobros anticipados de las cantidades satisfechas a la demandada en la misma fecha del contrato y la obligación de devolver dichas cantidades por duplicado.

- En el caso de que no prospere ninguno de los *petitums* se declare la nulidad, por abusivas y por no haber sido negociadas la forma individualizada, de varias cláusulas del contrato que implican un desequilibrio entre las posiciones de las partes.



La mercantil demandada Tasolán S.L alega que desde el año 1995 ya tenía inscrito en el Registro de la Propiedad su régimen inicial preexistente a la entrada en vigor de la Ley 42/1998, y dentro del plazo establecido a tal efecto el 3 de enero de 2001 formalizó la escritura pública de adaptación a la Ley de Aprovechamiento por Turnos en la que se declara expresamente la continuidad del régimen preexistente constituido y por tiempo indefinido.

La escritura de adaptación fue otorgada por los únicos propietarios registrales, en aquel momento no se había otorgado el certificado final de obra y la licencia de primera ocupación de la última fase del complejo.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda con imposición de las costas al actor. Se formula recurso de apelación por el demandante.

La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, estima parcialmente el recurso, en el sentido de no imponer las costas de la primera instancia a ninguna de las partes.

La Audiencia concluye:

- La escritura de adaptación no es nula porque fue otorgada por las únicas propietarias del conjunto urbanístico en esa fecha, la comunidad de propietarios no había sido constituida, y ésta ratificó posteriormente mediante acuerdo tomado por mayoría dicha escritura.

- Cuando se presenta la demanda han transcurrido los plazos legales para el ejercicio de las acciones de resolución y anulación previstos en la Ley ( art. 10.2 Ley 42/1998 ). Solicita la parte una consecuencia diferente de la que la norma prevé, que es la resolución en plazo de caducidad.

- El derecho a exigir en cualquier momento la devolución de la cantidad duplicada, no es ilimitado, consta que los adquirentes alabaron durante la vigencia del contrato los efectos del mismo, de modo que la sanción que para el transmitente se prevé en el art. 11.2 de la Ley 42/1998 no solo sería desproporcionada sino incompatible con lo manifestado por ellos mismos.

Se interponen recursos de casación y extraordinario por infracción procesal por el demandante, D. Remigio .

El recurso de casación tiene un motivo único, plantea el recurrente dos cuestiones:

1. Cuando entra en vigor la Ley 42/1998 la mercantil demandada ya había transmitido numerosas cuotas indivisas de la propiedad, por lo que existía un número de propietarios que no fueron convocados para otorgar la escritura de adaptación que fue suscrita no por el presidente de la comunidad como dispone la disposición transitoria 2.ª de la Ley 42/1998 , sino por las dos mercantiles que aparecían como copropietarias de la totalidad del presente conjunto urbanístico.

Los propietarios que ya eran dueños antes de la entrada en vigor de la ley 42/1998, debieron ser llamados a junta general para la aprobación y en su caso la adaptación al régimen a la nueva normativa de derechos de aprovechamiento por turnos.

La mercantil demandada no estaba legitimada para otorgar la escritura de adaptación de regímenes preexistentes, conforme a la disposición transitoria 2.ª Ley 42/1998 .

2. La venta a la demandante de una participación proindiviso por término indefinido en contra del mandato expreso del art. 3 de la Ley 42/1998 que limita el plazo de duración máximo a 50 años, implica la nulidad radical del contrato al amparo del art. 1.7 de Ley 42/1998 .

La recurrente alega la existencia de interés casacional, por oposición a la doctrina de la sala en concreto en la que se recoge en las sentencias de 25 de junio de 2013 , 29 de abril de 2010 , 14 de junio de 2007 y 1 de febrero de 1995 .

Según la recurrente la sentencia recurrida opone a la doctrina que ha declarado que es posible que sean objeto de inscripción los edificios de régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté por lo menos comenzada, y la escritura pública como título constitutivo de la propiedad horizontal puede otorgarse aunque el edificio no esté terminado, pues es lícita la constitución y subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad del régimen de propiedad horizontal de un edificio en construcción, es la situación que se llama «prehorizontalidad» como estado preparatorio de la propiedad horizontal que surgirá definitivamente cuando la construcción esté terminada, son los supuestos que la doctrina científica califica como «propiedades horizontales de hecho» dada la inexistencia del título constitutivo.

Plantea la recurrente que existían elementos para la constitución de la comunidad de propietarios desde el año 1995, cuando se empieza a comercializar la venta de cuotas proindivisas y no se constituyó formalmente hasta el año 2001, por ello debió otorgarse la adaptación al régimen conforme a la disposición transitoria 2.ª por el presidente de la Comunidad previo acuerdo de la junta.



El recurso extraordinario por infracción procesal, tiene tres motivos:

En el primero, al amparo de la art. 469.1.2.º LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, se fundamenta el motivo en la infracción de los artículos 216 y 218 LEC . Falta de congruencia de la sentencia a la vista de no corresponder el pronunciamiento de la sentencia con los *petitums* del proceso, porque da por válida la escritura de adaptación otorgada por quienes no tienen capacidad o legitimación para hacerla y se elude el resto de pronunciamiento pues no entra a resolver la venta por plazo indefinido en contra de lo previsto en la norma. Se fundamenta también este motivo en la infracción del art. 217 LEC en cuanto ha quedado acreditada la venta desde el año 1995 de participaciones proindivisas y por tanto se reconoce la existencia de propietarios y pese a ello la sentencia declara que la escritura de adaptación no es nula porque fue otorgada por las únicas dueñas del conjunto urbanístico en esa fecha. Además el incumplimiento denunciado de la otra parte está probado por los documentos aportados por la mercantil demandada, pues el contrato no contiene los elementos a los que se refiere el art. 9 de la Ley, pues no consta la duración del derecho y esta falta de información, por si sola, debería tener la consecuencia jurídica de la nulidad radical, pues los compradores no saben cuando finaliza su derecho, si dentro de cinco, diez o mil años. La mercantil demandada no ha desvirtuado este déficit de información se vulnera por tanto el principio de la carga de la prueba.

En el segundo, al amparo del art. 469.1.3 LEC , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinara la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. Fundamenta este motivo en la infracción de la indebida interpretación y/o aplicación del art. 9 de la Ley 42/1998 , en cuanto a la desatención del contenido mínimo que debe contemplar el contrato, pues la falta de información como incumplimiento grave alcanza conforme al art. 1.7 Ley 42/1998 al contrato, para predicar la nulidad radical del mismo, y en el mismo sentido la errónea interpretación en cuanto al límite temporal fijado en el art. 3 de la Ley 42/1998 , que determina la nulidad radical contemplada en el referido art. 1.7 Ley 42/1998 .

En el tercero, al amparo del art. 469.1.4.º LEC , se denuncia la errónea valoración de la prueba, que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24, pues como ya se ha dicho existen otros propietarios, más allá de la mercantil demandada quien comparece para otorgar la escritura de adaptación como única dueña cuando no lo era, además se ha tenido por válida la información que se ha dado en el documento anexo al contrato y no han sido traídos a los autos.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal .**

**SEGUNDO** .- Motivo primero. Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, art. 469.1 de la LEC , Infracción del deber de congruencia. Artículo 216 y 218 de la LEC . Se sucede una grave infracción de los deberes impuestos en cuanto a la congruencia de la sentencia, a la vista de no corresponder el pronunciamiento con los *petitums* del proceso, así como tampoco con sus fundamentos jurídicos y de hechos. Vulneración del art. 217 LEC , error en la aplicación de la carga de la prueba. En primer lugar se pretende por esta parte la declaración de nulidad de una escritura de adaptación llevada a cabo, de forma indebida, por quienes dicen ser únicos dueños, cuando ha sido probado lo falso de esta afirmación. Será el propio contrato de autos manifestación de la falta de verdad en esta afirmación hecha de adverso y que sorpresivamente da por cierta la sentencia. Igual, hace prueba de la existencia de anteriores propietarios, los contratos de adquisición que se aportaron al número 7, sin que por la sala se haya valorado adecuadamente la prueba al respecto de este hecho.

Se alega falta de congruencia de la sentencia a la vista de no corresponder el pronunciamiento de la sentencia con los *petitums* del proceso, porque da por válida la escritura de adaptación otorgada por quienes no tienen capacidad o legitimación para hacerla y se elude el resto de pronunciamiento pues no entra a resolver la venta por plazo indefinido en contra de lo previsto en la norma. Se fundamenta también este motivo en la infracción del art. 217 LEC en cuanto ha quedado acreditada la venta desde el año 1995 de participaciones proindivisas y por tanto se reconoce la existencia de propietarios y pese a ello la sentencia declara que la escritura de adaptación no es nula porque fue otorgada por las únicas dueñas del conjunto urbanístico en esa fecha. Además el incumplimiento denunciado de la otra parte está probado por los documentos aportados por la mercantil demandada, pues el contrato no contiene los elementos a los que se refiere el art. 9 de la Ley, pues no consta la duración del derecho y esta falta de información, por si sola, debería tener la consecuencia jurídica de la nulidad radical, pues los compradores no saben cuando finaliza su derecho, si dentro de cinco, diez o mil años. La mercantil demandada no ha desvirtuado este déficit de información se vulnera por tanto el principio de la carga de la prueba.

**TERCERO** .- *Decisión de la sala.*

Se estima el motivo.





Debe declararse que de acuerdo con los arts. 216 y 218 LEC no estamos ante un problema de congruencia sino de exhaustividad y evidentemente en la sentencia recurrida no se ha efectuado pronunciamiento expreso sobre el tema de la duración del contrato, por lo que se ha de estimar el motivo, lo que tendrá su debida respuesta en el análisis del recurso de casación. Por la misma razón no cabe causa de inadmisibilidad, pues no se precisaba de escrito de complemento de sentencia para analizar una cuestión de exhaustividad ( art. 469.2 LEC ).

**CUARTO** .- Motivo segundo. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, art. 469.1.3.º LEC . Al respecto de la errónea interpretación de la norma especial. Ley 42/98 de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles y Normas Tributarias. Vulneración o indebida interpretación y/o aplicación del art. 9 de la Ley 42/98 , en cuanto a la desatención del contenido mínimo que ha de contemplar el contrato, vulnerando además con ello el art. 1.7 de la misma norma en relación con el art. 6. del Código Civil , ambas contemplan la consecuencia última de nulidad a la que ninguna atención se ha prestado. Esta norma protagonizaría nuestra petición de nulidad por falta de información esencial.

**QUINTO** .- *Decisión de la sala.*

Debe declararse la inadmisibilidad del motivo, esgrimida por la parte recurrida, dado que en el recurso por infracción procesal se cuestiona la interpretación de una norma sustantiva, lo cual solo puede impugnarse mediante recurso de casación ( art. 477.1 LEC ).

**SEXTO** .- Motivo tercero. Vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en el art. 24 de la Constitución : art. 469.1.4.º de la LEC . En relación con el art. 117.1 de la CE , sometimiento al imperio de la Ley.

Se denuncia la errónea valoración de la prueba, que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución , pues se alega que como ya se ha dicho existen otros propietarios, más allá de la mercantil demandada quien comparece para otorgar la escritura de adaptación como única dueña cuando no lo era, además se ha tenido por válida la información que se ha dado en el documento anexo al contrato y no han sido traídos a los autos.

**SÉPTIMO** .- *Decisión de la Sala.*

Como viene declarando esta sala, para que pueda declararse error en la valoración de la prueba, es preciso que la misma se haya apreciado de forma patentemente ilógica.

En el presente caso, la sentencia recurrida se ha limitado a declarar que la escritura de adaptación del régimen de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles la otorgaron los dos únicos propietarios registrales y a tal efecto reconoce su legitimación en base a certificación del Registro de la Propiedad, sin dar valor a las ventas no inscritas que se pudieran haber efectuado antes de la adaptación, lo cual no constituye un error en la valoración de la prueba sino una opción en evaluación de la misma y sus consecuencias jurídicas.

Por otro lado se alega que en la sentencia se da valor a unos anexos contractuales no aportados documentalmente al procedimiento, sin explicar la parte recurrente qué documentos pudieran ser, cuándo los menciona la sentencia recurrida, ni las consecuencias que se hayan extraído, por lo que dicho argumento debe rechazarse ante su manifiesta inconcreción, que impide a esta sala conocer en qué se sostiene este fundamento del recurso.

**Recurso de casación.**

**OCTAVO** .- Motivo único. Al amparo del art. 477.2.3.º. Motivo de interés casacional que se desprende del criterio errado o contrario a la doctrina de este alto tribunal, sobre la existencia o no de la comunidad de propietarios, a la vista de no haber sido otorgada escritura de constitución hasta años después de la existencia de varios propietarios, y las consecuencias jurídicas que se desprenden de esta falta de constitución de la comunidad de propietarios a la hora de otorgar la escritura de adaptación al régimen con las exigencias que prevé la norma específica, Ley 42/98 de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias. El criterio plasmado en la sentencia sometida a casación se torna esencial al objeto de los autos, toda vez que ese erróneo criterio de otorgar legitimación a las entidades mercantiles comparecidas para llevar a cabo la escritura de adaptación al régimen, premiando el no haber constituido formalmente la comunidad de propietarios (aun cuando queda acreditada la existencia de los elementos necesarios para su constitución, - existencia de comunidad de hecho, o situación de prehorizontalidad), motiva de forma única la desestimación de una de nuestras acciones principales que no es otra que la nulidad de la escritura de adaptación al régimen de fecha de 3 de enero de 2001. Visto lo anterior, se entiende infringida además la doctrina jurisprudencial del TS al respecto de la configuración de la comunidad desde que existen elementos integradores de la misma (al menos dos propietarios de elementos privativos, que comparten



elementos comunes), el art. 2.b de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el 396 del CC , así como el incumplimiento de la disposición transitoria 2.ª de la Ley 42/98 de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmueble de Uso Turístico y Normas Tributarias , con la clara consecuencia de nulidad radical por falta de legitimación/capacidad de quien lleva a cabo la escritura de adaptación.

Plantea la recurrente que existían elementos para la constitución de la comunidad de propietarios desde el año 1995, cuando se empieza a comercializar la venta de cuotas proindivisas y no se constituyó formalmente hasta el año 2001, por ello debió otorgarse la adaptación al régimen conforme a la Disposición Transitoria 2ª por el Presidente de la Comunidad previo acuerdo de la junta.

El recurso de casación aún cuando tiene un único motivo, plantea el recurrente dos cuestiones:

1. Cuando entra en vigor de la Ley 42/1998 la mercantil demandada ya había transmitido numerosas cuotas indivisas de la propiedad, por lo que existía un número de propietarios que no fueron convocados para otorgar la escritura de adaptación que fue suscrita no por el presidente de la comunidad como dispone la disposición transitoria 2ª de la Ley 42/1998 , sino por las dos mercantiles que aparecían como copropietarias de la totalidad del presente conjunto urbanístico.

Los propietarios que ya eran dueños antes de la entrada en vigor de la ley 42/1998, debieron ser llamados a junta general para la aprobación y en su caso la adaptación al régimen a la nueva normativa de derechos de aprovechamiento por turnos.

La mercantil demandada no estaba legitimada para otorgar la escritura de adaptación de regímenes preexistentes, conforme a la Disposición Transitoria 2.ª Ley 42/1998 .

2. La venta a la demandante de una participación proindiviso por término indefinido en contra del mandato expreso del art. 3 de la Ley 42/1998 que limita el plazo de duración máximo a 50 años, implica la nulidad radical del contrato al amparo del art. 1.7 de Ley 42/1998 .

**NOVENO** .- *Decisión de la sala.*

Se estima parcialmente el motivo.

1. Sobre la legitimación para instar la adaptación de los estatutos, esta sala debe declarar que de acuerdo con la disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 42/1998 correspondía a los propietarios promotores del régimen la adaptación de los estatutos, sin perjuicio de las facultades de los adquirentes para instarlo si transcurriesen dos años sin efectuarlo los promotores-propietarios.

2. 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 13 de junio de 2000, se produce después de la entrada en vigor de la Ley 42/1998, 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, 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 .

**DÉCIMO** .- Los demandantes solicitaron en su demanda la devolución, por razón de este contrato, de la cantidad total entregada de 100.000 coronas noruegas. La demandada ha puesto de manifiesto cómo los demandantes han podido disfrutar de las prestaciones propias del contrato durante 10 años (2001-2010), computados hasta la presentación de la demanda, teniendo en cuenta que la semana transmitida era la cuarta del apartamento NUM000 .

Es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante la interpretación de dicha norma y su aplicación al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del artículo 3 CC en el sentido de que dicha interpretación se ha de hacer atendiendo fundamentalmente a su «espíritu y finalidad». En el caso del citado artículo 1.7 se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato -normalmente de adhesión- que no cumple con las prescripciones legales, pero no ha sucedido así en el presente supuesto en el cual, como se ha dicho, el demandante ha podido disfrutar durante diez años del alojamiento que el contrato le ofrecía, por lo que el reintegro de cantidades satisfechas no ha de ser total sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años.

En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los 40 años no disfrutados (concretamente 80.000 coronas noruegas), partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la ley, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, acogiéndose así el segundo de los pedimentos del «suplico» de la demanda en cuanto al contrato de que se trata sin necesidad de entrar en la consideración del resto de las pretensiones.

**UNDÉCIMO** .- No se efectúa expresa imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal ni del recurso de casación ( art. 394 y 398 LEC ), con devolución de los depósitos para recurrir.

No procede expresa imposición de costas de la primera instancia (estimación parcial) ni de las de apelación.

## FALLO

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

**1.º**- Estimar el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Remigio , contra sentencia de 7 de julio de 2014 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, recaída en el PO 170/2011 . **2.º**- Casar la sentencia recurrida, en el sentido de estimar en parte la demanda interpuesta por D. Remigio . **3.º**- Se declara la nulidad del contrato de 13 de junio de 2000 (014947) y anexos, celebrado entre las partes. **4.º**- Se condena a la parte demandada al pago al demandante de 80.000 (ochenta mil) coronas noruegas, más los intereses legales desde la interposición de la demanda. **5.º**- No ha lugar a la imposición de costas de ambas instancias, ni respecto de las causadas por los recursos de casación ni del extraordinario por infracción procesal. **6.º**- Se acuerda la devolución de los depósitos para recurrir en casación y en 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.