



Roj: **STS 710/2018 - ECLI:ES:TS:2018:710**

Id Cendoj: **28079110012018100105**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2018**

Nº de Recurso: **2074/2016**

Nº de Resolución: **114/2016**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 817/2016,**
STS 710/2018,
AATS 3522/2018,
AATS 4097/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 114/2016

Fecha de sentencia: 06/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2074/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 2074/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 114/2016

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana



D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 6 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2016, dictada en recurso de apelación 347/2014, de la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas, dimanante de autos de juicio ordinario 1004/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Bartolomé de Tirajana; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Guillermo y D^{ña}. Jacinta, representados en las instancias por la procuradora D^{ña}. Montserrat Costa Jou, bajo la dirección letrada de D^{ña}. Eva María Gutiérrez Espinosa y D. Miguel Rodríguez Ceballos, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Vicente Javier López López en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil Tasolán S.L., representada por la procuradora D^{ña}. María 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. Guillermo y D^{ña}. Jacinta, representados por la procuradora D^{ña}. Montserrat Costa Jou y asistidos del letrado D. Miguel Rodríguez Ceballos, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Tasolán S. L. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron 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 Don Francisco Barrios Fernández 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, 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 de los contratos suscritos por las partes en fecha 5 de marzo de 2001 (017720) y 7 de marzo de 2002 (019585), así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, en ambos casos con obligación de la demandada de devolver a mis mandantes las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, por importe de 2.180,00 libras esterlinas, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.

»3.- Subsidiariamente, la resolución de los contratos suscritos por las partes en fecha 5 de marzo de 2001 (017720) y 7 de marzo de 2002 (019585), así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos, declarando improcedentes los cobros anticipados de las cantidades satisfechas por mis mandantes a las demandadas y la obligación de las demandadas de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado (2.180,00 libras esterlinas), más el resto de cantidades abonadas que no fueran depósitos (10.960,00 libras esterlinas), 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 mis mandantes a la demandada en la misma fecha de la firma de su contrato y la obligación de ésta de devolver a mis mandantes dichas cantidades por duplicado (2.180,00 libras esterlinas).

»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 sexto de la demanda, que implican un claro desequilibrio entre las posiciones de las partes».

2.- La entidad mercantil demandada Tasolán S.L., representada por la procuradora D^{ña}. Sandra Pérez Almeida y bajo la dirección letrada de D. Álvaro Campanario Hernández, contestó a la demanda 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. Guillermo y Dña. Jacinta contra mi confirente, 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 2 de San Bartolomé de Tirajana se dictó sentencia, con fecha 3 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Desestimar la demanda interpuesta por la representación procesal de Guillermo y Jacinta absolviendo a Tasolán S.L. de todas las pretensiones que se le dirigían en este juicio ordinario.

»Se impone a los codemandantes el pago de las costas de esta instancia».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la sección quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas dictó sentencia, con fecha 15 de abril de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Guillermo y Dña. Jacinta contra la sentencia de fecha 3 de abril de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Bartolomé de Tirajana , en autos de juicio ordinario 1004/2011, revocamos parcialmente la expresada resolución, y:

»1.º- Estimamos parcialmente la demanda interpuesta por la representación de D. Guillermo y Dña. Jacinta , frente a Tasolán S.L., y,

»2.º- Condenamos a la demandada a abonar a los actores la suma de mil quinientas cuarenta libras esterlinas (1.540,00 libras), más los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de interposición de la demanda.

»3.º- Absolvemos a la demandada de los demás pedimentos de la demanda.

»4.º- No procede hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias, y decretamos la restitución del depósito constituido».

TERCERO.- 1.- Por D. Guillermo y Dña. Jacinta se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Procede el presente recurso por interés casacional al amparo del art. 477.2.3.ª, por existir criterios contradictorios en las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Secciones 4.ª y 5.ª, al respecto de la venta de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles con sujeción a la norma especial Ley 42/98 , empleando la fórmula o denominación prohibida de venta de pro-indiviso de una propiedad, en contra del art. 1.4 de la norma referida . Así entiende la sentencia que se recurre junto con las anteriores de la misma sección de la Audiencia Provincial de Las Palmas, que la disposición transitoria segunda faculta a las demandadas para sucedida la adaptación al régimen continuar vendiendo bajo la fórmula que venían haciéndolo, es decir, bajo la denominación de propiedad pro-indiviso (o condominio), y por tiempo indefinido. Este criterio, entiende esta parte va en contra del contenido integral de la norma, así como de la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, como se dirá a continuación, y además, y de ahí la necesaria casación, es contrario al criterio acertado de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª que viene a entender la nulidad de los contratos como los de autos que con sujeción a la norma de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico, Ley 42/98, y a partir de la entrada en vigor de la misma, en enero de 1999, continúen vendiendo bajo la fórmula de propiedad en pro-indiviso (condominio), y por tiempo indefinido. Se solicita de este alto Tribunal que case el criterio dispar expresado por sendas secciones de la AP de Las Palmas, resolviendo la divergencia en el sentido de declarar la nulidad de los contratos en los que con sumisión a la normativa especial (Ley 42/98) se venda a partir de la entrada en vigor participaciones pro-indiviso de duración ilimitada.

Motivo segundo.- Nuevamente se sucede la necesidad de presentar la sentencia de autos a casación, ante la existencia de interés casacional al amparo del art. 477.2.3.º, siendo que la misma desatiende de forma consciente la reciente doctrina del Tribunal Supremo al respecto de la cuestión objeto de debate, y más concretamente al respecto de la continuidad de venta de derechos sujetos a la específica normativa, por tiempo superior al previsto en la Ley 42/98 DATBI, concretamente desatendiendo el artículo 3 de la misma, que viene a establecer un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza, celebrados con posterioridad a la entrada su entrada en vigor (enero de 1999). Esta doctrina jurisprudencial se expresa en sentencia de 15 de enero de 2015, dictada por el pleno de la Sala 1.ª del Tribunal, (rec. 961/2013, sentencia 774/2014, ponente el señor D. José Ramón Ferrándiz Gabriel), y es posteriormente ratificada en las dictadas por la misma Sala 1.ª del Tribunal Supremo en fechas de 16 de julio de 2015, sentencia 431/2015, recurso de casación 2.089/13 ,



Ponente Don Antonio Salas Cancellor, y 29 de marzo de 2016, sentencia 192/16, recurso de casación 793/14, nuevamente ponente don Antonio Salas Cancellor.

Motivo tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3.º. El interés casacional 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 desprende 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. Entendemos que 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 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 Inmuebles 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.

Motivo cuarto.- Al amparo del art. 477.2.3.º. Infracción de la doctrina clásica del Tribunal Supremo del *nomen iuris*. Esta divergencia de criterios respecto de la aplicación o no de la ley especial (Ley 42/98), contradice además la doctrina clásica del *nomen iuris*, que viene a expresar que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aun cuando se le renombre de otra forma (participaciones pro-indiviso, adquisición de derechos vacacionales, puntos, filiación o membresía a un club), lo que está claro es que lo que comercializa la demandada, y así se les expone y vende al actor, no es otra cosa que derechos de aprovechamiento por turno de uso turístico, y como tales deben estar salvaguardados por su específica legislación que no olvidemos aparece en el marco normativo con un claro afán proteccionista ante los históricos abusos del sector. La no aplicación de la ley por la mera nominación del producto como participaciones pro-indiviso, sin que entendamos en que se diferencia de los demás productos que se comercializan bajo la identificación concreta de la mal llamada multipropiedad, o aprovechamiento por turno, entendemos que iría en contra del propio sentido de la norma, e incumple de forma clara la Doctrina jurisprudencial existente sobre la irrelevancia del *nomen iuris* recogida en SSTs de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985, STS de 25 de febrero de 2013, que declaran que los tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 22 de noviembre de 2017, se acordó admitir el recurso interpuesto 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 14 de febrero de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

Los demandantes D.ª Jacinta y D. Guillermo, suscribieron varios contratos, en concreto el 5 de marzo de 2001, y el 7 de marzo de 2002, por los que adquirirían una participación proindiviso, de unas semanas en unos apartamentos previo pago del precio pactado.

Se presentó demanda por D.ª Jacinta y D. Guillermo el 14 de septiembre de 2011, en la que solicita que se declare:

1. 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, previo acuerdo de la propia comunidad adoptado por mayoría simple de los asistentes a la junta.



2. La nulidad de los contratos suscritos por los demandantes con Tasolán S.L., así como cualesquiera otros anexos de dichos contratos con la obligación solidaria para las demandadas de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de los mismos, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda, con expresa imposición de costas a la demandada.
3. Subsidiariamente la resolución de los contratos así como cualesquiera otros anexos, declarando improcedentes los cobros anticipados de las cantidades satisfechas y la obligación de devolver dichas cantidades por duplicado más el resto de las cantidades abonadas y los intereses devengados desde la interposición de la demanda.
4. Para el caso de que no prospere el *petitum* anterior se declare la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y con la obligación de devolver dichas cantidades por duplicado.
5. Para el caso de que no prospere ninguno de los *petitums* anteriores, se declare la nulidad por abusivas por no haber sido negociadas de forma individualizada las cláusulas, quinta y séptima del contrato privado que implican un claro desequilibrio entre las posiciones de las partes.

La mercantil demandada Tasolán S.L se opuso a la demanda.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, con imposición de costas a la parte actora. Se interpone recurso de apelación por los demandantes, y la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por D.ª Jacinta y D. Guillermo y en consecuencia declaró la improcedencia de los cobros anticipados y condena a la mercantil demandada a que abone a los actores la cantidad anticipada de 1.540,00 libras esterlinas, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, confirma los demás pronunciamientos y declara que no procede condena alguna en cuanto al pago de las costas procesales de ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por los demandantes D.ª Jacinta y D. Guillermo , al amparo del art. 477.2.3.º LEC , por interés casacional. El recurso tiene cuatro motivos.

El primero, se fundamenta en la infracción del art. 1.4 de la Ley 42/1998 , por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, en concreto entre las secciones 4.ª y 5.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, referido a la venta de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles con sujeción a la Ley 42/1998, empleando la fórmula o denominación prohibida de venta de pro-indiviso de una propiedad, en contra del art. 1.4 de la citada Ley .

Se cita por un lado la posición de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, que en sentencia de 15 de abril de 2016 , que es la sentencia recurrida declara que, no es aplicable el art. 1.4 y 7 así como el art. 8.1 de Ley 42/1998 , pues el régimen jurídico de explotación del conjunto inmobiliario Tasolán S.L., es anterior a la citada ley, aunque los contratos son posteriores a su entrada en vigor, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria primera y segunda era posible seguir comercializando los turnos aun no transmitidos bajo la misma naturaleza del régimen jurídico preexistente, de modo que la mención en los contratos del término multipropiedad no constituye motivo de nulidad. Con idéntico fundamento se expresa la sentencia de 9 de julio de 2014, sección 5.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, rollo de apelación 806/2012 . (Sentencia recurrida, que dio lugar al recurso de casación 2310/2014, dictándose sentencia por la sala el 25 de octubre de 2016 , estimando el recurso de los demandantes y en consecuencia, declaró la nulidad del contrato, de acuerdo con el art. 1.7 de la mencionada ley , al fijar una duración indefinida en la escritura de adaptación, cuando la duración no podía ser superior a 50 años).

Frente a esta posición los recurrentes alegan las sentencias dictadas por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de 4 de marzo de 2016, rollo de apelación 244/2014 , y la sentencia de la misma fecha dictada en el rollo de apelación 468/2014 .

En definitiva, según los recurrentes, la entrada en vigor de la norma debe llevar a la aplicación de la misma en toda su extensión, a todos los contratos que se celebren con posterioridad y si se incumple la prohibición de venta de propiedad o participación pro indiviso de la propiedad, o condominio debe declararse la nulidad de los contratos con fundamento en el art. 1.7 con relación al art. 1.4 de la Ley 42/98 .

El segundo, se fundamenta en la infracción del art. 3 de la Ley 42/1998 . Los recurrentes denuncian que la sentencia recurrida se opone a la reciente doctrina del Tribunal Supremo, respecto a la continuidad de la venta de derechos sujetos a esta ley por tiempo superior al previsto en el art. 3 de la misma como se expresa en la sentencia de la sala 774/2014, de 15 de enero, Rec. 961/2013 , sentencia 431/2015 de 16 de julio, Rec. 2089/2013 , sentencia 192/2016 de 29 de marzo, Rec. 793/2014 .

La sentencia recurrida mantiene que no es de aplicación esta doctrina de la sala, porque entiende que no se comercializa un derecho de uso sometido a la Ley 42/1998.



Los recurrentes mantienen que debe estarse al contenido real de las obligaciones asumidas por ambas partes, y la verdadera naturaleza de la relación jurídica nacida de los contratos, así como de los propios actos de los intervinientes para concluir que estamos ante unos contratos sujetos a la ley de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico, por la fecha de los contratos.

El tercero se fundamenta en infracción del art. 2.b de la Ley de Propiedad Horizontal en relación con el art. 396 del CC y el incumplimiento de la disposición transitoria 2.ª de la Ley 42/1998 .

Los recurrentes denuncian el erróneo criterio de otorgar legitimación a las entidades mercantiles para llevar a cabo la escritura de adaptación al régimen, premiando el no haber constituido formalmente la comunidad de propietarios.

Mantienen los recurrentes que la disposición transitoria 2.ª de la Ley 42/1998 , dispone que la escritura de adaptación deberá ser 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. En el presente caso, el régimen preexistente de Tasolán como ha sido acreditado en autos, a la fecha de la entrada en vigor de la ley, ya había transmitido numerosas cuotas indivisas de la propiedad, pese a ello, la escritura de adaptación de regímenes preexistentes, firmada el 3 de enero de 2001, se suscribe no por el presidente de la comunidad de propietarios, sino por las mercantiles Palm Oasis Maspalomas, S.L, y Tasolán S.L.

En el caso de autos, no se otorga la escritura por el presidente de la comunidad, lo que determina el incumplimiento del art. 2.b de LPH en relación con el art. 396 CC y a su vez el incumplimiento de la D.T.2.ª de la Ley 42/1998 LATBI por ello, la consecuencia es la nulidad radical de la escritura de fecha 3 de enero de 2001 y a su vez la nulidad de las transmisiones celebradas en contra de la norma al amparo de tal escritura declarada nula.

Los recurrentes alegan 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 .

El cuarto tiene como fundamento la infracción de la doctrina del Tribunal Supremo del *nomen iuris* que expresa que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aun cuando se le nombre como participaciones pro-indiviso lo que está claro es que lo que comercializa la demandada y así lo vende son derechos de aprovechamiento por turno de uso turístico y como tales deben estar salvaguardados por su específico marco normativo.

Los recurrentes denuncian que la sentencia recurrida iría en contra del propio sentido de la norma e incumple de forma clara la doctrina sobre la irrelevancia del *nomen iuris*, recogida en SSTs de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985 , 25 de febrero de 2013 , que declaran que los tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

SEGUNDO .- Contratos.

1.- Contrato de 5 de marzo de 2001. Copropiedad de Apartamento NUM000 , semana n.º 40, Resort DIRECCION000 , primer uso año 2001, precio 6100 libras esterlinas, anticipo 900 libras esterlinas.

2.- Contrato de 7 de marzo de 2002, copropiedad de apartamento NUM001 , semana 36, primer uso año 2002, Resort DIRECCION000 , precio 6400 libras esterlinas, anticipo 640 libras esterlinas.

3.- Ambos contratos se sujetaban a un posible programa de intercambios.

4.- La demandada en la contestación a la demanda, no niega que estemos ante un aprovechamiento por turno, pero que, según ella, se sujeta, por su temporalidad, al régimen preexistente, habiendo adaptado sus estatutos a la ley 42/1998.

TERCERO .- Motivos uno a cuarto.

1.- Motivo primero.- Procede el presente recurso por interés casacional al amparo del art. 477.2.3.º, por existir criterios contradictorios en las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Secciones 4.ª y 5.ª, al respecto de la venta de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles con sujeción a la norma especial Ley 42/98 , empleando la fórmula o denominación prohibida de venta de pro-indiviso de una propiedad, en contra del art. 1.4 de la norma referida . Así entiende la sentencia que se recurre junto con las anteriores de la misma sección de la Audiencia Provincial de Las Palmas, que la disposición transitoria segunda faculta a las demandadas para sucedida la adaptación al régimen continuar vendiendo bajo la fórmula que venían haciéndolo, es decir, bajo la denominación de propiedad pro-indiviso (o condominio), y por tiempo indefinido. Este criterio, entiende esta parte va en contra del contenido integral de la norma, así como de la



Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, como se dirá a continuación, y además, y de ahí la necesaria casación, es contrario al criterio acertado de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª que viene a entender la nulidad de los contratos como los de autos que con sujeción a la norma de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico, Ley 42/98, y a partir de la entrada en vigor de la misma, en enero de 1999, continúen vendiendo bajo la fórmula de propiedad en pro-indiviso (condominio), y por tiempo indefinido. Se solicita de este alto Tribunal que case el criterio dispar expresado por sendas secciones de la AP de Las Palmas, resolviendo la divergencia en el sentido de declarar la nulidad de los contratos en los que con sujeción a la normativa especial (Ley 42/98) se venda a partir de la entrada en vigor participaciones pro-indiviso de duración ilimitada.

2.- Motivo segundo.- Nuevamente se sucede la necesidad de presentar la sentencia de autos a casación, ante la existencia de interés casacional al amparo del art. 477.2.3.º, siendo que la misma desatiende de forma consciente la reciente doctrina del Tribunal Supremo al respecto de la cuestión objeto de debate, y más concretamente al respecto de la continuidad de venta de derechos sujetos a la específica normativa, por tiempo superior al previsto en la Ley 42/98 DATBI, concretamente desatendiendo el artículo 3 de la misma, que viene a establecer un límite temporal imperativo para los contratos de esta naturaleza, celebrados con posterioridad a la entrada su entrada en vigor (enero de 1999). Esta doctrina jurisprudencial se expresa en sentencia de 15 de enero de 2015, dictada por el pleno de la Sala 1.ª del Tribunal, (rec. 961/2013, sentencia 774/2014, ponente el señor D. José Ramón Ferrándiz Gabriel), y es posteriormente ratificada en las dictadas por la misma Sala 1.ª del Tribunal Supremo en fechas de 16 de julio de 2015, sentencia 431/2015, recurso de casación 2.089/13, Ponente Don Antonio Salas Cancellor, y 29 de marzo de 2016, sentencia 192/16, recurso de casación 793/14, nuevamente ponente don Antonio Salas Cancellor.

3.- Motivo tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3.º. El interés casacional 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 desprende 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. Entendemos que 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 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 Inmuebles 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.

4.- Motivo cuarto.- Al amparo del art. 477.2.3.º. Infracción de la doctrina clásica del Tribunal Supremo del *nomen iuris*. Esta divergencia de criterios respecto de la aplicación o no de la ley especial (Ley 42/98), contradice además la doctrina clásica del *nomen iuris*, que viene a expresar que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aun cuando se le renombre de otra forma (participaciones pro-indiviso, adquisición de derechos vacacionales, puntos, filiación o membresía a un club), lo que está claro es que lo que comercializa la demandada, y así se les expone y vende al actor, no es otra cosa que derechos de aprovechamiento por turno de uso turístico, y como tales deben estar salvaguardados por su específica legislación que no olvidemos aparece en el marco normativo con un claro afán proteccionista ante los históricos abusos del sector. La no aplicación de la ley por la mera nominación del producto como participaciones pro-indiviso, sin que entendamos en que se diferencia de los demás productos que se comercializan bajo la identificación concreta de la mal llamada multipropiedad, o aprovechamiento por turno, entendemos que iría en contra del propio sentido de la norma, e incumple de forma clara la Doctrina jurisprudencial existente sobre la irrelevancia del *nomen iuris* recogida en SSTs de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985, STS de 25 de febrero de 2013, que declaran que los tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

CUARTO .- Decisión de la sala .



Se estiman parcialmente los motivos, que se analizan conjuntamente.

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 (sentencia 645/2016, de 31 de octubre).

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 de los derechos que se contemplan en los contratos de 2001 y 2002, 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 de los contratos, 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 de junio , y núm. 462/2016, de 7 de julio .

QUINTO .- Los demandantes solicitaron en su demanda la devolución, por razón de estos contratos, de la cantidad total entregada de 12.500 libras esterlinas. La demandada ha puesto de manifiesto cómo los demandantes han podido disfrutar de las prestaciones propias del segundo contrato durante 10 años (2002-2011), y durante 11 años (2001-2011) en el primer contrato, computados hasta la presentación de la demanda.

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 y once años, respectivamente, de los alojamientos que los contratos le ofrecían, 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 (10.960 libras esterlinas) excluidas las 1540 libras esterlinas abonadas como anticipo, únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados, 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 subsidiarias, lo que se efectuará en ejecución de sentencia.

De acuerdo con el art. 11 de la Ley 42/1998 procede la devolución duplicada del anticipo, que tiene un régimen de devolución diferente, en cuanto amparado en norma sancionadora que no permite moderación, dicha cantidad se determina en 2180 libras esterlinas, que es la solicitada en la demanda.

No procede condena a la devolución de los gastos de mantenimiento dado que los demandantes tuvieron a su disposición los referidos inmuebles para usarlos, como de hecho hicieron directa o indirectamente.

SEXTO .- No se efectúa expresa imposición de las costas del recurso de casación (art. 394 y 398 LEC), con devolución del depósito para recurrir.

Procede expresa imposición de costas de la primera instancia (estimación sustancial), a la demandada. No procede imposición de las costas de la apelación.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Guillermo y Dña. Jacinta contra sentencia de 3 de abril de 2014 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, recaída en el PO 1004/2011 .

2.º- Casar íntegramente la sentencia recurrida, en el sentido de estimar la demanda interpuesta por D. Guillermo y Dña. Jacinta .

3.º- Se declara la nulidad de los contratos de 5 de marzo de 2001 y 7 de marzo de 2002 y anexos, celebrados entre las partes.

4.º- De la cantidad satisfecha, (excluido el anticipo duplicado) habrá de ser reintegrada por la demandada, la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados 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. Se calcularán los años de uso, partiendo de la fecha de primera ocupación que figura en cada contrato, hasta la fecha de la interposición de la demanda, todo ello en ejecución de sentencia.

5.º- Igualmente deberá abonar la demandada 2.180 (dos mil ciento ochenta) libras esterlinas en concepto de anticipo duplicado.

6.º- No se efectúa expresa imposición de las costas del recurso de casación, con devolución del depósito para recurrir.

Procede expresa imposición de costas de la primera instancia a la demandada.

No procede imposición de las costas de la apelación.

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.