

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 40 (2017-2018), páxs. 327-335
ISSN: 1130-2682

DE NOVO SOBRE A CONDICIÓN DE PROMOTOR
NAS COOPERATIVAS DE VIVENDA (ANOTACIÓN
Á SENTENZA DA AUDIENCIA PROVINCIAL DE
VALLADOLID DE 9 DE XANEIRO DE 2018)

*AGAIN ABOUT THE CONDITION OF PROMOTER IN HOUSING
COOPERATIVES (ANNOTATION TO THE JUDGEMENT OF THE
COURT OF APPEAL OF VALLADOLID, JANUARY 9TH 2018)*

ANXO TATO PLAZA*

* Catedrático de Dereito Mercantil, Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: atato@uvigo.es

1 ANTECEDENTES

Unha comunidade de propietarios —e varios propietarios máis a título individual— formularon demanda fronte a unha cooperativa de vivendas, a xestora GPS, e un sindicato. Na demanda, reclamaban unha indemnización pola reparación dunha serie de deficiencias construtivas detectadas no edificio. Segundo os demandantes, as demandadas debían afrontar esta indemnización ao ostentar a condición de promotoras encubertas. Ao seu entender, no seu caso non se producira un auténtico proceso cooperativo que culminase coa adjudicación das vivendas aos cooperativistas, ostentando estes últimos o poder de decisión sobre o proceso de edificación. Pola contra, producírase unha promoción inmobiliaria impulsada e totalmente controlada polas tres entidades demandadas, obtendo a xestora o beneficio económico correspondente ao promotor.

A demanda foi desestimada inicialmente en primeira instancia. Os demandantes interpuxeron entón un recurso de apelación perante a Audiencia Provincial de Valladolid. Este recurso foi tamén desestimado.

2 A SENTENZA DA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID

Algúns dos argumentos que emprega a sentenza para desestimar o recurso de apelación son os que reproducimos a continuación:

“Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en una anterior ocasión acerca de la figura del promotor encubierto que bajo la capa de una cooperativa realmente impulsa, dirige y se beneficia del proceso constructivo mas sin asumir las responsabilidades contractuales o ex LOE que del mismo pudieran derivarse. Así en nuestra sentencia de 5 de junio de 2013, citada por la parte apelante, decíamos que “Como segundo motivo para fundar la falta de legitimación pasiva la entidad recurrente aduce que no pueden imputársele las responsabilidades derivadas de la Ley de Ordenación de la Edificación para el promotor ni las contractuales derivadas de los contratos de compraventa de las diferentes viviendas. Argumenta que su intervención se limitó a prestar el servicio de mera gestión de la promoción a cambio de un precio consistente en un porcentaje sobre el valor de venta, a cuyo solo efecto fue contratada por la Cooperativa, siendo ésta quien actuó como vendedora de las viviendas y quien promovió y controló el proceso constructivo, contratando a los técnicos, a la constructora, diligenciando a su nombre las licencias y permisos administrativos e inscribiendo la propiedad del inmueble.

Hemos de decir al respecto que, tal y como se constata en la exposición de motivos de la Ley de Ordenación de la Edificación, no es infrecuente que una entidad ejerza toda la iniciativa, impulso, dirección y financiación del proceso constructi-

vo, empleando para ello los recursos de los futuros adquirentes y la financiación que se solicita a nombre de estos, mientras aparenta ser mera gestora o mandataria de los integrantes de una comunidad de bienes, creada por la propia gestora, o de una cooperativa también controlada por ella. Ésta es en realidad quien asume las funciones del promotor y obtiene los beneficios esperados por éste, pero sin asumir las responsabilidades que los artículos 1591 del Código Civil y 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación atribuyen al promotor, haciendo pasar a los compradores de las viviendas por autopromotores, mientras que quien realmente controla las obras de edificación para su entrega a terceros, por cualquier título, y obtiene la ganancia correspondiente al promotor es la gestora. En realidad los cooperativistas (designados como promotores directos en la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal y adjudicación) son simples compradores a través de un cauce jurídico indirecto, siendo su único interés el obtener una vivienda de las características ofertadas por el precio estipulado, dentro del cual se incluyen los honorarios o ganancias percibidas por la gestora-promotora. La regulación jurídica de las entidades cooperativas no se endereza ni fue prevista para dar cobertura a una promoción de viviendas en la que el verdadero promotor quede como mero gestor o administrador de los intereses de los cooperativistas, siendo estos en realidad meros compradores y no autopromotores. Se trata de un fraude de ley ante el cual debe operar lo dispuesto en el artículo 6, apartado cuatro, del Código Civil, es decir la aplicación de la norma que con ello se ha tratado de eludir, que no es otra sino el régimen de responsabilidades y garantías contemplado en el art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, imponiéndose a la gestora las responsabilidades que en el mismo se previenen en relación al promotor (...).

El análisis de la doctrina jurisprudencial en torno a la figura del promotor encubierto o promotor de comunidades o cooperativas que actúa bajo capa de una gestora, así entre otras las STS de 5-5-2015, 27-4-2009, 16-12-2004, 25-2-2004, etc., desvela que nuestro Tribunal Supremo ha apreciado su existencia en base a la concurrencia de una serie de datos de similar sentido a los anteriormente citados. Así entre ellos que fuera la gestora quien ostentase la titularidad o una opción de compra sobre el solar en que iba a levantarse la edificación, que fuera ella quien eligiese y contratase a la constructora o a los técnicos, que el proyecto estuviera ya redactado previamente a la constitución de la comunidad o de la cooperativa, que aquélla fuera quien buscarse, programase y decidiera la financiación, que seleccionase a los comuneros y les cobrase para poder inscribirse como tales, declarase la obra nueva, confeccionase los estatutos, que percibiere unos emolumentos reveladores de un lucro no proporcionado en relación a los teóricos servicios de gestión que debía limitarse a prestar, el que ostentase el control del plan y plazos constructivos, se reservase la facultad de dar de baja al socio que no abona-

se las cuotas o derramas y la facultad de sustituirlo por otro, el carácter irrevocable del contrato de gestión estableciéndose una penalización en caso contrario, etc.

La parte actora hoy apelante en su recurso pone de manifiesto una serie de datos y circunstancias que a su entender justifican la aplicación al caso que nos ocupa de la doctrina del promotor encubierto. En relación con los mismos el análisis de la prueba practicada permite constatar otra serie de datos y circunstancias que a nuestro entender y en su conjunta consideración con aquellos otros vedan incardinar el caso que nos ocupa en la figura del promotor encubierto y extender a las tres entidades codemandadas las responsabilidades tanto contractuales cuanto las derivadas del art. 17 de la LOE y de la legislación tuitiva de los consumidores que cabe predicar respecto del promotor encubierto. Así:

- No cabe desconocer que el sindicato CCOO es el impulsor de las cooperativas de viviendas Vitra, que han desarrollado más de 30.000 viviendas en nuestro país, y al mismo tiempo socio único de la gestora GPS, constituida poco después de aquella para proporcionar un instrumento de gestión integral al desarrollo de los correspondientes procesos constructivos. Tanto la Cooperativa como la gestora así lo hacen constar expresamente en sus respectivas publicidades, presentándose ambas ante la opinión pública bajo el amparo de la solvencia, confianza y prestigio que ostenta el sindicato en determinados sectores de la población y como instrumentos de su implicación cara a solventar el problema de la vivienda en la población trabajadora. Tal frente común viene reforzado por el hecho de que la inscripción en la cooperativa es gratuita para los afiliados del sindicato, que estos gozan de un descuento y que significados miembros a nivel territorial de dicha organización sindical son quienes ocupan los cargos de responsabilidad en la cooperativa, tal y como estos admiten en sus declaraciones testificales. Sin embargo es público y notorio que no ha sido solo CCOO, sino también otros sindicatos, quienes en nuestro país han impulsado, dentro de sus políticas sociales relacionadas con el problema de la vivienda, la constitución de cooperativas con la finalidad de proceder a la construcción de viviendas de protección oficial y adjudicarlas posteriormente a los socios cooperativistas, con ciertas ventajas al efecto para sus afiliados y ofreciendo su público respaldo a dichas entidades.
- Es cierto así mismo que la Cooperativa, constituida doce años antes de que se iniciase la promoción del edificio que hoy nos ocupa, carecía de domicilio, material y personal propios en Valladolid, ocupando los locales de la gestora, siendo ésta quien gestionaba por completo el desarrollo de la promoción en todos sus aspectos a cambio de unos honorarios del 8% sobre el gasto total de la promoción, honorarios que ascendieron a más de 1 millón de euros. Es la propia GPS quien se ha encargado de la gestión de los procesos constructivos desarrollados por esta Cooperativa en Castilla y

León y también de otros muchos en todo el territorio nacional, mas no solo ha gestionado procesos constructivos afectos a esta concreta cooperativa sino también a otras distintas y en promociones públicas en Andalucía. Es sin embargo también práctica no infrecuente en dicho ámbito la creación por parte del sindicato de una entidad gestora o bien su participación en la misma, encargándose ésta de toda gestión del proceso constructivo en sus vertientes administrativa, de control técnico, etc.”

3 A CONDICIÓN DE PROMOTOR NAS COOPERATIVAS DE VIVENDA

3.1. As cooperativas de vivenda e a condición de promotor na xurisprudencia anterior á Lei de ordenación da edificación

a) A elaboración xurisprudencial da figura do promotor

Como é ben sabido, a figura do promotor é relativamente recente, razón esta pola que non nos debe estranar que non fose contemplada polo Código Civil. En efecto, o artigo 1591 do Código Civil, ao regular a responsabilidade por vicios na construción, contemplaba unha única figura: a do contratista. E atribuíu a esta figura –o contratista– unha responsabilidade decenal por vicios na construción.

Sen embargo, o silencio do Código Civil en punto á figura do promotor non foi obstáculo para que a xurisprudencia equiparase esta figura á do contratista contemplada polo artigo 1591 do Código Civil. Neste eido, merecen ser destacadas dúas sentenzas do Tribunal Supremo. Referímonos ás súas sentenzas de 11 de outubro de 1974 e de 1 de marzo de 1984. Exponse nesta última que se ben é certo que o termo de promotor non foi utilizado polo Código Civil, por resultar descoñecido naquela data, o promotor debe ser equiparado ao contratista ou construtor contemplado polo artigo 1591 do Código Civil, asumindo a mesma responsabilidade que este. Subliñou tamén o alto Tribunal que, para a cualificación dunha persoa física ou xurídica como promotor, deben concurrir nel varias condicións. Así, en primeiro termo, o promotor debe ser o propietario do terreo, o construtor, e o propietario da edificación levada a cabo sobre aquel. En segundo termo, o promotor debe ser o vendedor dos diversos locais ou pisos en réxime de propiedade horizontal. Sen embargo, a condición de promotor non queda excluída polo feito de que este contrate persoal máis ou menos especializado para a execución dos diversos elementos que integran a construción dun edificio.

b) Promotor construtor e promotor mediador

Así as cousas, segundo a xurisprudencia anterior á Lei 38/1999, tan só podía ser calificado como promotor aquela persoa física ou xurídica que, ademais de ser propietaria do solo, asumía a construción, a propiedade da edificación resultante,

e a posterior venda ou enaxenación desta a terceiros, obtendo o beneficio económico resultante.

Polo demais, estes requisitos, segundo a xurisprudenza anterior á Lei 38/1999, permitían trazar unha nítida distinción entre a figura do promotor construtor –equiparado ao contratista aos efectos da aplicación do artigo 1591 do Código Civil– e o promotor mediador. Este, a diferenza do promotor construtor, non destina as vivendas ao tráfico; ou o que é o mesmo, non asume a construción e a propiedade da edificación co ánimo de enaxenar as vivendas resultantes para así obter un beneficio económico. Por conseguinte, o promotor mediador non podía ser equiparado ao contratista, nin asumía polo tanto a responsabilidade decenal que a este lle atribúe o artigo 1591 do Código Civil.

c) As cooperativas de vivenda como promotoras mediadoras

Aos efectos que aquí nos interesan, debemos destacar que, na súa sentenza de 1 de outubro de 1991, o Tribunal Supremo xa apuntou ás cooperativas de vivenda como entidades que merecían a cualificación de promotor-mediador. Así, tras destacar as características desta figura, e diferenciala respecto do promotor-construtor, o Tribunal Supremo subliñou expresamente que na figura do promotor mediador estarían incluídas “certas cooperativas adicadas exclusivamente a procurar vivendas aos seus socios”.

3.2. As cooperativas de vivenda e a condición de promotor na Lei de Ordenación da Edificación

Tras a elaboración pola xurisprudenza da figura do promotor, e a súa diferenciación respecto do promotor-mediador (figura esta última na que quedaban encadradas as cooperativas de vivenda), promulgouse a Lei 38/1999, de 5 de novembro, de ordenación da edificación.

O artigo 9 desta Lei ofrece un concepto legal de promotor. Segundo se establece neste precepto, “será considerado promotor calquera persoa física ou xurídica, pública ou privada, que individual ou colectivamente, decide, impulsa, programa e financia, con recursos propios ou alleos, as obras de edificación para si ou para a súa posterior enaxenación, entrega ou cesión a terceiros baixo calquera título”.

Pois ben, a meirande parte da doutrina e da xurisprudenza defenden que, no caso das cooperativas de vivendas, o socio —durante a construción— é copropietario dos fondos aportados e do construído, substituíndose a cuota *pro indiviso* da que é titular o socio durante a construción por un dereito de propiedade individual no momento da adxudicación da vivenda, sen que nesta adxudicación se poida apreciar a existencia dun acto de enaxenación ou transmisión de propiedade.

En consecuencia co anterior, débese afirmar que, nas cooperativas de vivenda, os socios promoven colectivamente vivendas para o seu propio uso. Polo tanto, a cooperativa non poderá ser considerada promotora en senso estricto en relación coas vivendas construídas para a súa posterior adxudicación aos socios, e só ocupará a posición de promotor en relación con aqueles locais ou instalacións que, en lugar de ser adxudicados aos socios, sexan alleados a terceiros. En cambio, en relación coas vivendas construídas para a súa posterior adxudicación aos socios, a cooperativa non ostenta a condición de promotor, condición esta que debe ser atribuída aos propios socios.

3.3. As sociedades de xestión e a condición de promotor

As conclusións ata aquí obtidas, polo demais, só son válidas na hipótese de cooperativas cúa constitución poida ser atribuída aos propios socios, correspondendo á cooperativa o impulso e programación da correspondente promoción inmobiliaria.

En efecto, a Lei 38/1999 segue deixando aberta a posibilidade de atribuír a condición de promotor á sociedade xestora cando esta, pola súa intervención decisoria, actúe como promotora de feito. Neste senso, o art. 17.4 da Lei de ordenación da edificación amósase tallante ao afirmar que, “sen prexuízo das medidas de intervención administrativa que en cada caso procedan, a responsabilidade do promotor que se establece nesta Lei estenderase ás persoas físicas ou xurídicas que, a tenor do contrato ou da súa intervención decisoria na promoción, actúen como tales promotores baixo a forma de promotor ou xestor de cooperativas ou de comunidades de propietarios ou outras figuras análogas”.

A sentenza que comentamos -como non podía ser doutro xeito- reconece a posibilidade de que a sociedade xestora dunha cooperativa de vivenda ostente a condición de promotora de feito ou encuberta. Ao propio tempo, delimita o criterio que debe ser utilizado para atribuír esta condición á sociedade xestora, e enumera algunhas das circunstancias que poden ser tomadas en consideración en cada caso concreto.

No primeiro senso, a sentenza é clara ao establecer que a sociedade xestora poderá ser cualificada como promotora de feito ou encuberta cando ten unha intervención decisoria na promoción, exercendo toda a iniciativa, impulso, dirección e financiamento do proceso construtivo.

Como é evidente, só se pode determinar se unha sociedade xestora tivo unha intervención decisoria na promoción atendendo a cada caso concreto e ás súas específicas características. Sen embargo, e como xa avanzabamos, a sentenza que comentamos enuncia tamén de xeito acertado algunhas das circunstancias que se poden tomar en consideración ao determinar, en cada suposto específico, se a sociedade xestora tivo unha intervención decisoria no proceso construtivo. A súa

enumeraci3n —de car3cter aberto— atop3mola ao final do Fundamento de Dereito Segundo, segundo o cal poden tomarse en consideraci3n —entre outras— as seguintes circunstancias: que sexa a xestora a que ostente a titularidade ou unha opci3n de compra sobre o solar no que vai facerse a edificaci3n, que sexa ela quen elixa e contrate 3 construtora ou aos t3cnicos; que o proxecto construtivo estea xa redactado con car3cter previo 3 constituci3n da cooperativa; que sexa a xestora a que busque, programe e decida o financiamento, a que seleccione aos cooperativistas e lles cobre por inscribirse, a que declare a obra nova e confeccione os estatutos; que a sociedade xestora perciba unha remuneraci3n que implique un lucro non proporcionado en relaci3n cos servizos de mera xesti3n que ter3a que prestar; que a xestora ostente o control do plan e prazos de construcci3n, ou que se reserve a facultade de dar de baixa ao socio que non abone as cuotas ou derramas; ou —finalmente— que o v3nculo entre a sociedade xestora e a cooperativa se estableza a trav3s dun contrato de car3cter irrevocable que contemple unha penalizaci3n para o caso de extinci3n anticipada por parte da cooperativa.