

Reclamación por promotora a comunidad de propietarios del importe de suministros de agua y luz devengados tras el otorgamiento de las escrituras de compraventa sin cédula de habitabilidad

Comentario a la SAP Alicante (Sección 5ª), sentencia núm. 99/2010 de 4 marzo

M^a Carmen González Carrasco
Profesora Titular de Derecho Civil
CESCO-UCLM

Resumen:

La comunidad no puede ser demandada por los gastos realizados por los propietarios en sus elementos privativos, por responder su falta de individualización a un incumplimiento contractual imputable a la promotora consistente en la falta de obtención de la licencia que posibilita a los compradores el acceso individualizado a los suministros requeridos para su habitabilidad. Pero dicho incumplimiento no genera efectos civiles ni justifica que la comunidad pueda desentenderse del pago de los gastos devengados por sus elementos comunes que derivan de servicios indiscutiblemente disfrutados por la misma en el periodo transcurrido desde que esta se constituyó y hasta que consiguió la instalación de sus propios contadores de agua y energía eléctrica, si como es el caso, el inmueble era materialmente habitable y pudo ser disfrutado.

Hechos:

La promotora de una urbanización reclama frente a la Comunidad de Propietarios la suma de 256.603'35 € importe de suministros de agua y luz devengados por la totalidad de los elementos tanto comunes como privativos del inmueble durante los más de tres años que mediaron entre la fecha de la escritura pública y entrega efectiva hasta la obtención de la cédula de habitabilidad (o licencia de primera utilización según la normativa de otras Comunidades Autónomas) que posibilitó el acceso individualizado de los compradores a los suministros del inmueble.

En los contratos privados de compraventa, la actora se había comprometido a entregar la posesión de las viviendas en el plazo de 36 meses desde su firma. Llegada la fecha pactada, procedió a remitir a los compradores cartas indicándoles la cita para el otorgamiento de la escritura pública, y anunciando que la obtención de la cédula de habitabilidad sería concedida en fechas inmediatas. Pero lo cierto es que se procedió al

otorgamiento de las escrituras estando pendiente la concesión de las cédulas y que esta situación se prolongó tres años, durante los cuales se generaron los gastos reclamados, tanto en elementos comunes como privativos. Como quiera que dichos consumos no son susceptibles de ser contratados por los compradores hasta la obtención de la licencia para la primera utilización del inmueble por aplicación de la normativa administrativa vigente, la promotora basó la legitimación de la comunidad de propietarios en la regulación contenida en el artículo 9.1.e LPH, que impone a los comuneros la obligación de contribuir a los gastos comunes que no sean susceptibles de individualización. La comunidad de propietarios demandada opuso la excepción de falta de legitimación pasiva *ad caussam* respecto a la reclamación por gastos privativos y se opuso a la pretensión respecto de los gastos devengados por los elementos comunes, alegando un pacto entre la promotora y los compradores por el cual no se exigirían consumos anteriores a la obtención de la cédula de habitabilidad.

La sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Villajoyosa, desestimó íntegramente la demanda, argumentando que la falta de obtención de la cédula de habitabilidad constituye un incumplimiento esencial imputable a la promotora que justifica el impago de los suministros del inmueble, así como la acreditación del pacto alegado por la demandada.

La promotora actora apeló la sentencia ante la Sala 5ª de la Audiencia Provincial de Alicante y ésta resolvió en el sentido de desestimar el recurso en cuanto a la reclamación de las cantidades objeto de consumo por parte de los elementos privativos, entendiendo que la Comunidad de Propietarios no ostenta legitimación para soportar la reclamación que se hace en la demanda sin distinguir entre los consumos de elementos comunes y los de las propiedades privativas, por lo que resolvió únicamente sobre la procedencia y la cuantía de la reclamación derivada de los gastos de los elementos comunes. Y en lo que se refiere a los mismos, estima el recurso en el sentido de considerar que si bien la promotora incumplió la obligación de obtención de cédula de habitabilidad o licencia de primera utilización y procedió al otorgamiento de las escrituras de compraventa sin haber obtenido la cédula, esa circunstancia no generó ningún perjuicio probado ni obstó a la toma de posesión por los compradores ni a la constitución y funcionamiento de la Comunidad de Propietarios y de los elementos comunes existentes, por lo que la Comunidad no puede desentenderse del pago de unos gastos que derivan de servicios indiscutiblemente disfrutados por la misma en el periodo transcurrido desde que esta se constituyó y hasta que consiguió la instalación de sus propios contadores de agua y energía eléctrica. En cuanto al segundo argumento en que se basó la desestimación de la demanda en primera instancia, - el Juzgador *a quo* estimó probada la existencia de un pacto por el que la promotora habría renunciado a la repetición de dichos consumos hasta la obtención de la cédula de habitabilidad, la

Audiencia, simplemente, se aparta de la valoración de la prueba practicada en la instancia y considera insuficiente la testifical en tal sentido del administrador del inmueble y de uno de los comuneros, entendiéndose además que la existencia de dicho pacto se vería contradicha por la constancia en las actas de las juntas de propietarios celebradas de acuerdos referentes a una posible negociación de dicha deuda.

Tanto la comunidad demandada (que interpuso recurso extraordinario por infracción procesal al considerar vulneradas las normas sobre la carga de la prueba y de casación por infracción de la normativa contractual y de defensa de los consumidores) como la promotora actora (que interpuso recurso de casación por infracción del art. 9 LPH) recurrieron contra esta sentencia ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que los inadmitió por Auto de Auto de 25 enero 2011, basándose en el primer caso en la carencia manifiesta de fundamento prevista en el art. 473.2.2º de la LEC 2000 y, en lo que se refiere al recurso de la promotora, por no ajustarse la interposición a lo previsto en el art. 483.2.2º de la LEC 2000, en relación con los arts. 481.1 y 477.1 de la LEC 2000.

COMENTARIO

Dejando al margen la cuestión del apartamiento de la valoración de la prueba practicada en primera instancia en cuanto a la existencia del pacto discutido, la sentencia reseñada plantea dos cuestiones de interés. La primera consiste en determinar los efectos contractuales –interprivados- de la obligación del promotor de obtener las licencias que autorizan el uso del inmueble antes de su entrega. La segunda se centra en la diferente consideración de la legitimación de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal en relación con los intereses privativos de los comuneros.

I-. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante en el sentido de que la entrega de un inmueble sin licencia de primera ocupación constituye un incumplimiento contractual (ex. art. 1124 CC) de todos aquellos contratos por los que se transmita el dominio de la vivienda (SSTS 22.12.1993, 11.12.1995, 9.5.1996, 3.6.2003). A este respecto, el hecho de que sea una licencia que concede el Ayuntamiento no significa que su falta de obtención no sea imputable al vendedor. Si el comprador decide no escriturar por falta de la licencia, no sólo es que su posición está justificada en el previo incumplimiento del vendedor, sino que habrían de devolverse las cantidades entregadas en concepto de arras penitenciales. De ello se colige igualmente que, estando el vendedor en situación de incumplimiento, no puede obligar al comprador a escriturar el inmueble (el comprador podría negarse al cumplimiento de dicha obligación de

formalizar la compraventa basándose en el previo incumplimiento del vendedor, a modo de *exceptio non adimpleti contractus*). Ahora bien, no hay obstáculo en escriturar e inscribir un inmueble carente de licencia de primera ocupación. El artículo 16 de la Ley valenciana 8/2004¹ (venta de viviendas terminadas) exige la licencia de ocupación como requisito en la compraventa de viviendas terminadas, y sin embargo, la DGRN entendido que a falta de determinación expresa de la norma, no es exigible la acreditación de este requisito en la escritura pública (R. 18.12.2009).

El resultado será que se habrá transmitido la propiedad, pero el vendedor ha incumplido de forma esencial el contrato una vez superado el plazo previsto para la entrega efectiva sin haber obtenido dicho permiso, por lo que el comprador, con las todas las matizaciones que requiera la aplicación de la buena fe contractual², puede

¹ “El artículo 16 (venta de viviendas terminadas) –alegado por la Señora Registradora como fundamento de Derecho– determina que «en las compraventas de viviendas terminadas de nueva construcción... se exigirán los requisitos... siguientes: a) Las garantías por daños materiales derivadas de vicios y defectos de construcción establecidas en la legislación de ordenación de la edificación; b) el importe del préstamo hipotecario que corresponda a la vivienda, las condiciones del mismo y los requisitos de subrogación del comprador. Los anteriores requisitos señalados en los apartados a) y b), deberán acreditarse en la escritura de compraventa; c) el libro del edificio... d) la Licencia de ocupación.... Si el ánimo del legislador hubiera sido incluir entre los requisitos necesarios para otorgar escrituras de compraventa de viviendas terminadas, la justificación al notario de la obtención de la licencia de ocupación, se habría incluido de forma expresa, además de los requisitos de los apartados a) y b) también el d)”. En términos similares, en relación con la LOE, la RDGRN de 9 de enero de 2010 ha entendido que “ la legislación reguladora de la edificación no impone la exigencia debatida como requisito para edificar, ni para la entrega de la edificación a los usuarios – sin perjuicio de las consecuencias que se derivarían de un eventual incumplimiento de las obligaciones de diversa índole que se imponen a los agentes de la edificación –, toda vez que la LOE se limita a establecer en esta materia una norma de remisión a la legislación urbanística aplicable al referirse a la acreditación documental «de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística», que no puede entenderse sino como relativa a la licencia de edificación”.

² Cuándo la entrega sin licencia de primera utilización constituye un incumplimiento esencial a los efectos resolutorios dependerá de las particularidades de cada caso. La Audiencia Provincial de Álava de 10 de diciembre de 2003 (confirmada por la STS de 12 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1982) , realiza las siguientes afirmaciones: 1- que si bien a la fecha de la escritura publica no se habían obtenido las preceptivas licencias de primera ocupación, licencia de apertura de garaje y otras, ellas no fueron necesarias para que la vivienda y el trastero sirvieran para el fin a que se destinan cuyo uso y disfrute no se vio impedido por la falta de tales documentos; 2- que aunque se acepte que la vendedora estaba obligada contractualmente no sólo a la solicitud de una licencia de primera ocupación sino a su obtención en la fecha del contrato, también se ha de tener en consideración la relevancia de esa falta de obtención, puesto que no es lo mismo que no se obtenga y se impida el uso, que no se obtenga y se conceda, porque los problemas o defectos que existen no son esenciales y permiten la habitabilidad de la casa. Otra Sentencia, esta de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª de 9 de diciembre de 2009 (AC 2010, 80) , considera que la ausencia de la licencia de primera ocupación, por sí sola no tiene porqué generar la resolución contractual a favor del comprador en aquellos casos en los que está solicitada y no impide el uso legal del inmueble, pues no se olvide que dicho uso es la finalidad propia del contrato de

resolver con restitución de las cantidades ya entregadas e indemnización de daños y perjuicios. Esta importancia civil de la inexistencia de licencia viene determinada por dos razones:

a) porque la licencia corrobora las condiciones de habitabilidad de la vivienda, su adecuación a la licencia inicial de obras y al proyecto y sus condiciones de seguridad, habitabilidad o salubridad (esto es, la conformidad de la cosa vendida).

b) porque su falta imposibilita de derecho su uso, aunque la vivienda haya sido entregada al comprador, ya que, a nivel administrativo, las sanciones (que se imponen cuando se produce **ocupación efectiva** sin licencia) pueden consistir en:

- Impedir su uso a cualquier ocupante, sea o no propietario (art. 29 Reglamento de Disciplina Urbanística vigente³ en este punto salvo normativa autonómica que sea de preferente aplicación).

- Imponer una sanción urbanística del 1 al 5% del total del valor de la obra en el caso de que la ocupación sea legalizable de la que **responden el ocupante y quien**

compraventa; en estos casos estaremos en presencia de un cumplimiento defectuoso que generará indemnización de daños y perjuicios al comprador. Sí podrá ser considerado como incumplimiento esencial y por tanto resolutorio, en aquellos casos en los que la falta de la licencia de primera ocupación, a pesar del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, impida a los compradores el uso de la misma, bien por resolución administrativa en tal sentido, bien porque existan dudas sobre la habitabilidad o seguridad estructural del edificio o bien porque no se pueda acceder al suministro legal y regular de luz, agua y demás servicios de uso habitual en una vivienda; en estos supuestos se frustra totalmente la finalidad del contrato, al impedirse el uso adecuado de la vivienda y por ello concurre el incumplimiento que ampara el artículo 1124 del Código Civil. Y del mismo criterio participa la Audiencia Provincial de Málaga, en sentencia de 29 de junio de 2009 (JUR 2010, 13984) , argumentando que "en la venta de inmuebles el hecho de no haber obtenido la Licencia de Primera Ocupación o la Cédula de habitabilidad no constituye per se un incumplimiento por parte del vendedor al tratarse de autorizaciones administrativas cuya concesión o denegación depende de factores distintos a los determinantes de las obligaciones contractuales entre particulares (quedando a salvo de esta afirmación aquellos casos en que dicha autorización administrativa se eleva a pacto inter partes), de la misma forma que la existencia de autorización administrativa no implica el cumplimiento de dicha obligación del vendedor, lo que no quiere decir que la falta de la autorización administrativa se pueda y deba tener en cuenta a efectos probatorio del incumplimiento o cumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor, de la misma forma que el certificado de final de obra expedido por la dirección técnica de la obra constituye prueba de que la obra está terminada en condiciones de ser habitada, pero ninguna de estas certificaciones o autorizaciones constituyen el cumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor".

³ Declarado vigente por fallo de TC (Sala Pleno), sentencia núm. 61/1997 de 20 marzo. Téngase en cuenta que esta Sentencia declara inconstitucional y nulo el ap. 1 de la disp. derog. única.1 del RDLeg 1/1992, de 26 junio, que deroga la Ley 8/1990, de 25 de julio, cuya disp. derog. derogaba esta disposición.

coopera en la ocupación entregando las llaves antes de la licencia (art. 90.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística vigente en este punto).

En conclusión:

1- El vendedor que escritura sin licencia está en situación de incumplimiento aunque entregue físicamente la vivienda, porque el dominio que transmite no es apto para un uso administrativamente pacífico en tanto en cuanto no consiga aquella.

2- El comprador puede negarse a escriturar en tanto en cuanto no se conceda la licencia si el momento de la escritura se fijó para después de la terminación de la obra , y sin que el vendedor pueda resolver por esta negativa en tanto no proceda al cumplimiento (o sea, a la consecución de la licencia)

3-El comprador puede resolver (aunque haya escriturado) con devolución de las cantidades entregadas, sus intereses e indemnización de daños y perjuicios si una vez vencido el plazo de entrega efectiva, y se haya producido ésta o no, el edificio no ha obtenido ni obtendrá en un plazo razonable la licencia de primera ocupación.

4- Si decide no resolver, no debe ocupar la vivienda aunque le sea entregada, porque comete una infracción urbanística y porque puede verse privado del uso por la Administración competente.

Pero a pesar de todo lo anterior, a falta de pacto en tal sentido, el propietario que escritura, recibe y utiliza un inmueble materialmente habitable carente de licencia de primera ocupación sin pretender la resolución ni sufrir consecuencias administrativas de carácter sancionador no puede oponer como excepción de incumplimiento ni como compensación de daño liquidable alguno el impago de los gastos asumidos por el vendedor generado por el consumo de los suministros del inmueble una vez adquirido, porque los mismos no traen causa del incumplimiento del deber de entregar el inmueble con sus licencias y autorizaciones. Cuestión distinta de la anterior es a quién corresponde el riesgo o de su falta de prueba y/o individualización. Ello nos conduce al segundo punto objeto de análisis en la sentencia que comentamos.

II-. Cuando la sentencia de la Audiencia niega legitimación pasiva en la comunidad de propietarios para soportar la demanda en lo que respecta a los gastos derivados del consumo individual de agua y luz por parte de los elementos privativos que componen el complejo no está desestimando la cuestión de fondo por falta de prueba de los consumos individuales realizados. Nótese que la Audiencia estima la demanda en cuanto a los consumos derivados de los elementos comunes atendiendo a un dato

objetivo, cual es la media mensual de estos desde que la Comunidad obtuvo sus propios contadores, siendo que la misma estimación podría haber dado lugar a la determinación aproximada de los gastos realizados por cada uno de los propietarios. Nótese asimismo que la obligación indivisible se resuelve como regla general en la mancomunidad y dicha mancomunidad, en el caso del régimen especial de propiedad horizontal, podría haberse solucionado, como pretendía la actora, a través de la aplicación de la cuota de participación.

Sin embargo, cualquiera de las anteriores soluciones (incluida la adoptada, en cuanto al cálculo del consumo medio de la comunidad), en tanto en cuanto puede suponer una obligación de cada propietario de contribuir directa o indirectamente más allá de lo que correspondería en lo realmente consumido por la comunidad, podría considerarse una práctica abusiva consistente en el traslado al consumidor de las consecuencias perjudiciales de los fallos o mecanismos que se encuentran en la esfera de riesgo del empresario. Por ello, en ningún momento puede alegar la promotora en beneficio propio su propia torpeza. Y también por ello entiendo que, con independencia de que la demanda haya sido parcialmente estimada, resulta una solución materialmente injusta cargar a cada litigante con las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Seguramente tenga mucho que ver en este desprecio por la carga de la prueba del montante exacto de lo consumido comunitariamente el hecho constatado por la Sala de que, según se desprende del acta del Ayuntamiento, los defectos que reseñan eran en parte imputables a actuaciones de la Comunidad, como las afectantes al acceso del camión de bomberos, rejas en zonas comunes o cerramientos de terrazas en los áticos.

Quizá también por ello es que las anteriores consideraciones son adoptadas por la Sala únicamente en sede de legitimación, no a modo de carga prueba del montante real de la deuda. A la Sala le interesa que quede salvaguardada la posición individual de cada uno de los propietarios, y ello, dentro del régimen de propiedad horizontal, ha de tener reflejo en la cuestión previa de la legitimación. Desde el momento en que los suministros de agua y luz fueron proyectados y descritos en el título constitutivo como servicios individuales del inmueble, son susceptibles de individualización en el sentido del artículo 9.5 LPH, y la falta de ésta por causa imputable a la promotora no puede convertirlos en servicios comunes de cuyos gastos todos deban responder. Por lo tanto, la comunidad de propietarios no está legitimada para soportar la reclamación derivada de los consumos individuales – lo que podría cargar a propietarios no ocupantes con el deber de contribuir a través de la comunidad a lo consumido por otros- , asumiendo el riesgo de las respectivas reclamaciones y determinaciones individuales quien debiendo individualizarlos en la entrega, no lo hizo en su momento.

A diferencia de la generosidad con que la jurisprudencia ha extendido la legitimación activa del Presidente de la comunidad de propietarios para la defensa de intereses de los propietarios afectantes a sus elementos privativos, en lo que respecta a la legitimación pasiva, en la esfera procesal pasiva, existe litisconsorcio pasivo necesario entre la comunidad representada por el Presidente y el resto de los comuneros cuando la demanda contra la comunidad afecte a los intereses comunes y, a su vez, a los intereses privativos de los condueños. La STC 14.6.1999 (RTC 115) amplió incluso a la defensa de los intereses comunes esta consideración, al entender que, ante la demanda dirigida contra la comunidad («contra todos y cada uno de los comuneros»), cada propietario - sobre cuyo patrimonio recaerán finalmente las consecuencias del proceso-, está legitimado para comparecer en el mismo contestando como demandado, sin tener que canalizar su defensa y representación a través de la comunidad, siempre que haga uso de distintas excepciones por disentir de la línea de defensa utilizada por aquélla. Lo cual ha tenido reflejo finalmente en el régimen de ejecución en el patrimonio individual del propietario de condenas obtenidas frente a la comunidad.

El actual art. 22 LPH también entiende que la responsabilidad del propietario es subsidiaria de la ejecución de los fondos y créditos de la comunidad de propietarios (no así de los elementos comunes, por su inseparabilidad de la propiedad de la que forman parte según el art. 3 LPH y 396 CC). Y también que es necesario el previo requerimiento de pago a los propietarios respectivos a fin de proceder contra sus patrimonios privativos, a pesar de que la existencia de una sentencia obtenida frente a la comunidad. Pero, a diferencia de lo que entendía la doctrina anterior, para que el acreedor de la comunidad pueda dirigirse contra el propietario, no es necesario que medie un acuerdo comunitario distributivo de la responsabilidad (que ahora se fija en función del criterio objetivo de la cuota de participación), sino que éste *haya sido parte en el correspondiente proceso*. La redacción del precepto exige demandar nominalmente a todos los propietarios cuyos bienes privativos pretendan ser embargados, y no a través de los órganos de representación orgánica (STS 13.2.2001, RA 854), ya que no puede entenderse que el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando están en juego los intereses patrimoniales de los propietarios, quede cumplido con la actuación del presidente en nombre de la comunidad. Ello no significa que el acreedor haya de demandar a todos mancomunadamente; estando dividida la deuda a través del criterio objetivo de reparto de gastos, puede dirigirse frente a los propietarios que desee, pero sólo de ellos podrá hacer efectiva la deuda, y sólo en la parte que a ellos corresponda. Por otra parte, si el acreedor sólo se dirige frente a la comunidad y no frente a los propietarios personalmente, sólo podrá hacer efectiva la deuda sobre los bienes, fondos y créditos comunitarios, de forma que la intervención de los propietarios en dicho proceso (dado su interés legítimo en la defensa de los bienes comunes), sólo



www.uclm.es/centro/cesco
NOTAS JURISPRUDENCIALES

podrá hacerse efectiva a través de una intervención adhesiva, prevista hoy expresamente en el art. 13.1 LEC 2000.
