

La promoción inmobiliaria encubierta: un fraude de ley

por

RAFAEL GONZÁLEZ TAUSZ

Abogado I.C.A.M.

INMOABOGADOS

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA PROMOCIÓN INMOBILIARIA ENCUBIERTA:
 1. CONCEPTO.
 2. IMPORTANCIA.
 3. SUJETOS.
 4. EL SUPUESTO DE «PROMOTOR FORMAL» Y «PROMOTOR DE HECHO».
- III. FACTORES QUE FAVORECEN LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA
 1. FACTORES RELATIVOS A LOS AUTOPROMOTORES.
 2. FACTORES RELATIVOS A LOS GESTORES.
 3. FACTORES RELATIVOS A LA ADMINISTRACIÓN.
- IV. FUNCIONAMIENTO DE LA AUTOPROMOCIÓN: NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN AUTOPROMOTOR Y GESTOR:
 - 1.^a ETAPA: LA FORMACIÓN DEL COLECTIVO: GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS.
 - 2.^a ETAPA: LA GESTIÓN DEL COLECTIVO: GESTIÓN COMO ARRENDADORES DE SERVICIOS O COMO MANDATARIOS PARA PROMOVER.
- V. FUNCIONAMIENTO DE LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA: CONDUCTAS CARACTERÍSTICAS.
- VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA: UN FRAUDE A LA LEY.
- VII. LA RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR ENCUBIERTO: LA APLICACIÓN DE LA NORMA DEFRAUDADA.
- VIII. UN EJEMPLO DE PROMOCIÓN INMOBILIARIA ENCUBIERTA.

- IX. ESTRATEGIAS JURÍDICAS DE LOS PERJUDICADOS: EXTRA PROCESALES Y PROCESALES.
- X. MEDIDAS CONDUCENTES A REDUCIR LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA.
- XI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Aquellos que trabajen en el sector inmobiliario advertirán, en la mayoría de ocasiones, que el verdadero promotor de una edificación no es el aparente. Esta situación se suele producir con mucha frecuencia en las llamadas promociones en régimen de cooperativa o comunidad pergeñadas por una sociedad gestora poco profesional cuya ineeficacia repercute en los pactos básicos de la adquisición de la vivienda.

Es ahora, en épocas de crisis del sector inmobiliario —como ocurrió a principios de los noventa—, cuando estos sistemas de promoción inmobiliaria se incrementan. Esto se debe principalmente al atractivo que presentan estos colectivos para las entidades de crédito: cuentan desde una etapa temprana del proyecto con un número elevado de clientes que garantizan subrogaciones en los futuros préstamos hipotecarios; además, en situaciones como las que vivimos, donde promover una edificación puede entrañar riesgos importantes, la fórmula «cooperativa» o «comunidad» presenta muchos menos riesgos en comparación con la promoción inmobiliaria, pues las oscilaciones del coste se repercuten en el destinatario final.

La falsa autopromoción sólo se desenmascara ante los Tribunales en las ocasiones más sangrantes; en la mayoría de los casos, los consumidores la advierten, pero se resignan a soportarla, por entender que, a la larga, la inversión es correcta, o por carecer de la información o recursos suficientes para combatirla; en el resto puede pasar desapercibida, ya que la edificación se entrega, pero en condiciones muy distintas a las prometidas en su día.

Desgraciadamente hasta la fecha, las situaciones de promoción encubierta sólo son destapadas a raíz de acciones decenales por la antigua sede del artículo 1.591 del Código Civil. Esto supone que los perjudicados únicamente son resarcidos por los daños provenientes de los vicios de las edificaciones. Sin embargo, lo anterior es sólo parte del perjuicio, puesto que el incumplimiento contractual del promotor encubierto provoca otros daños económicos muy superiores a los de los vicios constructivos.

Por todo ello, pretendemos con este estudio exponer las pautas básicas para que —ante un caso de falsa autopromoción— se pueda advertir, probar y resarcir a sus perjudicados.

II. LA PROMOCIÓN INMOBILIARIA ENCUBIERTA

1. CONCEPTO

Para el fenómeno de la promoción encubierta nuestro Tribunal Supremo ha considerado aplicable la doctrina del fraude de ley (1), lo que nos pone en la pista para intentar definirlo. Así entonces, podríamos considerarlo como un negocio fraudulento 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.

2. IMPORTANCIA

Hasta la fecha, el estudio de la promoción encubierta, a la que también llamamos falsa autopromoción, se ha dado principalmente en el ámbito de la responsabilidad decenal. Este enfoque es insuficiente, puesto que no sólo se elude la responsabilidad decenal sino también la contractual, constituida básicamente por tres obligaciones esenciales: el precio de la edificación, sus características o calidades y el plazo de entrega. Para evitar su exigencia, el promotor encubierto instrumentaliza la figura de la autopromoción. El uso de esta figura se debe a que está presidida por el principio de autoresponsabilidad de sus componentes, destinatarios finales de la edificación.

La instrumentalización de la autopromoción se hace efectiva bajo negocios jurídicos simulados que vinculan al gestor con el autopromotor: mandato, arrendamiento de servicios, etc...

No es posible encontrar información estadística sobre promoción encubierta, por lo que su importancia sólo podemos extrapolarla de las cifras de autopromoción colectiva inmobiliaria, ámbito en el que se desenvuelve esen-

(1) Expresamente cita la institución del fraude de ley, el FJ 3.^º de la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 1996. Ponente: FERNÁNDEZ-CID DE TEMES, E. (EL DERECHO 1996/6730):

«En definitiva: Si a la interpretación integradora del artículo 1.591 se ha llegado por aplicación de los artículos 4.1 y 3.1 del Código Civil, 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 artículo 6.4 del propio texto sustantivo, en cuanto dispone 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...".».

También invoca el fraude de ley y cita la anterior sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 7 de marzo de 2008 en su FJ 9.^º (Rec. núm. 107/2008; Id. vLex: VLEX-FXGX122). En este supuesto se debate una responsabilidad contractual como promotora a quien contractualmente pretendía operar como gestor de cooperativas.

cialmente. Según el Anuario Estadístico del año 2006, del Ministerio de Fomento, el número de viviendas promovidas por comunidades de propietarios y personas físicas fue de 124.138 y el de cooperativas fue de 15.248 (2). No dudamos que esta cifra en épocas de crisis como la actual se incrementará a costa de la promoción llevada por sociedades mercantiles.

La fácil concurrencia de los factores que potencian la falsa autopromoción, como más adelante examinaremos, junto con el escenario que hemos cuantificado, nos da una idea de la clara importancia de este negocio fraudulento.

3. SUJETOS

Los protagonistas más habituales son, por la parte de los destinatarios finales: las comunidades de propietarios y las cooperativas de viviendas, es decir, los consumidores (3), y por la parte de los empresarios: los gestores de cooperativas y promotores de comunidades.

Sin embargo, la realidad puede ofrecer supuestos peculiares de promoción encubierta. Así, por ejemplo, el propietario de un solar que cede una cuota sobre el mismo al promotor a cambio de unas viviendas. Se pacta que participe en la toma de decisiones mediante una comunidad de promoción o *ad aedificandum* (4), pero en realidad quien decide todo es el promotor.

4. EL SUPUESTO DEL «PROMOTOR FORMAL» Y «PROMOTOR DE HECHO»

Aquellos promotores que, delegando sus funciones en terceros, voluntaria o involuntariamente, responden por su posición contractual frente a los des-

(2) Cifra obtenida de los Visados de Dirección de Obra. Anuario Estadístico 2006, pág. 87.

(3) Las cooperativas de viviendas son auténticos consumidores por ser sus miembros destinatarios finales de las viviendas y no el mercado (con la salvedad de la promoción de los locales comerciales u otros elementos análogos donde la cooperativa no tendría el carácter de consumidor). Apoyan esta afirmación los siguientes argumentos: 1.º) El propio tenor literal de artículo 3 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. 2.º) La falta de legitimación pasiva en el ámbito de la responsabilidad decenal (por todas, STS de 24 de septiembre de 1991, *RJ* 1991/6279). 3.º) El distinto tratamiento jurídico a nivel de responsabilidad civil que tiene el socio frente a los resultados cooperativos, es decir, los resultados derivados del coste de las viviendas, de los que responde ilimitadamente; frente a la responsabilidad limitada a lo aportado al capital social respecto de los resultados extracooperativos, es decir, las deudas sociales.

Un breve análisis de este debate, en sede de cooperativas agrarias, se puede leer en la STSJ de Navarra, de 7 de junio de 2001 (*EDJ* 2001/34467, FJ 3.º).

(4) Testimonios de comunidades de este tipo nos lo cuenta SERRANO CHAMORRO, M.ª Eugenia, en su obra *Cambio de solar por edificación futura*, Ed. Aranzadi, 1.ª ed., Madrid, 1997, pág. 69 y sigs.

tinatarios finales, no pueden tener el calificativo de «promotor encubierto», sino más bien podrían calificarse como «promotores formales».

Puede existir un «promotor formal» y otro «de hecho», por ejemplo, en la sociedad propietaria del solar (promotor formal) que contrata con una sociedad de *Project Management* (5) que, bajo el paraguas de un asesoramiento multidisciplinar, mediatizan por completo sus decisiones (promotor de hecho).

Otros ejemplos de lo anterior es probable que se puedan suscitar en la situación inmobiliaria actual, donde se está produciendo el fenómeno llamado «enladrillamiento de la banca»: entidades de crédito que inicialmente sólo financiaban proyectos inmobiliarios de sus clientes promotores y, para evitar la insolvencia de estos últimos, se ven en la necesidad de adquirir sus activos y promoverlos. En estos casos, o la entidad de crédito designa a administradores con dilatada experiencia en la promoción inmobiliaria o, probablemente, acaben contratando los servicios de gestión de sus antiguos clientes quienes conocen suficientemente la cartera en promoción.

También el promotor formal puede darse en supuestos donde la promoción se desenvuelve gracias a un contrato de franquicia, es decir, el promotor-franquiado actúa completamente determinado por el franquiciador, pero concierta contratos de compraventa con los consumidores y está en primera línea de responsabilidad civil.

En todos los casos citados, entendemos que el consumidor podrá accionar contra el «promotor formal» y sólo le interesará ir contra el «promotor de hecho» ante escenarios de insolvencia del «promotor formal».

III. FACTORES QUE FAVORECEN LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA

El fenómeno de la falsa autopromoción se debe a la concurrencia dentro del sector inmobiliario de distintos factores que facilitan su presencia.

Hemos clasificado las mismas según el sujeto en el que inciden, así entonces destacamos:

(5) CLEMENTE NARANJO, L., «Aspectos Jurídicos del Project Management», en *Revista Directivos Construcción*, Ed. CISS, núm. 134, mayo de 2001, pág. 46, dice:

«Tradicionalmente las empresas dedicadas a estas tareas insistían en sus contratos en la inclusión de sus servicios dentro del concepto de asesoramiento, huyendo de este modo de responsabilidades asociadas al proceso constructivo. La entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación (en la que no se hace referencia a estos profesionales) creó inquietud en los gestores, temiendo la extensión a sus tareas del régimen previsto para otras actividades. La consecuencia ha sido que han incluido diversas previsiones en sus modelos de contratos en los que se manifiesta la absoluta exclusión del contrato del ámbito de la LOE».

1. FACTORES RELATIVOS A LOS AUTOPROMOTORES

1.1. *Sus integrantes son consumidores y legos en materia inmobiliaria*

Deben ser muy escasos los supuestos en que una comunidad o cooperativa se forma espontáneamente por la agrupación de distintos profesionales del sector inmobiliario con conocimientos multidisciplinares para gestionar una promoción inmobiliaria. Si dicho colectivo se agrupa será para formar una entidad mercantil estable y duradera, procurándose un beneficio económico y no simplemente para la efímera empresa de construirse su vivienda.

En la práctica totalidad de los casos, la formación del colectivo es iniciativa de una sociedad gestora que por medios publicitarios capta a los futuros usuarios de las viviendas; su negocio estará en función de ellos. A los usuarios les importa poco el modo o sistema de obtención del bien, su máxima y legítima aspiración es que la vivienda se obtenga en el plazo, precio y condiciones informadas. Estamos ante un bien cuya obtención es muy compleja por lo que invita poco a la participación en la toma de decisiones y mucho a delegarlas en profesionales. Esta pasividad, por un prudente desconocimiento, es uno de los primeros ingredientes que puede provocar falsa autopromoción.

1.2. *Su solvencia económica es ajustada*

Sabido es que las viviendas promovidas por cooperativas y comunidades, sobre todo las primeras, están orientadas a economías modestas por cuanto, en principio, permiten evitar el margen del promotor mercantil en el negocio edificatorio y consiguen teóricamente el mismo bien inmueble en condiciones más asequibles. Esto lleva a que, por lo general, sea el sector de población de recursos económicos más ajustados quien integre estos colectivos.

Lo anterior conduce a la inexistencia de partidas económicas distintas de las estrictamente necesarias para construir su vivienda. Se ahorrará en controles de carácter preventivo e imparcial de tipo técnico, jurídico, contable, etc... Ni tan siquiera se retribuirá a sus órganos de representación, miembros de Consejos Rectores o Juntas Directivas, por los que su independencia será frágil.

En este sentido, nuestra experiencia constata la inexistencia de abogados o técnicos ajenos a las sociedades gestoras, cuyo labor se haya desempeñado desde el inicio a favor de la comunidad o cooperativa. Con más frecuencia estos protagonistas aparecen a resultas de algún traspie en el desarrollo de la promoción (por ejemplo, reclamaciones de derramas) y su margen de maniobra entonces es muy reducido.

1.3. *Carecen de órganos de representación eficaces*

Si bien el cooperativismo habitacional se agrupa de forma asociativa en federaciones y en una confederación de cooperativas a nivel nacional, que destacan por su participación institucional defendiendo los intereses generales del sector cooperativo, no creemos que sea un instrumento eficaz para la defensa de los intereses más acutantes del cooperativista de base. Lo anterior por diversas razones:

- a) La permanencia del cooperativista es muy fugaz (unos años hasta la entrega de las viviendas), lo que favorece ser poco participativo, tanto para elegir como para ser elegido en entidades representativas de vocación permanente.
- b) Por parte de este tipo de entidades asociativas no se apoyan acciones judiciales de defensa jurídica (las más costosas) a favor del cooperativista afectado por una deficiente gestión de su promoción (uno de los problemas más relevantes de este sector). A esta situación contribuye, sin duda, la existencia de un cierto conflicto de intereses: entablar acciones contra gestores no parece lo más adecuado para la continuidad de estos entes federativos, pues son precisamente las empresas gestoras quienes constituyen y promueven la existencia de cooperativas; además, estas entidades asociativas se nutren, aunque sea sólo en una pequeña parte, de las cuotas de sus asociados (las cooperativas).

Esta falta de representación es más acentuada todavía en las comunidades de propietarios que ni tan siquiera gozan de entidades asociativas y su única asistencia puede estar ejercida por asociaciones de consumidores y usuarios quienes adolecen también de apoyo en acciones judiciales frente a los gestores.

2. FACTORES RELATIVOS A LOS GESTORES

2.1. *Criticable sistema de gestión: Viviendas a «precios de coste»*

Los «precios de coste» son ofrecidos a los futuros interesados en adquirir su vivienda como una ventaja; sin embargo éstos encierran cierto peligro. Los «precios de coste» suponen al autopromotor un resultado económico próximo a cero, es decir, una equivalencia entre los anticipos entregados por los socios o comuneros y el coste de la edificación (6).

(6) En sede de cooperativas, el mecanismo de los precios de coste se denomina «la técnica del excedente cero». El problema que encierra esta técnica es que el coste de las

Con este escenario, es habitual que en el sector de la gestión de cooperativas y comunidades se trabaje dando por hecho que la cifra inicial informada sobre el coste de la vivienda subirá sensiblemente (7).

Este método es inaceptable, puesto que no hay una elaboración exhaustiva del presupuesto ni un seguimiento estricto del mismo; hay cierta relajación y en ella reside el peligro que avanzamos. Si el coste se dispara será el autopromotor quien lo asuma con más desembolsos. El problema es que los «precios de coste» impiden hablar de ganancias o pérdidas y dificultan evaluar la gestión efectuada.

Paradójicamente, el promotor mercantil sí es capaz de aportar unos precios cerrados para sus contratos de compraventa que le vincularán hasta la entrega salvo circunstancias muy excepcionales.

No olvidemos, además, que en la práctica totalidad de los casos, el presupuesto es elaborado por el gestor sin que el autopromotor cuente con asesoramiento independiente al respecto.

2.2. *Falta de formación*

En otra ocasión destacamos la necesidad de que al promotor se le exigiera cierta titulación, pero en el caso del gestor esta exigencia debería de ser indeclinable. La tarea del gestor exige más celo profesional. La razón está en que el autopromotor asume compromisos directos con el resto de agentes intervenientes; el gestor debe velar para que dichos compromisos sean viables puesto que de no serlos, el autopromotor responde con todo su patrimonio; situación que no concurre en el caso del comprador de vivienda que su obligación se limita a lo pactado en el contrato de compraventa. Aunque no se tratara de un título habilitante para el ejercicio de la gestión, al menos sería necesaria una clasificación administrativa que garantizara la solvencia profesional de los gestores y que, mediando sentencia firme, fueran susceptibles de inhabilitación (8).

viviendas es un concepto con contornos muy difusos que permite responsabilizar al socio de cualquier desembolso imprevisto. Una crítica al respecto la hemos estudiado en GONZÁLEZ TAUSZ, R., «Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen», en *Revesco*, núm. 67, 1999, pág. 99 y sigs.

(7) Según nos dice URIBARRI, I.: «Ya desde antaño se reconoce que el costo de las cooperativas no se sabe hasta el final, que se dice una cifra al comenzar y luego es otra», en *Cooperativas de vivienda*, en Primeras Jornadas de Cooperativas de Euskadi, Departamento de Presidencia del Gobierno Vasco, ed. 1.^a, Vitoria, marzo de 1982, pág. 134.

(8) El artículo 3 del Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, por el que se establecen las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de Viviendas de Protección Oficial promovidas por Cooperativas de Viviendas y Comunidades de Propietarios (en adelante RD 2028/1995) exigía, al tiempo de solicitar la financiación cualificada, la acreditación ante la Comunidad Autónoma de la solvencia profesional de la gestora.

3. FACTORES RELATIVOS A LA ADMINISTRACIÓN

3.1. *Insuficientes órganos de inspección*

Los órganos competentes para conocer de las posibles irregularidades en la gestión de la autopromoción son dos:

- a) En materia de consumo, la Inspección de Consumo adscrita a cada Comunidad Autónoma o Municipio (9).
- b) En materia de cooperativas, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Trabajo (10).

La insuficiencia de estos órganos se basa en dos motivos: El primero, relativo a la falta de medios y de personal que hemos constatado por nuestra experiencia.

El segundo, relativo a las materias que son inspeccionadas. Así en el ámbito de la Inspección de Trabajo se supervisará el cumplimiento de la ley de cooperativas, es decir, su funcionamiento societario y no se abordarán eficazmente las materias que más quejas suscitan: los presupuestos económicos de la promoción y las relaciones con la gestora. En el ámbito de consumo, existe el obstáculo de imputar infracciones propias de un promotor a una empresa que teóricamente sólo gestiona; además no creemos que sea precisamente el derecho administrativo sancionador la sede idónea para investigar situaciones de fraude o encubrimiento, dada su complejidad de prueba y dado que la mayoría de sus preceptos tipificadores de infracciones están pensados para el negocio típico de compraventa.

En el año 1997, aún vivo el fragor de la PSV, la Comunidad de Madrid presentó un borrador de Anteproyecto de Ley de Gestoras de Cooperativas de Viviendas Protegidas de la Comunidad de Madrid. Este Anteproyecto, de especial corte garantista, establecía la clasificación administrativa para gestionar cooperativas y comunidades, pudiendo ser objeto de suspensión o pérdida de la misma en caso de infracciones administrativas graves o muy graves (respecto el contenido del mismo, cfr. *La Sociedad Cooperativa*, Ed. CISS, núm. 22/1997, págs. 3 y 4).

Este Anteproyecto nunca llegó a tramitarse, en parte, por la oposición que al mismo formuló la antigua Asociación de Gestores de Cooperativas de Viviendas (AGECOVI). Situación que entendemos criticable, puesto que la desregulación que existe en este sector va en perjuicio del mismo, permitiendo la llegada de cualquier gestor insolvente y pseudo-profesional.

(9) La competencia en materia de consumo está asumida por todas las Comunidades Autónomas, siendo muy reducidas las competencias estatales en esta materia (cfr. el derogado art. 39 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios con las matizaciones de la STC 15/1989). A su vez, la legislación autonómica puede asignar competencias a las Administraciones Municipales como lo tiene reconocido el artículo 25.2.g) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

(10) Cfr. artículo 113 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

IV. FUNCIONAMIENTO DE LA AUTOPROMOCIÓN: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE EL AUTOPROMOTOR Y EL GESTOR

El *modus operandi* de la verdadera autopromoción debe analizarse desde sus dos manifestaciones más importantes: la gestión de cooperativas y la gestión de comunidades. A efectos de examinar la naturaleza jurídica de la relación (11) podemos distinguir dos etapas:

1.^a ETAPA: LA FORMACIÓN DEL COLECTIVO: GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS

Esta es la etapa inicial del proyecto empresarial y entendemos que las conclusiones son iguales tanto para cooperativas como para comunidades; en ambas, el gestor se dedica mediante publicidad a la formación del colectivo destinatario de la promoción inmobiliaria.

El gestor debe aglutinar el mayor número de personas mediante expectativas serias sin ofertar datos de imposible fijación atendiendo al carácter incipiente del proyecto. Así las cosas, sería completamente legítimo el gestor que estructura la demanda de un grupo de interesados con vistas a la adjudicación en un concurso de suelo.

En esta primera fase la actuación del gestor obedece a la institución de la gestión de negocios ajenos (12) (art. 1.888 CC): «*El que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto...*».

Siguiendo los presupuestos que para este concepto establece ALBALADEJO, M. (13), observamos:

(11) La doctrina científica y nuestra jurisprudencia respecto del análisis de esta relación jurídica se han escudado en la diversidad de modos de contratación posibles para no encorsetarla en ninguna figura típica (contrato de gestión, mandato con o sin representación, comisión, mediación, etc...). Esta opinión la mantienen, por ejemplo, LAMBEA RUEDA, A., *Cooperativas de Viviendas*, pág. 599, Ed. Comares, Granada, 2001, o MUÑOZ DE DIOS, G., *Memento inmobiliario, 2000-2001*, págs. 185 y 186, Ed. Francis Lefebvre, S. A., Madrid, 1999.

Nosotros consideramos que la actuación gestora, en la inmensa mayoría de los casos, sigue unos patrones de conducta muy similares (distinguiendo la gestión de cooperativas de la de comunidades) lo cual permite tipificar su naturaleza conforme aquí exponemos.

(12) Han avanzado la idea de la gestión de negocios ajenos MUÑOZ DE DIOS, G., *ob. cit.*, pág. 185, y LAMBEA RUEDA, A., *ob. cit.*, pág. 576.

(13) *Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, Vol. II, Bosch, 7.^a ed., Barcelona, 1982, pág. 455 y sigs.

1.^º Encargarse de un asunto de otro:

El gestor toma la iniciativa y efectúa las tareas necesarias para encontrar en el mercado suelo suficiente para el autopromotor. Independientemente del grado de responsabilidad, el gestor no será el propietario de la edificación ni el titular del proyecto empresarial.

2.^º Hacerlo lícitamente y en interés de aquél:

No existe ilicitud ni daño alguno en la tarea que emprende el gestor: procurar una edificación para un colectivo. Tampoco perjudica este presupuesto el hecho de que el gestor además de actuar en interés ajeno, lo haga también en interés propio; movido por el legítimo lucro que espera obtener de la gestión del colectivo, situación que llega a constituir el objeto social de muchas mercantiles dedicadas a esta materia (14).

3.^º Hacerlo sin obligación de ello:

Resulta evidente que nadie obliga al gestor a la búsqueda de suelo ni a presentarse a concursos públicos para que la cooperativa o comunidad resulten adjudicatarias.

4.^º Hacerlo sin que el interesado se oponga ni haya dado poder para ello:

La iniciativa reside en el gestor y no parte de mandato alguno del autopromotor pues éste se encuentra en formación.

No cumpliría este presupuesto aquella cooperativa activa que habiendo acometido alguna promoción inmobiliaria decide, a instancia propia o del gestor, adquirir nuevo suelo y crear una fase para ello, al amparo del artículo 90 de la Ley de Cooperativas 27/1999. Aquí estamos ante la existencia de un mandato (incluso tácito) a favor del gestor que excluye la actuación gestora sin poder (15).

La etapa inicial de formación concluiría con la ratificación de las gestiones efectuadas, aplicando el régimen jurídico del mandato con carácter retroactivo según establece el artículo 1.892 del Código Civil.

Lo correcto es que la ratificación se produzca por el órgano soberano de decisión del autopromotor (asamblea general de cooperativistas o junta general de comuneros). Dejar este asunto en manos de los órganos de gobierno,

(14) LACRUZ BERDEJO, J. L., «La gestión de negocios sin mandato», en *RCDI*, núm. 507, 1975, pág. 257, nota 5, citando a ENNECERUS y LEHMANN, dice: «el concepto de gestión de negocios ajenos no se desvanece por la circunstancia de que, además del interés ajeno, se cuide a la vez de uno propio».

(15) Cfr. STS de 2 de febrero de 1954, citada por LACRUZ BERDEJO, J .L., en «La gestión de negocios...», *ob. cit.*, pág. 252.

entendemos, transgredería en sede de cooperativas, el artículo 21.2.a) de la Ley de Cooperativas 27/1999 (en adelante también LC); en sede de comunidades, el artículo 398 del Código Civil (16).

También es válida la ratificación tácita (17), si bien desaconsejable, puesto que la promoción encubierta participa de estas actuaciones que suponen la pasividad del destinatario final del inmueble.

En el supuesto de no ratificación, la institución de la gestión de negocios ajenos nos deslinda las obligaciones y responsabilidad de cada sujeto:

El autopromotor deberá reembolsar al gestor los gastos necesarios en los que hubiere incurrido (cfr. art. 1.893 CC) y retribuirle los honorarios que se hubiesen devengado (18).

El gestor deberá continuar en la gestión hasta que el autopromotor pueda sustituirle (cfr. art. 1.888 CC), rendir cuentas (por analogía con el art. 1.720 CC) y responder incluso del caso fortuito para el supuesto de que hubiere irrogado daños a la cooperativa o comunidad (cfr. art. 1.891 CC) (19).

2.^a ETAPA: LA GESTIÓN DEL COLECTIVO: GESTIÓN COMO ARRENDADORES DE SERVICIOS O COMO MANDATARIOS PARA PROMOVER

La ratificación es el tránsito de la primera a la segunda etapa. En ésta el funcionamiento tiene peculiaridades que aconsejan estudiar la sede cooperativa y luego la comunitaria.

(16) Aunque el Consejo Rector tenga facultades para otorgar poderes de gestión o administración a terceros por aplicación del artículo 32.3 de la LC, el contrato con la gestora es de tal trascendencia en la gestión social cooperativa que debe ser examinado por la propia Asamblea. Recogía esta obligación, para su ámbito de aplicación, el artículo 1.1.c) del Real Decreto 2028/1995, citado en la nota 9.

En las comunidades de promoción o *ad aedificandum* no es habitual encontrarse con acuerdos de Junta que ratifiquen la designación del gestor; normalmente la ratificación del gestor se produce únicamente de forma individual en el momento del ingreso en la comunidad mediante un contrato de adhesión. Dudamos de la legalidad de esta inicial ratificación, aunque normalmente el comunero por sus actos posteriores ratificará de forma tácita su elección; por ejemplo: siguiendo las instrucciones que le ordene el gestor para el ingreso de los anticipos. Esta práctica nos acerca a la promoción encubierta.

(17) Cfr. STSS, Sala 1.^a, 23 de abril de 1991 (LA LEY 2464/1991) y 14 de mayo de 1991 (LA LEY 2521/1991).

(18) Según PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, citado por LACRUZ BERDEJO, J. L., en «La gestión de negocios...», *ob. cit.*, pág. 268, y con apoyo en la STS de 1 de julio de 1897 y el artículo 1711.2 del Código Civil, se inclina por reconocer derecho a retribución si el gestor es profesional.

(19) Es clara la aplicación del artículo 1.891 del Código Civil porque los cooperativistas o comuneros no tienen costumbre de arriesgar en operaciones inmobiliarias y porque la iniciativa del gestor se efectúa sobre todo en su propio interés y no en el de los autopromotores.

1. *La gestión de cooperativas: prestación de servicios*

En este etapa, la empresa gestora pone a disposición de la cooperativa todos sus medios humanos y materiales (personal y oficinas) y se limita a la elaboración de la documentación social, contable, fiscal, jurídica, técnica y, a lo sumo, a labores de asesoramiento sobre decisiones que afectan a la promoción (constructor, arquitecto, financiación, etc...).

El amplio espectro de servicios que presta unido a una escasa supervisión y decisión de los órganos rectores invita al gestor a decidir por la cooperativa. En este supuesto nos adentraríamos en la falsa autopromoción. Sin embargo, si el Consejo Rector ejerce su poder de representación, toma decisiones y contrasta otras opciones de las planteadas por el gestor, la injerencia de éste será reducida y su actividad se limitará al desempeño de tareas de asesoramiento y administrativas.

En estos supuestos consideramos que la relación jurídica mantenida es la del arrendamiento de servicios porque el desempeño de las tareas de la gestora exige conocimientos específicos en materias que no pueden ser desempeñadas por los cooperativistas: asesoramiento contable, técnico, etc... De hecho el personal de éstas siempre suele estar conformado por arquitectos, abogados, economistas, etc...

Apoya lo anterior, el hecho de que la gestora, si se limita a gestionar, no representará a la cooperativa salvo en tareas menores que no deben desvirtuar la naturaleza propuesta. No actuará como mandataria en la definición de los elementos esenciales de la promoción (20).

Aunque, en sede de cooperativas, no son frecuentes fórmulas distintas a la del arrendamiento, cabe excepcionalmente la posibilidad teórica de que se establezca un mandato o apoderamiento (21).

(20) La calificación como arrendamiento de servicios la fundamos en el criterio de la sustituibilidad consagrado en las SSTS de 25 de marzo de 1988 (*EDE 1988/2542*) y de 14 de marzo de 1986 (*EDE 1986/1948*). Sintetiza muy bien esta corriente la SAP de Málaga, de 12 de mayo de 1998 (*EDE 24385/1998*) que en su FJ 1.^º dice:

«El Tribunal Supremo (sentencias de 14 de marzo de 1986 y 1 de marzo de 1990) ha establecido las diferencias entre el mandato y el arrendamiento de servicios, considerando que para distinguirlos es básico el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo puedan ser objeto posible del mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea que el mandante realizaría normalmente por sí mismo, y que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona, puesto que cuando no es así, o lo que es lo mismo, cuando se encomienda a otra persona la realización de servicios que no son propios de la actividad de quien los encomienda, entonces se trata de uno de arrendamiento de servicios, al necesitar el arrendatario la posesión o cualidades técnicas que son las que mueven a encomendarle los servicios».

(21) La razón de esta afirmación estriba en el artículo 32.3 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que reconoce al Consejo Rector la posibilidad de otorgar apoderamientos a favor de terceros. Esta figura normalmente no se utiliza porque exige al

2. *La gestión de Comunidades: mandato para promover junto con prestación de servicios*

En esta sede, el interesado en la vivienda se incorpora a la comunidad mediante contrato de adhesión en el que se facilitan los estatutos de la comunidad, el proyecto de la promoción y un apoderamiento a favor del gestor. A diferencia de las cooperativas existe un elemento añadido: un apoderamiento con facultades muy amplias que permiten al gestor efectuar todas las tareas de la administración de la comunidad, incluyendo los actos de riguroso dominio necesarios para promover. A la luz del artículo 1.712 y 1.713 del Código Civil podría calificarse de un apoderamiento especial (para un negocio concreto —la promoción inmobiliaria de su vivienda—) efectuado en términos generales y además incluyendo facultades de riguroso dominio. Estaríamos ante un verdadero mandato para promover la vivienda interesada.

Entendemos que los documentos que determinan la configuración de la vivienda suscritos por el comunero constituyen el contenido del mandato; la sociedad de gestión no debe extralimitarse de estas condiciones salvo que fuere a mejorarlas (por ejemplo, mejora de calidades sin repercusión económica sobre el comunero); en ese caso, el cumplimiento inexacto del mandato no podría reputarse incumplimiento. Lo anterior no es más que la aplicación de los artículos 1.714 y 1.715 del Código Civil.

En esta sede, las extralimitaciones deberán ser ratificadas expresamente por el comunero o el órgano estatutariamente competente para tal autorización; la ratificación tácita será más difícil oponerla por que sólo será eficaz cuando de la extralimitación haya podido beneficiarse el comunero o la comunidad (cfr. art. 1727.2 CC); situación que generalmente sucederá una vez entregadas las viviendas.

La gestora también arrienda servicios profesionales a los comuneros de igual naturaleza que en las cooperativas de viviendas, por lo que aquí coexiste el mandato con la prestación de servicios.

Algunos autores han visto posible la existencia de un contrato de comisión, agencia o mediación en estos negocios. Bajo nuestra modesta opinión no son aceptables por las siguientes razones:

1.^a Descartamos la comisión, aun siendo ésta un mandato, porque la autopromoción inmobiliaria, objeto de gestión, no puede considerarse como acto u operación de comercio, presupuesto objetivo que exige el artículo 244 del Código de Comercio. De igual forma ocurre con la agencia que también

gestor aparecer como interlocutor y responsable frente a las administraciones públicas y el resto de agentes intervenientes. La responsabilidad del gestor sería evidente en todo aquello que se escapa de las instrucciones del Consejo Rector y de la diligencia profesional que se exige al mandatario profesional en este ámbito.

tiene por objeto promover actos u operaciones de comercio (cfr. art. 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia).

Decimos que no es operación de comercio porque la actividad de procurarse una vivienda para sí no está dirigida al mercado; no está presidida por obtener un beneficio sino más bien una ventaja: el ahorro en costes para la adquisición de un inmueble (22).

2.^a También rechazamos la mediación por cuanto en ésta el mediador, a cambio de una remuneración, despliega una actividad para que dos partes (autopromotor y proveedor) concluyan un negocio efectuando su labor de forma independiente (23).

En nuestro caso, la gestora no es imparcial y vela por los intereses del autopromotor. Además su retribución no está en función de la perfección de contratos con terceros si no que se devenga por una actuación de asesoramiento permanente.

V. FUNCIONAMIENTO DE LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA: CONDUCTAS CARACTERÍSTICAS

En el apartado anterior hemos examinado la naturaleza jurídica de la relación gestor-autopromotor para el caso que su actuación no desnaturalice la figura del autopromotor; sin embargo, existen determinadas conductas, que concurriendo en un mismo caso, suponen claros indicios de promoción encubierta:

1.^a La incorporación a la comunidad o cooperativa, a pesar de tener un censo social muy poco nutrido, se produce cuando los elementos esenciales

(22) El carácter no mercantil de la autopromoción inmobiliaria puede deducirse por extrapolación con el distinto tratamiento que la legislación cooperativa da a la actividad cooperativizada con los socios (no mercantil) y con terceros (mercantil). Buen ejemplo de lo anterior es la dualidad entre resultados cooperativos y extracooperativos y las consecuencias fiscales de no respetar esta distinción en su contabilidad (cfr. art. 57.3 en relación con la Disposición Adicional 6.^a de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas).

(23) Respecto a la naturaleza jurídica de la mediación, por todas, STS de 1 de diciembre de 1986 (*EDE* 1986/7828), cuyo FJ 4.^º dice:

«...la naturaleza jurídica de este contrato de colaboración mercantil, en el que el mediador se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, poniéndolos en relación (STS de 5 de mayo de 1973); se señala su falta de regulación legal y su licitud al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, así como la posibilidad de considerarlo atípico, innominado *sui generis, facio ut des*, principal, consensual y bilateral (SSTS de 3 de junio de 1950, 27 de diciembre de 1962 y 3 de marzo de 1967), o simplemente unilateral, por surgir sólo una obligación —la del que hace el encargo— de pagar al mediador si su actividad resulta eficaz y se celebra el contrato objeto de la mediación, resulta así que la esencia de la obligación del mediador consiste en realizar o desarrollar una actividad para aproximar a dos futuros contratantes, sin comprometerse a la obtención de un resultado concreto...».

de la edificación están determinados (a excepción normalmente del plazo de entrega y del coste, al que se le dará carácter estimado).

Si la gran mayoría del censo social (comunitario o cooperativo) se integra a un proyecto que define las unidades inmobiliarias su interés por participar en él es mínimo y lo único que perseguirá es la entrega en plazo de lo prometido.

Decisiones de gran importancia, como la contratación de los agentes intervinientes (arquitectos, aparejadores, constructor, etc...), o como el domicilio social, 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 ya sus proveedores autorizados entrando en claro conflicto de intereses con el auto-promotor.

Hemos conocido de licitaciones a concursos de suelo donde las comunidades o cooperativas licitantes se presentaban sin prácticamente censo social, auspiciadas por la sociedad gestora, y con compromisos firmes en el precio del solar, la contratación de la Dirección Facultativa y la empresa constructora, quienes incluso pueden llegar a anticipar dinero mediante préstamos para sufragar la adquisición del suelo u otra partidas relevantes.

Creemos que la ratificación *a posteriori* de estos acuerdos no suele ser más que una simple formalidad, puesto que no se barajan otras posibilidades y puesto que resulta más caro y lento destituir al proveedor inicial (que ya ha iniciado su tarea o anticipado dinero) que pagar a uno elegido democráticamente.

2.^a Es práctica habitual la existencia de contratos de prestación de servicios de empresas gestoras cuya retribución está en función de un porcentaje sobre el coste total de la promoción inmobiliaria (normalmente entre el 5-15 por 100), en vez de pactarse un precio fijo desde un inicio.

Curioso profesional el que conoce la rutina de sus tareas y no se atreve a concretar un precio fijo; a diferencia del promotor mercantil que, en los primeros compases de la comercialización, debe establecer unos precios en los contratos de compraventa que vincularán los resultados de su gestión. Las gestoras que así actúan, en cambio, se aseguran un margen económico de la promoción ocurra lo que ocurra; posición que llevada al absurdo favorece incluso la mala gestión (24).

3.^a Escasa rotación en los miembros de la Junta Rectora.

(24) En similares términos se queja PÉREZ GINER, F., en *La economía social. Sus claves*, Ed. CIRIEC, España, Valencia, 2003, pág. 228, que al referirse a la gestión de las cooperativas de viviendas, dice: «El querer gerenciarlas los propios interesados, parece una barbaridad: pero es menos adecuado aún el dejar todas las decisiones a unos gestores... que incluso se permiten el lujo de cobrar un porcentaje del coste, con lo que se da el efecto perverso de que ganan más cuanto más caras resulten las viviendas».

Suele ocurrir, sobre todo en las cooperativas construidas por fases al amparo del artículo 90 de la Ley de Cooperativas, que los miembros de los Consejos o Juntas Rectoras continúen en sus cargos tras la primera promoción.

Esta continuidad crea un vínculo de confianza con los gestores que puede suponer un alejamiento de los socios adjudicatarios de las viviendas en curso. Esta pseudo-profesionalización de los administradores entraña cierto riesgo porque, finalmente, sus lealtades se distancian de la cooperativa o comunidad.

La escasa rotación también puede deberse a razones más patentes como puede ser la existencia desde un inicio de un vínculo de confianza o contractual con los gestores. No es de extrañar que incluso algunos empleados de la gestora permanezcan bastante tiempo en el desempeño de cargos de consejeros o interventores.

Tampoco debe descartarse como indicio de promoción encubierta el cobro de comisiones o dietas excesivamente altas por la participación de los consejeros en estos órganos.

4.^a Gestión irregular en la enajenación de los locales comerciales; indebida contabilización de sus resultados.

Los locales comerciales suelen ser un elemento importante en el desarrollo inmobiliario puesto que su enajenación a precios de mercado constituye una excepción a la actividad no empresarial de los autopromotores; se permite obtener un lucro. Lo anterior, a veces, propicia enajenaciones a terceros próximos a intereses particulares de las gestoras o de los consejeros, intereses muy alejados a los del propio autopromotor. También puede ocurrir que exista una retribución excesiva, en términos de mercado, pagada por los comuneros o cooperativistas a favor de la gestora por la enajenación de los locales a terceros (en este caso el gestor sí actuaría como un corredor o agente inmobiliario). A las anteriores corruptelas contribuye la indebida contabilización de su enajenación:

En sede cooperativa el importe de la enajenación de los locales comerciales a terceros debe ser decidido en Asamblea General (art. 89.4 LC) y dicho resultado debe contabilizarse de forma separada en cumplimiento del artículo 57.3 de la Ley, al ser una actividad cooperativizada con terceros no socios. Este control no suele efectuarse, o bien porque se aplica dicho resultado a reducir el coste de las viviendas, o bien porque los costes de construcción de las viviendas y de los locales no están desglosados impidiendo conocer este resultado.

Desgraciadamente en sede de comunidad no están tipificadas estas garantías por lo que las irregularidades pueden ser más frecuentes y mayores.

5.^a Confusión de patrimonios entre fases o promociones inmobiliarias pertenecientes a un mismo autopromotor.

Puede ocurrir que los gestores para «simplificar» sus presupuestos de tesorería o cubrir gastos extraordinarios, en vez de solicitar financiación ajena, recurran a préstamos interfases, por lo que socios de una fase pueden resultar ser acreedores de otros. Esta situación es especialmente delicada cuando cada fase no está representada en el órgano de gobierno del autopromotor y éste, autorizando estas operaciones, incurre en un supuesto de autocontratación al vincular dos patrimonios separados. En sede de cooperativas, salvo en Castilla-La Mancha (Ley 20/2002, art. 118.4), por ejemplo, no se ha previsto la obligatoriedad de una representación proporcional por fases en los Consejos Rectores.

6.^a Ausencia de Juntas Generales o existencia de Juntas de mera ratificación. Los gestores funcionan con poderes amplísimos.

En sede de comunidades, en las que el gestor opera con un mandato para promover, las Juntas se celebran con una periodicidad anual y se limitan a ratificar (sin conocimiento de causa) las cuentas anuales y la gestión social. En sede de cooperativas esta situación puede darse, pero al menos existe una reserva de materias que por ley deben someterse al órgano asambleario (art. 21 LC).

De las conductas anteriores, existen pronunciamientos jurisprudenciales que dan testimonio de las mismas (25).

A las anteriores conductas se pueden agregar otras más habituales pero quizás de menor intensidad (compartir domicilio social, autopromotor carece de profesionales contratados ajenos a la gestora, cobrar gastos directamente del comunero o cooperativista por captación comercial, cobrar la práctica totalidad de los honorarios de gestión antes de la entrega de las viviendas, etc...).

(25) En el ámbito penal, de los Antecedentes de Hecho (AtH) de la STS de 9 de octubre de 2003 (*EDE* 2003/110653) sobre el «Caso PSV» encontramos las conductas que hemos epigrafiado como 1.^a (AtH 4.2 y 6.3) como 2.^a (AtH 4.3.3), como 4.^a (AtH 4.2.) y como 5.^a (AtH 4.3.1). También observamos conductas parecidas en otra sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2003 (FJ 4.^º, LA LEY 2796/2003) sobre la constitución de una cooperativa para encubrir una promoción libre en la que los socios promotores de la cooperativa adoptan decisiones de enorme trascendencia (selección de empresa gestora, constructora, coordinadora de las obras de edificación, etc...) y los verdaderos cooperativistas se limitan a adherirse a tales circunstancias.

Otras sentencias son la de 16 de mayo de 2002 (AtH 1.^º, *EDE* 2002/22309), 29 de enero de 2001 (AtH 1.^º, *EDE* 2001/2801), 1 de julio de 1997 (AtH 1.^º, *EDE* 1997/5394) o 2 de julio de 1993 (AtH 1.^º, *EDE* 1993/6569).

En el ámbito civil, estas conductas también las advertimos en la STS de 29 de junio de 1989 —FJ 2.^º, *EDE* 1989/6617—, y en la línea jurisprudencial que equiparó como promotor al gestor con intervención decisoria (cfr. de 6 de marzo de 1990 —FJ 1.^º, LA LEY 371-1/1990, de 3 de octubre de 1996; FJ 2.^º, *EDE* 1996/6730, de 26 de junio de 1997; FJ 3.^º, *EDE* 1997/6082, de 15 de marzo de 2001; FJ 1.^º, *EDE* 2001/2304).

VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA: UN FRAUDE DE LEY

En todo este fenómeno se da un elenco de conductas que revisten la naturaleza de actos fraudulentos. Así podríamos aplicar el levantamiento del velo societario cuando los lazos de conexión entre la gestora y el autopromotor hacen del segundo un mero instrumento del primero (26). También puede ser interesante, en especial en el ámbito del Derecho Penal, aplicar la figura del administrador de hecho para imputar el delito societario tipificado en el artículo 295 del Código Penal a los responsables de la gestora. Sin embargo, estas figuras no recogen con toda la amplitud el fenómeno que analizamos y sus efectos. La institución del fraude de ley nos permitirá sancionar correctamente la actuación fraudulenta con la aplicación de la norma eludida. Debe atacarse este artificio para dejar indemne el patrimonio del autopromotor (27).

Dicho artificio constituye un acto fraudulento dirigido a eludir determinadas normas, lo que encaja perfectamente en la institución del fraude a la ley; así, siguiendo la sistemática propuesta por SOLS LUCIA, A. (28), entendemos:

(26) Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 13 de febrero de 2003 (FJ 5.º, EDE 2003/73704):

«...se desprende de los documentos obrantes en autos, ninguno de los miembros del Consejo Rector adquirió vivienda en esta promoción, luego Montaña Nevada, en realidad es una Sociedad Limitada o Anónima que tendría el mismo o parecido fin social que Progreso 4, una promotora o Gestora de Viviendas, pero que con la forma de cooperativa consigue mayor valoración en las normativas de adjudicación de parcela edificables y con prioridad a otros promotores. En conclusión, de la conjunta apreciación de lo actuado y pruebas practicadas, razonablemente valoradas, se constata que aún existiendo titularidades jurídicas diversas, en realidad es una única personalidad la actuante, productora del daño que los demandados reclaman...».

(27) La institución del «levantamiento del velo» tiene efectos más diversos que la del fraude de ley que supone la aplicación de una norma imperativa en todo caso; por ello creemos más apropiada esta última figura para nuestro análisis.

Así parece también entenderlo BOLDÓ RODA, Carmen, en *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 225, quien comenta que además de utilizarse la técnica del levantamiento del velo para evitar la elusión del artículo 1.911 del Código Civil, se utiliza para eludir responsabilidades nacidas de pactos contractuales o de obligaciones extracontractuales (situaciones que no se ajustan al fraude de ley).

(28) En *El fraude a la ley: estudio analítico del artículo 6.4 del Código Civil en la doctrina y jurisprudencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, pág. 102 y sigs.

La sistematización que propone el autor se efectúa sobre la base de uno de los considerandos de la STS de 13 de junio de 1959. Más recientemente, sintetiza los requisitos exigidos por la jurisprudencia la STS de 26 de febrero de 2001 (FJ. 2.º, LA LEY 3537/2001):

«Los requisitos a tener en cuenta para calificar los hechos de fraude de ley, recopilando la doctrina referida, cabe esquematizarlos así: que el acto u actos sean contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y supongan, en consecuencia, su violación efectiva, y que la norma en la que el acto pretende apoyarse no vaya dirigida, expresa

- 1.^º *Existencia de una conducta externa.*
- 2.^º *Dicha conducta, por fuerza habrá de ser formalmente legal.*
- 3.^º *Un deseo sincero de acogerse a la norma de cobertura.*

Desde que la ocasión del negocio inmobiliario se presenta al gestor, éste pone en marcha toda una serie de actos que se manifiestan para captar la atención de terceros (incluyendo la presentación a concursos de suelo). Además, estos actos están revestidos de una legalidad que *a priori* no puede cuestionarse: la publicidad de una futura promoción, la constitución de la cooperativa o la creación de unos estatutos para la comunidad, la actividad comercial de captación de los futuros integrantes.

Subrayamos que no se busca la apariencia como si de un negocio simulado se tratara, sino que, a una determinada fecha del proyecto, los actos efectuados son inatacables; además con ellos inicialmente se evita la determinación imperativa de las características de la vivienda que se exige por las normas administrativas (29).

Las normas de cobertura, en nuestro caso, son las que conforman el régimen jurídico de las comunidades y cooperativas y, en especial, el mandato y el arrendamiento de servicios como vehículo que permite el gobierno de la promoción:

- 4.^º *De hecho, la ley en que se ampara, no le protege suficientemente.*
- 5.^º *Al menos el resultado ha de provocar el perjuicio de una ley: la llamada norma defraudada.*
- 6.^º *Dicha norma eludida habrá de ser, por lógica, imperativa.*

Baste invocar dos de los principios básicos que inspiran las cooperativas o comunidades (gestión democrática y participación activa de sus integrantes) para darse cuenta de que la función del gestor profesional queda al margen de estos principios cuando mediatisa las decisiones del autopromotor. Estas entidades de autopromoción están diseñadas normativamente para evitar intermediarios y sobrecostes; la presencia de los gestores, salvo un desempeño muy poco intervencionista, será decisiva y perjudica a la norma defraudada.

La fórmula acaba arrumbando todo un régimen jurídico garantista a favor del comprador de vivienda como consumidor. Como se verá en el apartado siguiente, con más detalle, se están eludiendo normas imperativas con el fin de evitar responsabilidades:

y directamente, a protegerle, bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser un medio de vulneración de otras normas, bien por tender a perjudicar a otros...».

(29) Por eso creemos que no se trata de un negocio simulado relativamente sino fraudulento porque no sólo se oculta el negocio disimulado (la compraventa) sino que además se consigue la elusión de normas de carácter imperativo. Para estudiar las diferencias entre la simulación relativa y el fraude de ley, ver MEZQUITA GARCÍA GRANERO, M.^a D., *El fraude de Ley en la Jurisprudencia*, Aranzadi Thomson, Navarra, 2003, págs. 59-73.

7.^º *Ambas normas —la de cobertura y la eludida— han de formar parte del mismo ordenamiento.*

8.^º *No es esencial para el fraude que las normas de cobertura y eludida sean distintas.*

Observamos que de la misma ley se utilicen preceptos de cobertura y se eludan otros. Como ejemplo la utilización de la figura del mandatario para eludir las obligaciones del artículo 1.591 o, en situaciones de insolvencia de la cooperativa, la solicitud de baja fraudulenta para eludir las responsabilidades del socio (30):

9.^º *Es necesario que el resultado prohibido se halle en relación de causalidad con la cobertura de la norma.*

10.^º *Basta el perjuicio de una ley o del ordenamiento jurídico.*

La comunidad o la cooperativa son entidades de corte mutualista que operan bajo el principio de autoresponsabilidad de sus socios, pues son ellos mismos dueños, partícipes y responsables de sus propias decisiones; prueba de ello puede ser la exoneración a efectos de responsabilidad decenal de estas entidades frente a sus socios (31). La norma imperativa precisamente busca que sea irrenunciable un responsable de la ruina de la edificación frente al destinatario final de la misma, por ejemplo. La relación de causalidad es clara: la norma de cobertura atribuye la responsabilidad de sus propios actos al socio-consumidor, mientras que la norma eludida protege al consumidor confiriéndole acciones privilegiadas e irrenunciables contra los responsables.

No es necesario que el gestor tenga voluntad de sustraerse de las normas imperativas ni que ocasione daños a terceros, basta con que, efectivamente, su actuación produzca un resultado antijurídico.

(30) Sobre la ley estatal ponemos el siguiente ejemplo: una cooperativa tiene en curso de edificación setenta viviendas y diez locales; atendiendo a la expectativa de infravaloración de las viviendas y a la asunción de coste de la construcción de los locales, cincuenta cooperativistas se dan de baja amparándose en el principio de puerta abierta y en la imposibilidad de imputarles pérdidas por la promoción al no haberse efectuado la entrega de las viviendas ni de los locales (arts. 1 y 51.2 de la LC, normas de cobertura) pretendiendo eludir la responsabilidad ilimitada por el coste de las edificaciones (art. 1.911 CC de la norma eludida).

Esta responsabilidad ilimitada de carácter mancomunado se ha aplicado para supuestos donde, no teniendo ningún bien la Cooperativa, los cooperativistas se adjudicaron las viviendas sin saldar sus deudas con los acreedores (por ejemplo, STS de 14 de abril de 2003, RA 2003/3710 y STS de 29 de marzo de 2001, citada en CIRIEC, núm. 13, octubre de 2002, pág. 164).

(31) Valga, por todas, STS, Sala 1.^a, de 13 de diciembre de 2007, FJ 5.^º, LA LEY 232451/2007.

También es irrelevante que el perjudicado sea o no consciente de la maquinación (32).

VII. LA RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR ENCUBIERTO: LA APLICACIÓN DE LA NORMA DEFRAUDADA

Como anticipamos brevemente, la utilización de las comunidades o cooperativas y la existencia de mandatos o prestación de servicios pretenden eludir no sólo una norma concreta, sino todo un régimen jurídico dirigido a garantizar al destinatario final de la vivienda su entrega en determinadas condiciones. Destacamos aquí como regímenes jurídicos defraudados los tres de mayor intensidad:

a) La responsabilidad contractual (el contrato de compraventa, art. 1.445 y sigs. del Código Civil, debidamente integrada con la normativa garantista de consumidores y usuarios tanto de ámbito estatal como autonómico: art. 59 y sigs. sobre contrato y garantías con consumidores del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; art. 3 y sigs. 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 sigs. 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.

Especial trascendencia tiene la información contractual y precontractual sobre el cumplimiento del plazo de entrega al ser la compraventa sobre plano una compra de cosa futura.

La desviación en los costes iniciales, la alteración de las características o calidades y el retraso en la entrega son magnitudes de tal trascendencia económica que no deben recaer en el comunero o cooperativista cuyo perfil ha

(32) STS de 26 de febrero de 2001 (FJ 2.º, LA LEY 3537/2001): «...debiendo señalarse, asimismo, que la susodicha figura (el fraude de ley) no requiere la prueba de la intencionalidad, siendo, pues, una manifestación objetiva a apreciar por la circunstancia de concurrir los requisitos que la configuran».

No podemos detenernos aquí examinando la controversia jurisprudencial y doctrinal entre las tesis que mantiene la necesidad de una intencionalidad en burlar la ley (subjetiva) y aquélla que simplemente acepta la existencia del fraude al margen de cualquier elemento intencional (objetiva). Para ello, ver con más detalle, DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, *El fraude de ley*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 327-367.

Baste decir que en nuestro caso parece imposible pensar en un gestor que incurra involuntariamente en el negocio fraudulento: una promoción inmobiliaria es una actividad duradera en el tiempo (años) que exige de decisiones documentadas y cuya responsabilidad es patente, dadas las características complejas del producto a construir.

sido abocado al de un simple observador más que un promotor partícipe de su proyecto.

b) La responsabilidad decenal (art. 17.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación).

Aunque el citado precepto tímidamente advierte el posible negocio fraudulento equiparando en materia de responsabilidad al promotor con el gestor que haya tenido una intervención decisoria, hubiese sido más eficaz establecer una presunción *iuris tantum* que califique al gestor como promotor, salvo que pruebe la intervención decisiva del cooperativista o comunero en su proyecto; presunción *iuris tantum* no sólo en el ámbito de la responsabilidad decenal sino también en el ámbito de la responsabilidad contractual.

c) La responsabilidad administrativa sancionadora (art. 46 y sigs. del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

El promotor encubierto siempre procurará trasladar la culpabilidad de la infracción a otros agentes intervenientes, incluido el autopromotor, por ser aparentemente un simple asesor o gestor. Introduce en esta sede una espinosa cuestión prejudicial civil (la calificación como promotor o gestor) para eludir su culpabilidad.

VIII. UN EJEMPLO DE PROMOCIÓN ENCUBIERTA

Para ilustrar lo expuesto en los apartados V, VI y VII, utilicemos un ejemplo:

Un grupo de jóvenes en el año 2002 se apunta a una cooperativa de viviendas sin más información que la suministrada en un sencillo anuncio de prensa con un número de teléfono, dirección, y precios «desde...» o «estimados».

Sin perjuicio de tener que efectuar una pequeña aportación, se les informa —por parte del gestor— que la cooperativa todavía no tiene suelo, pero que las viviendas pueden que sean protegidas y su elección será por riguroso orden de inscripción. Además se les avisa que es necesario efectuar desembolsos para atender los primeros compromisos financieros para la adquisición de los terrenos y que prevén que podrán iniciar obras en un par de años o tres.

La documentación con la que cuentan los recién ingresados podría ser unos simples boletines de inscripción firmados por el Consejo Rector asignándoles un número, un anteproyecto de su vivienda, una vaga memoria de calidades, un calendario de pagos y los estatutos sociales de la cooperativa, todos ellos redactados por una sociedad gestora que ha colocado como socios promotores y consejeros de la cooperativa a personas de su confianza o incluso a sus empleados.

La información verbal que se les suministra a nuestro grupo de jóvenes define elementos más trascendentales y suele ser la que determina la decisión de ingresar en la cooperativa (33).

En este contexto el cooperativista no tiene ninguno de los documentos que, por ejemplo, exige una de las normas eludidas: el artículo 60.2.a) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (34).

A pesar de efectuar ingresos, el cooperativista tampoco tendrá un aval o seguro de caución que la normativa exige (35).

Con estos colectivos, ya se suelen convocar Asambleas o Juntas de Fase para informar o ratificar acuerdos donde la gestora ha tenido una intervención directa.

La perfección de negocios sobre adquisición del suelo, contratación de obra de edificación, contratación de gestora, etc..., no suelen condicionarse a la celebración de Asambleas, sino más bien a decisiones ágiles del Consejo Rector normalmente muy mediatisado por la opinión de la propia sociedad gestora, que es la profesional que conoce el sector. La conclusión de estos negocios muchas veces se cierra con expectativas distintas a las previstas o se dejan pactos abiertos para poder revisar su contenido económico.

(33) Bajo nuestra experiencia en este sector, salvo situaciones de mucha confianza, nadie invierte gran parte de sus ahorros sin saber al menos la ubicación de su vivienda, un precio estimado (los precios oficiales para la protegida) y un plazo aproximado de entrega. Lo anterior, manifestado verbalmente o por escrito de forma muy imprecisa junto con una simple recomendación de un amigo, es suficiente para efectuar grandes desembolsos.

(34) Dice el citado precepto: «A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además:

a) Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa.

b) Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo (...).

c) Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración.

d) Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.

e) Garantías ofrecidas.

(35) Artículo 1 de la Ley 57/1968 (aplicable a cooperativas y comunidades por la Disposición Adicional 1.^a de la LOE, ya antes aplicable también por Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre). Tenemos conocimiento de cartas de aval que se otorgan para garantizar la no distracción de fondos de la promoción, pero que no cumplen con la finalidad de garantizar los incumplimientos de entrega o de iniciación de las viviendas (art. 3 de la Ley 57/1968). Entiendo que este tipo de garantías puede ser utilizado por el gestor de forma sesgada para crear cierto grado de solvencia en el proyecto inmobiliario y confundir al consumidor. Tanto estas prácticas como las de total ausencia de garantías, a pesar de su frecuencia, no son lo debidamente perseguidas por la Administración sancionadora competente.

Siguiendo nuestro ejemplo, el suelo a adquirir puede permitir más o menos viviendas, realizarse en plazos bien distintos de los comentados debido a su incipiente desarrollo urbanístico o, incluso, las viviendas ubicarse en zona distinta de la inicialmente planteada; también puede ser que el compromiso de la empresa constructora se haya basado sobre un simple anteproyecto o proyecto básico dejando la puerta abierta a discutir el precio de las unidades concretas y bien definidas una vez se conoce el proyecto de ejecución. Circunstancias análogas a las anteriores conllevarán la consabida Asamblea donde se informará a nuestro grupo de jóvenes sobre la necesidad de efectuar más desembolsos económicos para poder sufragar nuevos compromisos.

En situaciones donde ni tan siquiera hay suelo o donde la demanda de viviendas está casi en los mínimos, la situación del cooperativista o comunero es muy delicada: ha ingresado un importante capital, no debidamente asegurado y con plazos de reembolsos muy largos (36). Además nadie se responsabiliza de esta situación, puesto que teóricamente la cooperativa es dueña de sus propias decisiones. La alternativa de soportar las derramas parece la más sensata.

Para concluir nuestro ejemplo, baste decir que muy probablemente, la vivienda, de concluirse, no será en el plazo inicialmente estipulado, ni con las características o calidades esperadas, ni con el coste informado, incluso probablemente a nuestro grupo de jóvenes, el coste final de sus viviendas se le haya alejado notablemente de los precios medios de mercado en promoción mercantil que existían allá por el año 2002 cuando decidieron incorporarse a la cooperativa.

Por tanto, en nuestro ejemplo debería exigírselle a la sociedad gestora los compromisos inicialmente planteados que concluyeron con una auténtica comapraventa. El cooperativista ha actuado prácticamente igual que el cliente de un promotor, simplemente se diferencia porque ha contado con una información más actualizada de la edificación y, en el mejor de los casos, ha participado en alguna mejora de calidades o visita a la obra en curso.

IX. ESTRATEGIAS JURÍDICAS DE LOS PERJUDICADOS

A) ESTRATEGIA EXTRAPROCESAL

Desde el plano extraprocesal, atendiendo al carácter asociativo de los autopromotores, ante supuestos como el que acabamos de exemplificar, lo más eficaz sería aprovechar los derechos que la legislación prevé para las

(36) El artículo 51.5 de la Ley 27/1999, de Cooperativas de ámbito estatal, prevé un plazo de hasta cinco años para el reembolso de las aportaciones y los pagos para financiar las viviendas.

minorías (37). Ejemplos de lo anterior serían: la solicitud de derecho de información previsto para el 10 por 100 de los socios; la posibilidad de convocar Asamblea General Extraordinaria para el 20 por 100 del total de votos sociales; para igual porcentaje la posibilidad de impugnar acuerdos de la Asamblea General; la facultad de incluir asuntos en el Orden del Día de las Asambleas convocadas para el 10 por 100 de los socios; la potestad de impugnar los acuerdos del Consejo Rector por parte del 5 por 100 de los socios, igual porcentaje para solicitar nombramiento de auditor de cuentas del Registro de Cooperativas, etc... (38).

La finalidad del ejercicio de estos derechos minoritarios es controlar la actuación del Consejo Rector y su vinculación con la gestora o incluso plantear su renovación. La incorporación de un colectivo de afectados a los órganos de administración, incluido también los intervenientes, va a facilitar decisiones mucho más ágiles y permitirá acceder fácilmente a toda la documentación y gobernar la Cooperativa de forma independiente. Estas medidas, aunque laboriosas y activas, serán, *a priori*, más eficaces que una reclamación judicial.

También pueden ser medidas de presión, aunque en bastante menor medida, las denuncias a la Administración competente en materia de consumo o de funcionamiento societario por situaciones irregulares (falta de llevanza de libros sociales, no otorgamiento de avales, etc...).

Sin embargo, estas estrategias no son viables cuando no se cuenta con un colectivo de afectados o cuando, a pesar de contar con un colectivo, los afectados ya han solicitado su baja. En estos casos, se recurre al asesoramiento jurídico profesional más bien tarde, urgidos por la intención de recuperar lo aportado y habiendo perdido la condición de socios o comunero. En esta condición de ex socio se han perdido gran parte de los derechos que la ley reconocía e incluso pueden estar fuera de cobertura de seguros o avales que garanticen anticipos a cuenta del precio o coste (39).

Lo anterior conlleva necesariamente a plantearse la vía judicial como remedio.

(37) En sede de comunidades de propietarios es frecuente encontrar remisiones estatutarias a la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal, que contienen preceptos que velan por los intereses de la minoría, por ejemplo, artículos 16.1 y 17.2. En esta sede la protección de las minorías es mucho más incompleta que en cooperativas.

(38) En la Ley Estatal 27/1999, de Cooperativas, ver artículos 16.3.g), 23.3, 31.5, 24.2, 37.2 y 62.2, entre otros.

(39) Efectivamente el comunero o cooperativista que toma la decisión de separarse del proyecto (movido por la desconfianza o por la exigencia de más desembolsos económicos de los previstos) plantea su baja y a la vista de las dificultades en recuperar su dinero recurre al asesoramiento legal. En estos casos, la mayoría de pólizas excluyen el reembolso de lo aportado en caso de baja voluntaria (aunque pueda tener carácter justificado). Debe, por tanto, sopesarse si la baja voluntaria es una solución acorde a los intereses de los afectados.

B) ESTRATEGIA PROCESAL

En ella también la formación de un grupo de afectados es un presupuesto muy conveniente pero no imprescindible para demostrar la existencia del fraude de ley.

La vía penal debe quedar reservada sólo para los supuestos de insolvencias punibles o para aquellos que la información documental revela de antemano que ha existido una distracción de los fondos aportados por los consumidores a otros fines, aunque no haya existido un correlativo enriquecimiento del gestor o consejero y aunque no haya existido desde el inicio un ánimo de lucro o un contrato criminalizado (40).

(40) STS, Sala 2.^a, de 17 de julio de 1998 (FJ 26.^º, RJ 1998/6295) o STS, Sala 2.^a, de 16 de febrero de 2001 (FJ 1.^º, La Ley 3576/2001):

«En el supuesto que examinamos en el presente recurso, en el relato fáctico se dice que el acusado, en su condición de Presidente del Consejo Rector de la Sociedad Cooperativa Limitada “Nuestra Señora de los Pocitos”, realizó toda una serie de operaciones, como contratación de obras, firma de letras, diversos pagos cuyos conceptos y cantidades no se han podido cuantificar, disponiendo así de las aportaciones de los socios que ascendían a un total de 43.128.172 pesetas. (...). Pues bien, tal relato fáctico, aclarado por los razonamientos expresados en la sentencia de instancia, dejan bien patente que nos encontramos ante una conducta que encaja perfectamente en el artículo 535 del Código Penal derogado igual que el artículo 252 del vigente Código Penal, que sancionan dos tipos distintos de apropiación indebida: (i) el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajena que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro; (ii) el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraiendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis, como antes se ha dejado expresado, el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador como consecuencia de la gestión desleal, y eso es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa».

Un análisis todavía más detallado y exhaustivo lo realiza el FJ 3.^º, apartado 12 de la STS, Sala 2.^a, de 9 de octubre de 2003 (La Ley 2862/2003) sobre el famoso Caso de la PSV, validando la sentencia de la Audiencia Nacional en cuanto a la correcta tipificación de la conducta del Director y Gestor de la Cooperativa, Carlos Sotos, como apropiación indebida:

«12. De lo hasta ahora expuesto queda fuera de toda duda que el recurrente “era plenamente consciente del tipo de estructura empresarial que estaba creando y de la fragilidad de la misma, así como de los compromisos contraídos”, y a pesar de ello actúa asumiendo altos riesgos en el manejo de los fondos entregados por los cooperativistas, destinándolos a cubrir las necesidades del grupo en cualquier rama de actividad, violando el compromiso asumido.

Por tanto, cabe estimar, en contra de lo aducido por el motivo, que el elemento subjetivo (conciencia y voluntad del autor) abarcaba la propia conducta de distracción, el perjuicio que se originaba, así como el incumplimiento de la obligación de devolver que se asumía, desde el momento en que se utilizaban los fondos para fines distintos, sin garantizarse a través de los medios adecuados la devolución de aquéllos en el caso de incumplimiento de la finalidad que motivó su entrega.

El señor S. P. era el ejecutor y, por ende, perfecto conocedor de los artificios contables y operaciones de ingeniería financiera, claramente denotadores de que las cantidades desviadas no podrían ser recuperadas para la finalidad que le era propia».

Fuera de estos supuestos flagrantes, que consideramos excepcionales, el enfoque de la estrategia debe ser civil (41). Deben probarse las conductas del promotor encubierto para deducir su intervención decisoria.

La demanda a plantear consideramos que debe acumular una acción de nulidad por fraude de ley (de carácter imprescriptible) y una acción de cumplimiento contractual conforme al régimen jurídico del contrato de compraventa y la normativa de consumidores y usuarios eludida, sin perjuicio, de exigir también, en su caso, responsabilidad de carácter decenal (42). Estas acciones de cumplimiento contractual y decenales estarán sujetas a los plazos prescriptivos que establecen las oportunas normativas (quince años por aplicación del art. 1.964 CC y uno, tres y diez años por aplicación del art. 17 de la LOE).

Para la primera acción de nulidad, clave en el éxito de nuestra pretensión, deberá efectuarse, con carácter previo, un examen exhaustivo de los libros sociales del autopromotor, en especial un análisis de la forma en la que se han tomado las decisiones más importantes conjugándola con el censo social en cada momento y con las distintas alternativas presentadas para la decisión. Por ejemplo: evaluar la verdadera participación de la gestora o del consejo o junta rectora en la elaboración del presupuesto económico de la promoción y su conocimiento por la Asamblea General; examen de la forma de ser seleccionada la empresa gestora, la constructora o la dirección facultativa, etc...

Debe también examinarse la relación entre el personal de la empresa gestora y miembros de la junta o consejo rector. El examen de los contratos con los principales agentes intervinientes. Un análisis del informe de gestión y las cuentas anuales también puede arrojar luz sobre la contabilización y destino del importe de la enajenación de locales comerciales. Esta documentación debería facilitarse, en caso de ser negada, por la vía de las diligencias preliminares (43).

(41) Incluso en sede de cooperativas, será la jurisdicción civil a pesar de la dicción del artículo 86 ter. 2.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye a los Juzgados de lo Mercantil: «*todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas*», dado que pretendemos la nulidad de dicha estructura societaria aparente y la aplicación de un contrato de compraventa y su régimen jurídico imperativo.

(42) Un esquema conceptual muy similar al nuestro, en otro ámbito, es el aplicable a permutas, arrendamientos con opción a compra efectuados de forma fraudulenta para eludir el derecho de retracto del condeño o del arrendatario (ver, por todas, SAP de Toledo, de 15 de septiembre de 2001, AC 2001/2009, y SAP de Pontevedra, de 10 de marzo de 1994, LA LEY 15492/1995). En ellas, una vez detectada la nulidad por fraude de ley, se aplica la normativa eludida.

(43) Es el supuesto del artículo 256.4 de la LEC. Nosotros apoyamos que este deber de exhibición también concurre en *ex* socios o socios en baja cuya liquidación de aportaciones y pagos no haya sido desembolsada o lo haya sido de forma controvertida para el *ex* socio. No hay que olvidar que, además de la retención que la Cooperativa puede efectuar sobre los pagos a cuenta de la vivienda, la propia Ley estatal reconoce respon-

Para la segunda acción de cumplimiento contractual es esencial examinar la documentación en cuanto a calidades, características, plazo de entrega y coste estimado que existía a la hora de la adhesión al proyecto inmobiliario y que, sin duda, formaron el criterio de decisión del consumidor. Muy probablemente haya que acudir a una prueba pericial de arquitecto y aparejador para cotejar las calidades y la configuración inicial y final de la edificación. No es habitual, aunque a veces se oferta por algún promotor o gestor, que en la publicidad o en los contratos de adhesión aparezca fecha de entrega o «precios cerrados»; en cambio sí consideramos frecuente que se facilite de forma abierta una vaga memoria de calidades o que, de los bocetos publicados, puedan inferirse alguna de ellas (por ejemplo, instalaciones deportivas).

Respecto al plazo de entrega abogamos que pueda deducirse por el calendario de pagos exigido al comunero o cooperativista y por otros elementos habituales en el desarrollo urbanístico como el estado de las obras de urbanización, compromisos de finalización de obra que el autopromotor o el gestor haya precisado frente a las Administraciones, Juntas de Compensación u otros agentes intervenientes.

En cuanto al elemento precio, efectivamente éste es uno de los más elucidados por ser claramente identificable y exigible. A la vista de dicha dificultad, debemos poner la lupa en los incrementos de costes sobrevenidos y repercutidos sobre los consumidores, detectando sus causas y la gestión de la toma de decisiones sobre los mismos; en la mayoría de los Estatutos Sociales de los autopromotores, determinados incrementos de costes permiten la baja justificada del proyecto, nosotros abogamos, en caso de promoción encubierta, que dichos incrementos puedan, en su caso, interpretarse como incumplimientos del promotor que confieran a los perjudicados la facultad resolutoria. Coherentemente con lo anterior, defendemos también que se deje sin efecto cualquier plazo de reembolso de lo aportado que difiera el vencimiento del crédito de los socios o comuneros dados de baja.

El contenido de nuestra acción de cumplimiento podrá ser, en la mayoría de los casos, una indemnización, valorando económicamente los compromisos iniciales a la hora de adherirse al proyecto inmobiliario con la realidad finalmente ejecutada.

X. MEDIDAS CONDUCENTES A REDUCIR LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA

1.^a El autopromotor debe ser consciente de que el asesoramiento independiente puede prevenirles de situaciones de abuso o conflictos de intereses,

sabilidad por deudas sociales a los *ex* socios hasta transcurridos cinco años desde la baja y hasta el importe de lo reembolsado por capital social (art. 15.4).

habituales entre el gestor y el resto de agentes intervenientes. Estos asesoramientos, aunque puedan suponer un mayor gasto inicial, deben tener carácter preventivo y no solicitarse al final del proyecto inmobiliario. Es de alabar, en este sentido, el artículo 117.d) de la Ley 4/1999, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (44).

2.^a Otro factor que deben asumir estos colectivos es el de retribuir económicamente al Consejo Rector o Junta Rectora para dotarles de mayor independencia y poderles solicitar un nivel mayor de exigencia en la gestión (45).

3.^a También consideramos necesario el apoyo real y efectivo de estos colectivos en cuanto a su defensa en juicio por parte de las organizaciones de consumidores y usuarios sobre la base del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.^a La creación de una autorización y registro administrativo en el que se exija solvencia profesional y seguros de responsabilidad civil u otros requisitos análogos a los gestores de comunidades y cooperativas como sucede en otras sociedades de gestión de fondos de inversión colectiva.

5.^a Dotación de mayores medios a la inspección de consumo para la vigilancia del cumplimiento de la normativa administrativa, en especial, la existencia de avales o seguros de caución frente a cualquier desembolso.

6.^a En promociones de viviendas protegidas limitar por norma la responsabilidad del autopromotor hasta el precio máximo de venta aplicable.

7.^a Establecer una presunción *iuris tantum* a favor del consumidor por la que se presume, salvo prueba en contrario, que el gestor del proyecto inmobiliario ha tenido una intervención decisiva y, por tanto, es promotor inmobiliario.

(44) Dicho artículo, que buscaba precisamente garantías en la gestión de los cooperativistas, fue sorprendentemente criticado por la Federación de Cooperativas de Madrid, por entender que resultaba inoperante, apoyando, eso sí, la creación de una inspección especial en materia de cooperativas y consumidores (ver VÁZQUEZ FRAILE, A., «Las Cooperativas de Viviendas y el Proyecto de Ley de Cooperativas», en *Revesco*, núm. 66, 1998, pág. 145).

(45) Desgraciadamente la legislación cooperativa ha ofrecido tradicionalmente resistencia a estas retribuciones, sin embargo de forma estatutaria se pueden prever o pueden plantearse dichas retribuciones en sede de comisiones ejecutivas o consejeros delegados. Ver, por ejemplo, la Ley 4/1999, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, artículo 43.5. También artículo 38.6 de la Ley extremeña 2/1998, de 26 de marzo. No permite retribución, entre otras, el artículo 40 de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, y el artículo 71.2 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas andaluzas.

XI. CONCLUSIÓN

La promoción inmobiliaria encubierta es un fraude a la ley que amparándose en la legislación cooperativa, en la comunidad de bienes, en el mandato y el arrendamiento de servicios elude la aplicación de la normativa general sobre derechos y obligaciones, la compraventa y todo el elenco de normas garantistas de carácter contractual y administrativo de la que gozan los consumidores y usuarios de una vivienda.

Para detectarla es necesario examinar cómo se ha gestado la toma de decisiones sobre elementos esenciales de la promoción por parte del autopromotor, así como saber cuál ha sido la independencia real en la gestión del proyecto entre los órganos de administración del autopromotor y el gestor.

Para combatirla, antes de cualquier proceso judicial, es necesario partir de un colectivo de afectados que pueda coger el rumbo en las decisiones del autopromotor; si lo anterior no es posible, se deberá, en la mayoría de los casos, entablar demanda contra el promotor encubierto promoviendo la acción de nulidad por fraude de ley y la acción de cumplimiento contractual. En dicha última acción se debe indemnizar a los afectados con la diferencia de valor económico entre lo prometido en el momento de adherirse a estos colectivos con lo realmente ejecutado.

RESUMEN

FRAUDE DE LEY SIMULACIÓN

La promoción inmobiliaria encubierta es un fenómeno bastante común y se desarrolla especialmente en las cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios. En épocas de crisis inmobiliaria y financiera como la actual, estos agentes proliferan y con ellos el citado fenómeno.

A los responsables se les deben exigir las mismas obligaciones que a un promotor normal y los afectados deben gozar de las mismas garantías y derechos que posee un consumidor en la compraventa de una vivienda.

En este estudio se proponen medidas para evitar la promoción encubierta en-

ABSTRACT

EVASION OF THE LAW SIMULATION

Fraudulent real estate promotion is quite a common phenomenon and it develops especially in housing cooperatives and community properties. In periods of real estate and financial crisis as the current one, these agents proliferate and with them the aforementioned circumstance.

It is necessary to demand the same obligations from the people in charge as from a normal real estate promoter and those affected must have the same guarantees and rights that a consumer in the purchase of housing.

In this study measures are proposed to avoid fraudulent real estate promotion,

tre las que destaca la necesidad de potenciar organizaciones de consumidores para defender de forma asequible sus derechos y la de considerar como promotor al gestor de cooperativas o comunidades, salvo que pruebe que se ha limitado a gestionar.

such as the need to promote consumer organizations to defend affordably their rights and the need to consider the manager of housing cooperatives or communities to be a real estate promoter, unless he has demonstrated that his role is limited to management.

(Trabajo recibido el 26-12-2008 y aceptado para su publicación el 7-12-2009)