



Roj: **STS 4642/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4642**

Id Cendoj: **28079110012016100614**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2016**

Nº de Recurso: **2359/2014**

Nº de Resolución: **632/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 25 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 750/2012, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 182/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Bartolomé de Tirajana; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Eloisa, representada 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 Dña. Montserrat Costa Jou en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Tasolán S.L. representado por la procuradora Dña. 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.- Dña. Eloisa, 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 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 del contrato suscrito por las partes en fecha 28 de noviembre de 2000 (016612), 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 63.300 marcos alemanes, equivalentes salvo error u omisión a 32.364,78 euros, 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 28 de noviembre de 2000 (016612), 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 63.300 marcos alemanes, equivalentes salvo error u omisión a 32.364,78 euros, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la contraparte.



»4.- En cuarto 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 cuarto de la demanda, que implican un claro desequilibrio entre las posiciones de las partes».

2.- La demandada 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 Dña. Eloisa 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 Dña. Eloisa, contra Tasolán 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 Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, con fecha 30 de junio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Dña. Eloisa contra la sentencia de fecha 30 de marzo de 2012, dictada en el juicio ordinario núm. 182/2011 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de San Bartolomé de Tirajana, que confirmamos condenando a la parte recurrente al pago de las costas procesales devengadas en esta alzada».

TERCERO.- 1.- Por Dña. Eloisa se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en el siguiente:

Motivo único.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC, 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. 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 las acciones principales de la demanda que no es otra que la nulidad de la escritura de adaptación al régimen de fecha 3 de enero de 2001. 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 segunda 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 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 11 de octubre de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.



La compradora Doña Eloisa , presentó demanda el 15 de febrero de 2011, contra Tasolán, S.L, y solicitó:

- La nulidad de la escritura pública firmada el 3 de enero de 2001 al no haber sido otorgada por el presidente de la comunidad de propietarios previo acuerdo de la propia comunidad.
- Nulidad del contrato suscrito por las partes en fecha 28 de noviembre de 2000, (016612) y los anexos de dichos contratos, con la obligación en ambos casos de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados del contrato por 32.364,78 euros.
- Subsidiariamente la resolución del contrato suscrito por las partes en fecha 28 de noviembre de 2000 (016612), así como los anexos de dicho contrato, con la obligación de devolver la demandada las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados del referido contrato, por importe de 32.364,78 euros.
- Si no prospera ninguno de los *petitums* anteriores que se declare la nulidad por abusivas y por no haber sido negociadas varias cláusulas del contrato que implican un claro desequilibrio entre las posiciones de las partes.

La demandada, alega que desde el año 1995 tenía inscrito en el Registro de la Propiedad su régimen inicial preexistente a la entrada en vigor de la Ley 42/1998. Dentro del plazo establecido en la referida Ley formalizó la escritura pública de adaptación con fecha 3 de enero de 2001, a la Ley de Aprovechamiento por Turnos, haciendo constar expresamente la continuidad del régimen preexistente, 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 a la parte actora. Se formula recurso de apelación, por los compradores demandantes.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria desestima el recurso y confirma la sentencia de primera instancia. La Audiencia concluye que :

- La comunidad de propietarios no estaba constituida cuando se otorgó la escritura pública de 3 de enero de 2001, de adaptación a la Ley 42/1998, pues desde el año 1995 Tasolán tenía inscrito en el Registro de Propiedad un régimen de aprovechamiento anterior a la referida Ley.
- El certificado final de obras de las zonas comunes se emitió en agosto de 2001 y la primera junta constitutiva de la comunidad de propietarios se celebró en diciembre de 2001 por tanto la escritura pública de adaptación no podía ser otorgada por el presidente de la Comunidad de Propietarios el 3 de enero de 2001, porque no se había constituido en esa fecha.
- La escritura fue otorgada por los titulares registrales del inmueble.
- El régimen jurídico de explotación del conjunto inmobiliario de la mercantil Tasolán, S.L, es anterior a la citada Ley y tras su entrada en vigor puede seguir comercializando los turnos aun no transmitidos bajo la misma naturaleza jurídica que el régimen jurídico preexistente.
- La falta de información o que el contrato no contenga el contenido mínimo del art. 9 de la referida Ley no determina por si mismo su nulidad pues el art. 10.2, Ley 42/1998 , establece solo un derecho de resolución en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato.
- Los actores vienen disfrutando durante más de 13 años de sus semanas vacacionales en el apartamento objeto de contratación sucesiva y abonando las cuotas de mantenimiento aprobadas por la Junta de Propietarios, siendo que la acción resolutoria ejercitada está prescrita (plazo de tres meses) y la acción de nulidad está caducada, pues han pasado cuatro años de acuerdo con el art. 10.2 Ley 42/1998 .
- Los actores han ratificado con actos propios concluyentes cualquier vicio invalidante de que pudiera adolecer el contrato.

Se interpone recurso de casación por la demandante Doña Eloisa .

El recurso de casación tiene un motivo único, plantea la 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 segunda de la Ley 42/1998 .

2. La venta 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 de esta sala 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 segunda por el presidente de la Comunidad previo acuerdo de la junta, con el límite de 50 años.

SEGUNDO .- Motivo único. Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , 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. 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 las acciones principales de la demanda que no es otra que la nulidad de la escritura de adaptación al régimen de fecha 3 de enero de 2001. 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 segunda 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, entre otros argumentos, 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 segunda por el presidente de la Comunidad previo acuerdo de la junta, con el límite de 50 años.

TERCERO .- Respuesta de la Sala.

Se estima parcialmente el motivo.

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 28 de noviembre 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), contrato que traía causa de uno anterior de 21 de abril de 1998, al que nova.

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 .

CUARTO .- Los demandantes solicitaron en su demanda la devolución, por razón de este contrato, de la cantidad total entregada de 32.364,78 euros. La demandada ha puesto de manifiesto cómo los demandantes han podido disfrutar de las prestaciones propias del contrato durante 12 años (1998-2009), computados hasta la presentación de la demanda, teniendo en cuenta que las semanas transmitidas eran las 47,48 y 49.

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, los demandantes han podido disfrutar durante nueve años de los alojamientos que el contrato les 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 38 años no disfrutados (concretamente 24.597,23 euros), 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, acogándose 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 de las pretensiones formuladas con carácter subsidiario.

QUINTO .- No se efectúa expresa imposición de las costas del recurso de casación (art. 394 y 398 LEC), con devolución del depósito 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 interpuesto por Dña. Eloisa , contra sentencia de 30 de junio de 2014 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, recaída en el PO 182/2011 . **2.º**- Casar la sentencia



recurrida, en el sentido de estimar en parte la demanda interpuesta por Rosemarie Eggert. **3.º**- Se declara la nulidad del contrato de 28 de noviembre de 2000 (016612) y anexos, celebrado entre las partes. **4.º**- Se condena a la parte demandada al pago a los demandantes de 24.597,23 euros (veinticuatro mil quinientos noventa y siete con veintitrés) euros, 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 en casación. **6.º**- Se acuerda la devolución del depósito para recurrir. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ