



INFORME JURÍDICO

que emite el Letrado D. LUIS MIGUEL FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Colegiado 65.032 del Ilustre Colegio de Abogado de Madrid, Socio-Director del despacho AESTIMATIO ABOGADOS, a petición de DOÑA XXXXXX y OTROS, sobre la siguiente cuestión:

Estudio del contrato de adhesión y arrendamiento de servicios de promoción de una comunidad de bienes y documentación complementaria, determinar las posibilidades de actuación frente a la entidad XXXXXX, S.L. ante el retraso que vienen sufriendo la entrega de las viviendas de RESIDENCIAL XXXXXX de Pozuelo de Alarcón, así como las consecuencias que se derivarían de no suscribir la última Adenda de marzo de 2017 al Contrato de Adhesión.

DOCUMENTACIÓN APORTADA

Documentación aportada al Despacho para su estudio:

- 1.- Nota simple de la parcela.**
- 2.- Contrato de Adhesión y Arrendamiento de Servicios de 6 de mayo de 2014.**
- 3.- Diversas Adendas al Contrato de Adhesión.**
- 4.- Escritura de poder notarial a favor de XXXXXX, S.L. otorgada ante el notario de Madrid, D. Pablo Ramallo Taboada, el día xxxxx de 2014, Protocolo xxxx.**
- 5.- Estatutos de la Comunidad de Bienes "RESIDENCIAL XXXXXX, C.B."**
- 6.- Actas de sesiones informativas celebradas con XXXXXX, S.L.**
- 7.- Diversos correos electrónicos remitidos por XXXXXX, S.L.**
- 8.- Licencia Urbanística de obras y actividad.**



INFORME

I.- ANTECEDENTES.

1.- Por la mercantil **XXXXXX, S.L.**, con CIF: B-xxxxxxx, **se promovió la formación de una comunidad de bienes (RESIDENCIAL XXXXXX C.B.) para la construcción de una edificación** de viviendas, garajes y trasteros, sobre el solar edificable de uso residencial resultante de la gestión urbanística del ámbito xxxxxxxx, xxxxxxxx-Aravaca, del Plan General de Ordenación Urbana de Pozuelo de Alarcón (Madrid), finca registral xxxxx del Registro de la Propiedad nº 1 de Pozuelo de Alarcón (Madrid). XXXXXX, S.L. es una mercantil cuyo socio y administrador único es XXXXXXXXXXXX COOPERATIVAS, S.L. Esta sociedad a la vez tiene como socio y administrador único a XXXXXXXXXXXX INMOBILIARIOS, S.L. Las tres sociedades tienen el mismo domicilio social en la calle xxxxx, xx de 28006 Madrid y actúan representadas por la misma persona física, D. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. El objeto social de XXXXXX, S.L. y XXXXXXXXXXXX INMOBILIARIOS, S.L. es muy parecido: su actividad empresarial se centra en la planificación, realización, gestión y explotación de proyectos inmobiliarios, particularmente la promoción, construcción, compra y venta, transformación, arrendamiento y tenencia de toda clase de bienes inmuebles. XXXXXXXXXXXX COOPERATIVAS, S.L. tiene por objeto social la prestación de servicios de consultoría inmobiliaria y asesoramiento y gestión de sociedades cooperativas, así como a todo tipo de empresas y comunidades de bienes y sociedades en cualquiera de sus formas. XXXXXX, S.L. fue expresa y únicamente constituida para llevar a cabo la promoción de RESIDENCIAL XXXXXX C.B.

XXXXXX, S.L. dotó a la Comunidad de Bienes de sus propios Estatutos, en los que encomienda a la citada mercantil en forma exclusiva la *“administración, gestión, dirección y gobierno de todas las actividades que requiera el cumplimiento del objeto social de esta Comunidad”*, pasándose a denominar



Gestora (Artículo 7 de los Estatutos), incluyendo su Artículo 8 las funciones que le corresponden, para las cuales los Comuneros habrían de otorgar un poder notarial con carácter irrevocable.

2.- En fecha anterior al 6 de mayo de 2014, XXXXXX ofrecía en su página web y en diferentes soportes publicitarios la venta de las viviendas sobre plano *en régimen de comunidad de bienes con precio cerrado* –sin aclarar el significado de esta expresión y, menos aún, explicar que se trata de una forma de autopromoción y las consecuencias que de ello se derivan-.

3.- En esa fecha, la cliente suscribió con XXXXXX, S.L. un **Contrato de Adhesión y Arrendamiento de Servicios**, y así mismo otorgó un **poder notarial**, a favor de la mencionada mercantil con carácter irrevocable, entrando de esta manera a formar parte de la Comunidad de Bienes.

En dicho contrato se incluyeron, entre otras, las siguientes estipulaciones:

- Décima: "Entrega de los inmuebles" en la que se establecía que la entrega de llaves de los inmuebles objeto de promoción se efectuaría durante el último **trimestre del año 2016**.
- Decimocuarta: "Condición resolutoria" en la que se dispuso que el contrato quedaría sometido a condición resolutoria consistente en que con anterioridad al día **30 de enero de 2015** "No se hubiera obtenido licencia de obras". Añadiendo la estipulación que "Cumplidas cualquiera de las condiciones indicadas, el presente contrato quedará resuelto, circunstancia que será comunicada por la Gestora al Comunero, poniendo a su disposición la totalidad de las cantidades aportas hasta ese momento, sin que por tal motivo se devenguen a su favor intereses, indemnizaciones o compensaciones por posibles daños y perjuicios".

4.- Se firmaron sucesivas **adendas o anexos al contrato**, fundamentalmente con el objeto de modificar las estipulaciones antes referidas, en cuanto a la



fecha de entrega de las viviendas y de obtención de la licencia de obras a efecto de la resolución del contrato.

Así, se firmaron anexos:

- El 7 de febrero de 2015: modifica la fecha de entrega de los inmuebles, que pasa a ser el primer trimestre de 2017, y la condición resolutoria si con anterioridad al día 30 de mayo de 2015 no se hubiera obtenido licencia de obras;
- El 4 de julio de 2015: modifica la fecha de entrega, que pasa al cuarto trimestre de 2017, y la condición resolutoria si con anterioridad a 31 de diciembre de 2015 no se haya obtenido la licencia de obra; con fecha de esta adenda se reintegran, de manera *temporal*, al comunero las cantidades que hasta la fecha había aportado.
- El 20 de diciembre de 2015: modificando el contenido de la condición resolutoria, no solo en cuanto al plazo sino también con respecto a la condición que se ha de cumplir: "*...Con anterioridad al día 30 de abril de 2016 se hubiera **solicitado** la licencia de obras*". En las anteriores adendas se hablaba de "**obtenido**".

5.- El **solar fue adquirido en fecha 4 de abril de 2016**, mediante Escritura otorgada ante el Notario del Ilustre Colegio de Madrid, D. Pablo Ramallo Taboada, por 32 personas físicas y jurídicas, incluida la propia XXXXXX, S.L.

La **licencia de obras se obtuvo con fecha 30 de noviembre de 2016**, constando en dicho documento que con fecha 15 de febrero de 2016 se solicitó licencia urbanística de obras, que el 30 de marzo se presentó documentación complementaria y que el 19 de abril se solicitó licencia urbanística de actividad de las instalaciones generales, zonas comunes y garaje comunitario.

6.- Y finalmente, el 28 de febrero de 2017 se firma del acta de replanteo de las obras de edificación, que comienzan el día 1 de marzo de 2017.



7.- Por parte de la Gestora se ha presentado a los comuneros en el mes de marzo de 2017 una nueva Adenda al contrato, que aún no han suscrito, y motiva el encargo de este informe, a fin de estudiar posibles actuaciones de los Comuneros frente a la Gestora. Mediante esta nueva Adenda fundamentalmente **se pretende modificar nuevamente el plazo de entrega de los inmuebles, en esta ocasión posponiéndola hasta el cuarto trimestre de 2018**. Otras cuestiones que se plantean en la Adenda son el incremento de las cantidades a abonar como consecuencia de la elección de mejoras en las viviendas con respecto al proyecto inicial, y el nuevo calendario de pagos, teniendo en cuenta el comienzo de las obras.

8.- Durante todo este tiempo se han mantenido **reuniones informativas** en las que la Gestora ha ido comunicando las fases en que se encontraba la promoción en cada momento. No se han celebrado asambleas o juntas de comuneros formales a fin de adoptar decisiones sobre la promoción, pues todas las decisiones les venían ya adoptadas por XXXXXX, S.L.

II.- RÉGIMEN LEGAL DE LAS PARTES CONTRATANTES.

1.- Comunidad de bienes

En primer lugar hemos de analizar la figura jurídica elegida para promover la construcción del conjunto RESIDENCIAL XXXXXX. Del documento denominado "*Contrato de Adhesión y Arrendamiento de Servicios*" se desprende que la forma elegida por la mercantil XXXXXX, S.L. es la Comunidad de bienes¹, a la que dota de sus propios Estatutos².

¹ Ver el Exponendo II del contrato de adhesión cuando indica que "*la Gestora ha promovido la formación de una comunidad de bienes denominada xxxxxxxx. (...) para la construcción de una edificación de viviendas...*".

² Ver estipulación primera, párrafo segundo del contrato de adhesión.



La comunidad de bienes aparece regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, los cuales indican que existe comunidad "*cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece pro indiviso a varias personas*". Básicamente, las comunidades de bienes se rigen por los pactos de los propios comuneros y, en defecto de los mismos, por lo establecido en las normas antes mencionadas del Código Civil. Así mismo, los acuerdos se adoptan por sistema de mayorías, conforme dispone el artículo 398 Código Civil.

La comunidad de bienes carece de personalidad jurídica propia, lo que significa que la responsabilidad de los comuneros por deudas contraídas por dicha comunidad frente a terceros es ilimitada y solidaria, es decir, responderán los comuneros con todos sus bienes presentes y futuros, respaldándose unos a otros. En nuestro caso, la responsabilidad de los comuneros se encuentra en cierta manera limitada por la Estipulación Sexta del contrato de adhesión, en cuyo párrafo cuarto se expresa que "*las posibles variaciones al alza que pueda sufrir el coste final de los inmuebles a adjudicar al Comunero serán asumidos por la gestora*". No obstante, en el hipotético caso de que la entidad gestora o sus matrices entraran en una situación de insolvencia patrimonial serían los propios comuneros los que habrían de responder de las deudas frente a terceros, sin perjuicio de la acción de repetición que podrían ejercitar contra la entidad gestora en virtud de esta estipulación sexta del contrato (art. 1911 Código Civil).

Finalmente, los Estatutos en su artículo 14 establecen las causas que dan lugar a la pérdida de la condición de comunero: *transmisión válida de la cuota, incumplimiento de las obligaciones económicas, resultar declarado en concurso de acreedores y por reducción del número de viviendas, trasteros y/o garajes inicialmente proyectados por la autoridad urbanística*. En cuanto al incumplimiento de las obligaciones económicas, en el artículo 14.b se detalla el procedimiento para la baja en la Comunidad.



2.- Comunidad *ad aedificandum* y autopromoción del conjunto residencial.

En el caso objeto de este informe, la modalidad de Comunidad de bienes que se presenta es la llamada **Comunidad *ad aedificandum***. Esta figura se ha venido utilizando frecuentemente en el ámbito de la promoción inmobiliaria, configurándose como una forma de autopromoción³. Si bien su origen obedece a la voluntad de una serie de particulares interesados en adquirir en pro indiviso un solar, promover la construcción de un edificio y adjudicarse las viviendas que resulten para destinarlas a su propio uso, en la práctica solo excepcionalmente la iniciativa surge de los propios comuneros, pues lo habitual es que sea, como en nuestro caso, un gestor de comunidades el que va aunando voluntades y emprende el proceso de promoción de la edificación. De tal forma que no es infrecuente que estos comuneros aunque formalmente aparezcan como autopromotores, carezcan de las facultades decisorias que corresponden a un promotor acerca de elementos esenciales de la edificación⁴, en favor de la entidad que se presenta como gestora. Esta es una de las cuestiones que vamos a analizar en este informe, esto es, si quien actúa de facto como promotora es la comunidad de bienes o la propia entidad gestora.

3.- Intervención de la entidad XXXXXX, S.L.

La entidad mercantil XXXXXX, S.L. interviene en el proceso de construcción del conjunto residencial XXXXXX de diversas formas. En primer lugar, como **miembro de la comunidad de bienes**, pues debe advertirse que la comunidad está formada no solo por un grupo de personas que pretenden

³ Otra forma de autopromoción serían las Cooperativas, a modo de ejemplo.

⁴ Art. 9.1 Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación: "*Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título*".



obtener una vivienda para uso propio, sino también por la propia XXXXXX, S.L., que **participa en un 1,742% de la comunidad**⁵.

En segundo lugar, actúa como entidad Gestora que forma, gestiona y administra Comunidades de bienes (Exponendo I del contrato de adhesión), pero también como gestora para la contratación, administración, gestión, dirección y gobierno de todas las actividades que requiera la construcción del conjunto residencial (exponendo IV del contrato de adhesión). Del mismo modo, los propios Estatutos de la comunidad de bienes, confeccionados por la propia gestora, dedican un extenso articulado a las atribuciones y funciones que desempeñará con respecto a la edificación.

En relación a esta actividad de gestión, del análisis de la documentación aportada y de las actuaciones llevadas a cabo por la mencionada entidad se desprende que **su intervención excede de lo que es una mera actuación de gestión, presentándose como la auténtica promotora de la edificación.**

A continuación pasamos a analizar este planteamiento.

3.1.- Definición de gestora de comunidades de propietarios. Clases.

La figura del gestor de comunidades no tiene regulación en la LOE, si bien aparece mencionada en su Exposición de motivos. El Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968⁶ a las comunidades y cooperativas de viviendas, en su artículo 2 se refería al gestor de la construcción de viviendas como *“persona física o jurídica que gestion[a] la adquisición del solar y la construcción del edificio, y, en consecuencia, perciba las cantidades anticipadas, ya sea en calidad de propietaria del solar o como mandataria, gestora o representante de aquélla o bien con arreglo a cualquier*

⁵ Ver nota simple de la finca del Registro de la Propiedad nº 1 de Pozuelo de Alarcón.

⁶ Ambas normas se encuentran actualmente derogadas.



otra modalidad de hecho o de derecho, directamente o por persona interpuesta”.

También encontramos referencias a esta figura en la Exposición de Motivos del Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, que establece las condiciones de acceso a la financiación estatal de las viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de Planes Estatales de vivienda, en virtud del cual son gestoras *“empresas cuyo objeto social es precisamente la gestión profesionalizada de tales cooperativas y comunidades de propietarios, que, aun siendo positivo para estructurar la demanda, puede conllevar el riesgo de desvirtuar el sentido solidario que caracteriza a estos tipos de asociación y a estas promociones de viviendas”.*

De todas estas referencias podemos concluir que un gestor de comunidades se encarga de gestionar y asesorar a las comunidades de propietarios en las promociones inmobiliarias que llevan a cabo para ser adjudicadas a sus comuneros, a cambio evidentemente de unos honorarios.

En cuanto a las clases de gestoras, pueden distinguirse: gestora representante o prestataria de servicios y promotor-gestor.

La primera de ellas, gestora representante o prestataria de servicios, interviene en el proceso constructivo realizando una labor de asesoramiento, gestión y/o representación de la comunidad. La intervención de esta modalidad de gestor no desvirtúa el carácter solidario de la autopromoción colectiva, por lo que podemos decir que en este caso la condición de promotora la sigue ostentando la comunidad de bienes. No es este nuestro caso, como a continuación se explicará.

La segunda de ellas, promotor-gestor, como su propio nombre indica es el gestor que actúa en la promoción como promotor. Cuando interviene esta figura no puede ser considerada una autopromoción en sentido estricto, sino



una **promoción encubierta o una falsa autopromoción**. A nuestro parecer esto es lo que ocurre en el caso que se somete a nuestro estudio.

3.2.- XXXXXX, S.L. como auténtica promotora de la edificación. Promoción encubierta.

Una serie de notas nos permiten concluir que estamos ante una promoción encubierta o falsa autopromoción, siendo la entidad XXXXXX, S.L. quien actúa de hecho como auténtica promotora del conjunto residencial:

1ª.- Cuando los clientes se incorporan a la comunidad de bienes **los elementos esenciales de la edificación ya estaban determinados**.

La entidad XXXXXX, S.L. promueve de inicio la formación de la comunidad de bienes con la finalidad de construir el conjunto residencial, tal como se desprende del contrato de adhesión, contando ya en ese momento con el proyecto técnico⁷ redactado y aprobado por el Arquitecto elegido por ella misma, a lo que los comuneros no han podido más que adherirse (de hecho es significativo que el documento por el que se incorporan a la comunidad se denomine "contrato de adhesión"). Incluso viene determinado en el contrato de adhesión un plazo para la entrega de los inmuebles y hasta un precio cerrado⁸.

Decisiones de gran importancia, como la contratación de los agentes intervinientes (arquitectos, aparejadores, constructor, etc...), o como el

⁷ Ver el Exponendo III del contrato de adhesión y estipulación novena del mismo.

⁸ Ver en el contrato de adhesión la estipulación sexta párrafo tercero, relativa a valor de coeficiente y aportación del comunero ("Este importe, que incluye todos los gastos derivados del otorgamiento de las escrituras públicas de compraventa del solar, préstamo hipotecario, declaración de obra nueva y división horizontal, cesación del régimen de indivisión, extinción de comunidad y adjudicación de fincas, se considera cerrado y sin posibilidad de variación alguna"); y la estipulación décima relativa a entrega de los inmuebles ("La entrega de llaves de los inmuebles objeto de la promoción a ejecutar por la comunidad se efectuará, salvo caso fortuito o fuerza mayor, durante el último trimestre del año 2016, plazo que podrá verse prorrogado durante cuatro meses más, si por cualquier causa no imputable a la Gestora se demorase la terminación de las obras de edificación").



domicilio social y, sobre todo, el contrato de prestación de servicios de la gestora, se han tomado antes. La aplicación de esta tarea de forma continuada provoca, a la larga, que el gestor se constituya como un promotor y tenga a sus proveedores autorizados entrando en claro conflicto de intereses con el autopromotor. Sin que la ratificación a posteriori de estos acuerdos sea más que una simple formalidad, puesto que no se barajan otras posibilidades y ningún poder de decisión han tenido los comuneros, encontrándonos en la situación de que resultaría más caro y lento destituir al proveedor inicial elegido por la gestora (que ya ha iniciado su tarea o anticipado dinero) que pagar a uno elegido por la mayoría.

2ª.- Los particulares interesados en formar parte de la comunidad, no solo tenían que suscribir contrato de arrendamiento de servicios con la Gestora con carácter exclusivo, sino que también quedaban obligados a otorgar un poder notarial con carácter irrevocable a su favor, el cual incluye, entre otras, *las más amplias facultades para que realice fiel y diligentemente las tareas de gestión, construcción y administración del edificio que se va a construir o se está construyendo y que se le ha encomendado⁹, aun cuando se incurra en la figura jurídica de la autocontratación o exista contraposición de intereses¹⁰*. La falta de otorgamiento de dicho poder en un breve plazo de tiempo suponía la pérdida de derechos del comunero y su renuncia a la adhesión a la misma¹¹. Al análisis de este poder nos referiremos más adelante. De esta forma, la gestora asume íntegramente y en exclusiva la contratación, administración, gestión, dirección y gobierno de todas las actividades que requiera el cumplimiento del objeto de la comunidad.

3ª.- La actividad de la gestora es remunerada en función de un porcentaje sobre el coste total de la promoción inmobiliaria, pues percibe liquidaciones

⁹ Ver escritura de poder notarial, facultad 19ª.

¹⁰ Ver escritura de poder notarial, facultad 20ª final.

¹¹ Ver estipulación tercera del Contrato de Adhesión.



mensuales por el 12% de las cantidades aportadas por los Comuneros, es decir, sobre el coste de la promoción, en lugar de fijar una cantidad fija a tanto alzado por sus gestiones.

Curiosamente con este sistema la gestora se asegura obtener siempre un margen económico de la promoción ocurra lo que ocurra, lo que podría incluso llevar a que se favoreciera incluso una mala gestión.

Otra muestra de cuanto decimos se encuentra en el contrato de adhesión, estipulación sexta, párrafo quinto en la que expresamente se establece que *“En el caso de que se produzcan modificaciones a la baja, resultando inferior el citado coste, la diferencia será abonada a la Gestora en concepto de complemento de honorarios de gestión, en el momento en que se certifique el final de obra de la edificación, sin perjuicio de la cantidad que, por el mismo concepto (honorarios de gestión), resulte de aplicar el porcentaje señalado en la Estipulación 4ª...”* . Esto es, en caso de que finalmente el coste de la obra resultara menor, en lugar de recuperar la comunidad de bienes, y por ende, sus partícipes, dichas cantidades, acrecerían los honorarios de la gestora, lo que resulta sumamente llamativo.

4ª.- Ausencia de Juntas Generales o existencia de Juntas de mera ratificación de las decisiones, pues la gestora funciona con poderes amplísimos, como ya hemos dicho en el punto 2ª, teniendo los poderes el carácter de irrevocables. De hecho la obligatoriedad de su otorgamiento en dicho sentido viene expresamente recogida tanto en el contrato de adhesión como en los propios estatutos de la comunidad de bienes.

5ª.- Aparte de todo lo dicho, la presentación de sucesivas adendas o anexos al contrato de adhesión y arrendamiento de servicios original, en los que no solo se ha ido modificando la fecha de entrega de las viviendas, sino también las



condiciones para la resolución del contrato¹², revela una voluntad por parte de la Gestora de salvaguardar sus intereses de cara a futuras reclamaciones de los comuneros por daños y perjuicios derivados del importante retraso que viene sufriendo la entrega de las viviendas. Lo que descubre una actitud más propia de una promotora que de una mera gestora de comunidades.

Pues, incluso, del propio contrato de adhesión se infiere la posible responsabilidad de la gestora, en el mismo sentido en que vendría determinada para una promotora en caso de venta de vivienda, cuando en la estipulación décima relativa a entrega del inmueble se llega a advertir de que el plazo de entrega se puede ver ampliado por cuatro meses más *“si por cualquier causa no imputable a la Gestora se demorase la terminación de las obras de edificación”*.

Igualmente se incorpora una cláusula que parece más propia de la compra de una vivienda que de un supuesto en el que el adquirente sea el propio autopromotor, pues se expresa en la estipulación quinta que *“la adquisición se realiza como cuerpo cierto y determinado”*, llegado incluso a detallarse el número de vivienda, garajes y trastero que corresponde a cada adquirente/comunero. Lo que se relata es buena muestra de que en las relaciones entabladas XXXXXX, S.L. intervino como promotora e, incluso, dando un paso más, observó una conducta propia de una parte vendedora.

6ª.- La jurisprudencia ha venido tratando la figura del promotor-gestor. Si bien la mayoría de las sentencias estudiadas son relativas a problemas con la misma derivados de vicios constructivos, de las mismas se extrae que hay una doctrina jurisprudencial que **considera PROMOTOR** (con las obligaciones y responsabilidades que ello conlleva) **a la entidad gestora que intervienen en la comunidad *ad aedificandum***, como en nuestro caso, pero no por su calidad de comunero de la comunidad, sino **en su condición de gestor**

¹² Ver lo expuesto en el punto 3 del apartado de ANTECEDENTES de este informe al tratar las adendas al contrato de adhesión inicial.



profesional con una intervención decisoria en la promoción, en los casos en que sus conocimiento del sector conlleven que de facto adopte las decisiones fundamentales del proceso constructivo. En este sentido se pronuncia, entre otras, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª), núm. 207/2003 de 28 de julio, FDº tercero¹³**. De la misma forma que la anterior se pronuncia el **Tribunal Supremo** (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en **Sentencia núm. 274/2009 de 27 abril** (RJ 2009\2899).

¹³ FDº 3º de la sentencia Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª), núm. 207/2003 de 28 de julio:

"... si bien PROICOSA en su día fue un miembro más de la reunión de autopromotores concurrentes que se constituyó para hacer posible la construcción del edificio que nos ocupa, en modo alguno puede olvidarse que aquella entidad gestionó todo el proceso, en favor del cual el resto de los autopromotores en realidad no hicieron sino prestar su adhesión y otorgar unos poderes irrevocables (la cláusula séptima de los correspondientes contratos, significativamente denominados "de adhesión", es un claro exponente material de todo ello), y ello desarrollando dicha labor de una forma remunerada, "la gestora percibirá en las liquidaciones practicadas el diez por ciento en concepto de administración o gestión", dice el penúltimo párrafo de la estipulación tercera de los citados contratos de adhesión, siendo de destacar que dicha gestión incluía también el control del fondo de garantía de la buena ejecución de obra (...). En suma, si bien formalmente PROICOSA era un autopromotor más, materialmente era la auténtica promotora del inmueble, y desde este punto de vista no solo eligió y contrató los técnicos intervinientes en el proceso constructivo, tal y como con pleno acierto viene a decirse en la sentencia apelada, sino que además, en definitiva, era la mandataria de todos los demás autopromotores para gestionar y solucionar todas las cuestiones que suscitara el proceso constructivo que gestionaba y por el que cumplidamente se lucraba. Plenamente oportuna es la cita que la parte apelada hace de la STS de 3 de octubre de 1996, en la cual, tras referirse un control material y remunerado parecido al que hoy nos ocupa, significativamente viene a decirse, con total proyección al presente caso, "las sociedades de gestión, cuando de hecho son auténticas promotoras según el sentido jurisprudencial, no pueden quedar excluidas de la responsabilidad decenal por el hecho de interponer, mediante un contrato de adhesión, la figura de una comunidad de propietarios...; y así, si a la interpretación integradora del citado art. 1591 CC se ha llegado por aplicación de los arts. 3.1 y 4.1 del mismo texto legal, tampoco puede olvidarse que, ante un contrato de adhesión que impone e interpone un poder omnímodo e irrevocable y una comunidad de tipo civil, con el fin de excluirse de la responsabilidad decenal, ha de aplicarse el art. 6.4 del propio texto sustantivo en igual medida que el principio de la exigible buena fe, plasmados ambos en el art. 11.2 de LOPJ".



Por todo ello, podemos concluir que no es la comunidad de bienes la que en la práctica viene actuando como auténtica promotora o autopromotora del conjunto residencial, sino la entidad gestora XXXXXX, S.L.

III.- ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CUESTIÓN PLANTEADA.

1.- Negocio fraudulento o en fraude de ley. Promoción encubierta.

El concepto de fraude de ley aparece en el artículo 6.4 del Código Civil, que establece que *"los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir"*.

Las actuaciones llevadas a cabo por la entidad XXXXXX, S.L. pueden considerarse realizadas en fraude de ley, pues bajo la apariencia o norma de cobertura de la utilización de la figura jurídica de la Comunidad de bienes, el mandato y el arrendamiento de servicios, lo que ha pretendido es ocultar o eludir que en relación al Conjunto Residencial XXXXXX actúa como verdadero promotor-vendedor, abstrayéndose de esta forma del cumplimiento de las obligaciones que le exigen las normas; pretendiendo colocar a los adquirentes de las viviendas como autopromotores, intentando privarles de esta forma de las normas que les protegen como consumidores¹⁴ y que son irrenunciables¹⁵. La relación de causalidad es clara: la norma de cobertura atribuye la responsabilidad de sus propios actos al comunero-consumidor, mientras que la

¹⁴ Art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹⁵ Artículo 10 TRLGDCU: **Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario:** *"La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil"*.



norma eludida protege al consumidor confiriéndole acciones privilegiadas e irrenunciables contra los responsables.

La situación estudiada en este informe es lo que se ha venido a denominar **promoción encubierta**.

Citamos al respecto dos sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, que con idéntica fundamentación y cita de la doctrina del fraude de ley del Tribunal Supremo resuelve acerca del fenómeno de la promoción encubierta. **Sentencias de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), núm 188/2012 de 10 de abril (JUR 2014/145134) y sentencia núm. 275/2014 de 4 noviembre (JUR 2015\62695):**

"En relación con el fenómeno de la promoción encubierta el Tribunal Supremo ha considerado aplicable la doctrina del fraude de ley, y en este sentido podríamos considerar como negocio fraudulento aquél que permite determinar los elementos esenciales de la edificación bajo la apariencia de otro negocio jurídico distinto a la promoción inmobiliaria, eludiendo frente a compradores y terceros la responsabilidad del promotor".

Y es que con la utilización de la figura de la comunidad de bienes, el otorgamiento de mandatos o la contratación de una prestación de servicios pretenden eludir todo un régimen jurídico dirigido a garantizar al destinatario final de la vivienda su entrega en determinadas condiciones. En concreto, **se habría tratado de defraudar en este caso:**

- La responsabilidad contractual. Concretada en el contrato de compraventa (artículo 1445 y siguientes del Código Civil), en relación con toda la normativa garantista que asiste a los consumidores en este tipo de negocio jurídico (art. 59 y siguientes del TRLGDCU; art. 3 y siguientes del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la



compraventa de viviendas; art. 5 y siguientes de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, etc...).

El gestor que actúa como un promotor encubierto a través del arrendamiento de servicios pretende que su actividad sea calificada de actividad cuando en realidad está obligado a un resultado.

Las cuestiones que acabamos de plantear tienen suma importancia en relación al cumplimiento del plazo de entrega de la vivienda, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de una venta de cosa futura al ser una compraventa sobre plano. Manifestando los clientes que uno de sus mayores problemas se encuentra en el importante retraso que viene sufriendo dicha entrega, con la firma de sucesivas adendas al contrato en este aspecto, sintiéndose los comuneros forzados a suscribir las mismas, en lo que es una clara vulneración de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código civil, en virtud del cual *“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*.

Y en definitiva, la desviación en los costes iniciales, la alteración de las características o calidades y el retraso en la entrega de las viviendas son magnitudes de tal trascendencia económica que no deben recaer en el comunero, cuyo perfil ha sido abocado al de un simple observador más que un promotor participe de su proyecto.

- La responsabilidad decenal. No obstante, el art. 17.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación¹⁶ advierte del posible negocio fraudulento equiparando en materia de responsabilidad al promotor con el gestor que haya tenido una intervención decisoria.

¹⁶ Dispone dicho artículo que: *“Sin perjuicio de las medidas de intervención administrativas que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas”*.



Y como ya hemos anticipado en este informe, jurisprudencialmente se ha atribuido dicha responsabilidad a las entidades gestoras como verdaderas promotoras, en casos de promoción encubierta.

- Responsabilidad administrativa sancionadora (Art. 46 y siguientes del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Pues el promotor encubierto siempre procurará trasladar la culpabilidad de la infracción a otros agentes intervinientes, incluido el autopromotor (los comuneros), manifestando ser un simple asesor o gestor, tratando de eludir su responsabilidad.

2.-La condición de consumidor de los comuneros integrantes de la comunidad de bienes RESIDENCIAL XXXXXX C.B.

Aunque en los contratos y demás documentos suscritos con XXXXXX, S.L.nada se manifieste, los comuneros gozan de la condición de consumidores y usuarios, pues por un lado se desenvuelven en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional y, por otro, por el fraude de ley al que han sido arrastrados bajo pretexto de que con la fórmula utilizada se reducirían costes, cuando su única intención era la de adquirir en condiciones normales una vivienda. Y es que incluso esa reducción de costes en la promoción no sería real, pues llegan los comuneros a contribuir al aval de garantía de las obras¹⁷ (lo que correspondería a la auténtica promotora), con lo cual no hay un abaratamiento de costes real, y menos cuando hemos visto con anterioridad en este informe que incluso si el coste de las obras resultara finalmente inferior al presupuestado la gestora haría suyas dichas cantidades como honorarios.

¹⁷ En relación a la contribución al aval de garantía de la obra, así se expresa en el acta de la sesión informativa de 30 de noviembre de 2016 cuando se dice que dichas cantidades están incluidas en la financiación de Bankinter, por lo que finalmente dicha cantidad la abonarán los comuneros, cuando en caso de venta correría a cargo de XXXXXX, SL.



Dice el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

Artículo 3 Concepto general de consumidor y de usuario

*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, **son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.***

*Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y **las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.***

Artículo 4 Concepto de empresario

*A efectos de lo dispuesto en esta norma, **se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.***

Este concepto de consumidor y usuario que describe el citado Texto Refundido es plenamente aplicable a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad de bienes –excepto, lógicamente, a la propia XXXXXX, S.L., y así lo tiene ampliamente reconocido la jurisprudencia.

Para corregir esta situación, se proponen estrategias de tipo extrajudicial y judicial en el apartado de conclusiones en este informe. No obstante, dejamos apuntado desde este momento que de fracasar todo intento previo a la vía judicial, habría de plantearse una demanda contra el promotor encubierto promoviendo la acción de nulidad por fraude de ley y la acción de cumplimiento contractual, fundamentalmente, en cuanto a la cuestión de la entrega de las viviendas en plazo, con las correspondientes reclamaciones por los perjuicios sufridos ante el retraso (pago de alquileres, etc...), y sin perjuicio de otras cuestiones que pudieran plantearse derivadas del estudio de dicha demanda llegado el caso.



3.- Otras acciones a ejercitar en relación al clausulado del contrato de adhesión.

Sin perjuicio de lo anteriormente manifestado en relación a la nulidad por fraude de ley, como acabamos de ver no podemos olvidar que nos encontramos ante contratos celebrados con consumidores y usuarios. Teniendo en cuenta que por parte de XXXXXX, S.L. se presentaron los contratos de adhesión a la Comunidad de bienes, redactados de forma unilateral por dicha entidad, siendo además condición el otorgamiento de plenos poderes a la gestora, cabe analizar la posible nulidad por abusivas de alguna de las cláusulas incluidas en el contrato de adhesión o en sus adendas.

Dispone el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias que **"Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"**. E incluye dicho artículo un apartado cuarto en el que indica que *"en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:*

- a)** vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b)** limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c)** determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d)** impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e)** resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f)** contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable".



Concretamente, y tras un análisis exhaustivo **se aprecia que podrían tener carácter abusivo** las siguientes estipulaciones del contrato de adhesión:

- **TERCERA, párrafo primero, Poder notarial:** *"Para que la gestora pueda realizar eficazmente la prestación de los servicios que se le han encomendado, el Comunero se compromete a otorgar a favor de aquélla un poder notarial irrevocable, con las facultades que se hacen constar en el artículo 8º de los Estatutos de la Comunidad"*

- **SEXTA, párrafos cuarto y quinto, valor del coeficiente y aportación del comunero:** *"Este importe, que incluye todos los gastos derivados del otorgamiento de las escrituras públicas de compraventa del solar, préstamo hipotecario, declaración de obra nueva y división horizontal, cesación del régimen de indivisión, extinción de comunidad y adjudicación de fincas, se considera cerrado y sin posibilidad de variación alguna".*
"En caso de que se produzcan modificaciones a la baja, resultando inferior el citado coste, la diferencia será abonada a la Gestora en concepto de complemento de honorarios de gestión, en el momento en que se certifique el final de obra de la edificación, sin perjuicio de la cantidad que, por el mismo concepto (honorarios de gestión), resulte de aplicar el porcentaje señalado en la Estipulación 4ª, por haber sido establecida inicialmente, al objeto de que la gestora pueda facturar regularmente los servicios prestados a la Comunidad".

- **SEPTIMA, penúltimo párrafo:** *"El préstamo hipotecario al que se hace referencia en esta estipulación no podrá reducirse o cancelarse hasta que el Comunero, de forma individualizada, se subroge y pase a responder exclusivamente del importe correspondiente a la finca o fincas de las que sea titular".*



- **DÉCIMA, párrafo segundo, entrega de los inmuebles:** *"La Gestora podrá retener en su poder el resultado de la construcción, en tanto en cuanto el comunero no hubiese cumplido todos los compromisos a que se ha obligado por el presente contrato".*
- **UNDÉCIMA, Comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal:** *"... mantenimiento de lo previsto en este contrato hasta la entrega de llaves de los inmuebles y, en su caso, finalización de la prestación de servicios por la Gestora".*

"El Comunero faculta expresamente a la Gestora para que redacte y formalice, en la forma que estime conveniente, los estatutos de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, que de antemano acepta, sin más limitaciones que las derivadas de las citadas disposiciones legales".

"Para facilitar el funcionamiento de la comunidad de propietarios, la Gestora podrá contratar a nombre de aquella los servicios y suministros necesarios para su puesta en funcionamiento, con anterioridad a la entrega de llaves de los inmuebles".

- **DUODÉCIMA, párrafo segundo, pérdida de la condición de comunero:** *"En caso de que la pérdida de condición de comunero se deba al incumplimiento de las obligaciones económicas asumidas mediante la firma del presente contrato, o por la falta de entrega por parte del comunero de la documentación adicional que pueda solicitar la entidad que financie la promoción, resultará aplicable el procedimiento establecido en el artículo 14.b) de los Estatutos, y la Gestora podrá optar por exigir el pago o resolver el presente contrato, con pérdida para el comunero del 25% de las aportaciones ..."*

De la Adenda firmada el 20 de diciembre de 2015:



- Modificación a la estipulación **DECIMOCUARTA condición resolutoria**: *“El presente contrato queda sometido a condición resolutoria, consistente en que, con anterioridad al día 30 de abril de 2016 no se hubiera solicitado la licencia de obras”.*

Tendrían carácter abusivo, pues además de integrarse en un contrato de adhesión, se produce un desequilibrio entre las partes contratantes, situándose XXXXXX, S.L. en situación predominante en cuanto tiene atribuida la decisión de cumplirlo o no en los términos indicados, suponiendo una limitación para los derechos de los consumidores, lo que comportaría la nulidad de las mismas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, con remisión a las normas protectoras de consumidores y usuarios.

La Audiencia Provincial de Madrid¹⁸ ha tenido ocasión de pronunciarse en un caso en el que intervenía una gestora como auténtica promotora (y vendedora), declarando la nulidad por abusivas de dos de las cláusulas del contrato de adhesión.

La declaración de nulidad supondría la expulsión del contrato de dichas condiciones, si bien no determinaría la ineficacia total del contrato, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

4.- La Adenda de marzo de 2017.

Recientemente y a raíz del comienzo efectivo de las obras en la parcela en la que se va a construir el edificio, XXXXXX, S.L. ha hecho llegar a todos los comuneros una nueva Adenda para que sea firma –nuevamente, sin posibilidad de ningún tipo de negociación- por los mismos.

¹⁸ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) en Sentencia núm. 67/2010 de 19 de enero (JUR2010/127140), FDº 3º: *“El desequilibrio en las prestaciones y, por ende, el carácter abusivo de las tan repetidas estipulaciones, es claro desde el momento que queda al arbitrio de una sola de las partes la posibilidad de no cumplir el contrato en los términos ofertados”.*



Esta nueva adenda trata de modificar dos cláusulas del contrato de adhesión:

- Nuevamente el plazo de entrega de las viviendas.
- Nuevo calendario de pagos, como consecuencia de la contratación de determinadas mejoras en las viviendas *-Pack de Mejoras-*.

Para analizar las consecuencias de la falta de firma por los comuneros de esta nueva adenda, hemos de partir del propio contrato de adhesión y de las causas que el mismo fija que motivan la pérdida de la condición de comunero. En este sentido, con respecto a la modificación que se propone de la cláusula décima en relación a la fecha de entrega de las viviendas, la falta de firma de dicha condición no supondría la pérdida de la condición de comunero, pues no aparece dispuesto en el contrato de adhesión ni en los estatutos de la comunidad de bienes. Por tanto, la Gestora habrá de procurar realizar todas las gestiones tendentes a que las viviendas se entreguen en el plazo que actualmente está vigente en virtud del acuerdo entre las partes.

Cosa diferente ocurre con los pagos que corresponde realizar conforme al calendario de pagos que se inicia con el comienzo de las obras, en las nuevas cantidades como consecuencia de las mejoras sobre el proyecto inicial de las viviendas. En cuanto a esta cuestión, la falta de firma podría dar lugar a que el comunero no pueda disfrutar de estas mejoras. No obstante, recomendamos que por parte de cada comunero se dirija comunicación fehaciente a la entidad gestora, dando instrucciones claras y precisas al mandatario *-gestora-* de la aceptación de las mejoras contratadas y del nuevo plan de pagos propuesto, instando a la misma a cargar mensualmente en la cuenta de cada comunero las cantidades que figuran en la adenda. Así mismo, recomendamos hacer constar en la comunicación fehaciente que, para el caso de que el mandatario no atendiera a las instrucciones de su mandante *-aparte de los posibles incumplimientos contractuales que se pueden derivar para XXXXXX, S.L. y no cargara los recibos en la cuenta de cada comunero,* se advierta a la



mandataria que se procederá a la consignación judicial o notarial de las cantidades.

III.- CONCLUSIÓN DEL ANÁLISIS JURÍDICO.

La promoción inmobiliaria encubierta es un fraude de ley que amparándose en la comunidad de bienes, el mandato y el arrendamiento de servicios elude la aplicación de la normativa general sobre derechos y obligaciones, la compraventa y todas aquellas normas de las que gozan los consumidores y usuarios en materia de adquisición de vivienda.

En nuestro caso, tras analizar la documentación aportada y los antecedentes referidos por el cliente, hemos de concluir que se trata de una promoción encubierta en la que las decisiones sobre elementos esenciales de la promoción no han sido adoptadas por los autopromotores (comuneros), sino por la entidad gestora XXXXXX, S.L. que es quien de hecho actúa como auténtico promotor, y no como un mero gestor de comunidades.

Respecto de las vías de actuación de los comuneros ante la situación planteada por XXXXXX, S.L., podemos apuntar tres.

1. Firmar sin más la nueva adenda.
2. Actuación extrajudicial: someternos a las reglas de juego y a la figura jurídica creada por la gestora, esto es, someternos a las normas del Código Civil que regulan la comunidad de bienes, tratando de tomar el control de la promoción y relegando las gestiones de XXXXXX, S.L. a cuestiones residuales e, incluso, estudiando someramente la posibilidad cierta –que consideramos en principio viable- de resolución del contrato de arrendamiento de servicios firmado con ella y la contratación de una nueva gestora. Para ello, es necesario partir de un colectivo de comuneros superior a diecisiete a fin de que, por aplicación del artículo



398 del Código Civil, se puedan adoptar las decisiones oportunas por el régimen de mayorías que prevé este artículo. En lo que se refiere al poder notarial que todos y cada uno de los comuneros han firmado a favor de XXXXXX, S.L., aun cuando el mismo haya sido otorgado con carácter irrevocable, ello no implica que por parte del poderdante no se puedan dar instrucciones al apoderado para que actúe en un sentido o en otro, y tampoco implica que el poderdante haya renunciado a ejercitar por sí las facultades que se confieren en el citado poder.

3. Si lo anterior no fuera posible o no se quisiera llevar esa vía de actuación, se deberá estudiar la posibilidad de entablar demanda judicial contra el promotor encubierto promoviendo la acción de nulidad por fraude de ley y la acción de cumplimiento contractual, con la correspondiente reclamación por daños y perjuicios que hayan podido sufrir los comuneros, principalmente por el retraso en la entrega de las viviendas.

O en su caso, la de nulidad de determinadas cláusulas del contrato de adhesión.

Este es el informe que bajo el leal saber y entender realiza el letrado que suscribe y que somete su contenido a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho, en Madrid, a octubre de 2017.

Luis Miguel Fernández Jiménez

Abogado

Socio-Director de AESTIMATIO ABOGADOS