

Resolución del Diputado del Común por la que se le aclara y se le indica, al Notario autorizante de la escritura de compraventa de una vivienda, las cuestiones urbanísticas omitidas en la misma que perjudican a la parte más débil del contrato, el consumidor.

Q14/782: Resolución del Diputado del Común por la que se le aclara y se le indica, al Notario autorizante de la escritura de compraventa de una vivienda, las cuestiones urbanísticas y constructivas omitidas en la misma, tales como la Licencia de Obra, la Licencia de Primera Ocupación del Edificio y la Cédula de Habitabilidad de la vivienda y el Libro del Edificio, entre otras, que perjudican a la parte más débil del contrato, el consumidor-comprador; se le especifica cuál es el papel de los defensores del pueblo; así como, se le sugiere que se corrija la escritura al citar normativa no vigente en el instrumento público. Por último se le aclara el alcance del principio de exactitud registral, en relación a los inmuebles divididos horizontalmente que han accedido al Registro de la Propiedad, como el uso impropio de la expresión cuerpo cierto empleada, en detrimento del consumidor-comprador de la vivienda.

Señoría:

Nos dirigimos de nuevo a V.S. en relación con la Queja referenciada **Q14/782** (antes EQ-0782/2014) que se tramita en esta Defensoría del pueblo de Canarias, el Diputado del Común, para agradecerle la última aportación documental de su Notaría, efectuada el pasado marzo.

No obstante lo anterior, y en relación con las cuestiones planteadas por V.S. en la presente queja, hay que especificar y comunicarle algunos acontecimientos que estimamos necesarios que deben de ser informado, los cuales influyen en la presente Resolución, como son:

- El día 20/03/2017, el interesado presentó ampliación de datos en la queja, por medio de la cual nos comunicó que la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas había dictado Sentencia el 7/02/2017, en la que, entre otras cosas dispuso en su Fallo que, (...) 2. (...) declaramos resueltos los contratos (...) y público de (...) de julio de 2008, escritura otorgada ante el Notario de Las Palmas D. (...) para el de (...).
- Las posteriores ampliaciones de datos de la queja realizadas por el promotor de la misma los días 18 y (...) de abril del presente.
- En mayo, esta Diputación del Común resolvió informar al Ministerio Fiscal sobre la posible existencia de ilícitos penales por la actuación administrativa

del Ayuntamiento de Telde, así como de otros agentes intervinientes, con respecto a la obra ejecutada y reflejada en la Escritura Pública que el interesado presentó en esta institución, (otorgada por V.S. para el protocolo de don Pedro Javier Viñuela Sandoval, Notario del Ilustre Colegio de las Islas Canarias, realizada el (...) de julio de 2008, número (...), en adelante, EP.

- El 01/06/2017, el Ministerio Público nos presentó oficio acusando recibo de la anterior Resolución del Diputado del Común, e informando de su traslado al órgano competente dentro de dicho ministerio.

Pues bien, antes de empezar, a la vista del contenido del escrito de V.S., que presentó el 23/03/2017, con nº de registro (...), procede hacer las siguientes aclaraciones y especificaciones de conceptos.

Solicitó V.S. la caducidad de la presente queja, bajo los siguientes términos: (...) el presente expediente está caducado. A continuación manifestó que, todo ello era de acuerdo con la normativa que rige la institución del Diputado del Común y la Ley de Procedimiento Administrativo Común, consignando, sic *el artículo 21 LPAC*.

De lo expuesto, debemos de informar, someramente, sobre la ***-naturaleza jurídica de los Defensores del Pueblo del Estado español-***.

El Diputado del Común, como cualquier otro defensor del pueblo español, que derive de lo dispuesto en el art. 54 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, CE, no es ni un órgano administrativo, ni Administración pública alguna, por tanto, sus resoluciones no son actos administrativos.

Así, es necesario precisar *cuál es el verdadero cometido de la acción de esta institución Defensora del Pueblo de Canarias*, y, en este sentido hemos de decir que la función principal de los defensores del pueblo, tanto el comisionado de las Cortes Generales, como el de cada uno de los Parlamentos autonómicos (como es este Diputado del Común), en adelante, DP, es el control de la Administración pública y la defensa y promoción de los derechos y libertades del Título I de la CE.

Una manifestación de lo anterior viene en lo establecido en el artículo 14.1 del Estatuto de Autonomía de Canarias, Ley Orgánica 10/1982, LOEAC, reformada por la Ley Orgánica 4/1996 (leyes orgánicas que integran lo que se ha denominado el *Bloque de la Constitucionalidad*), y en desarrollo de dicho estatuto, la Ley reguladora 7/2001, de 31 de julio, del Diputado del Común, LDC, (BOC nº 103 de miércoles 8 de agosto) que, a título de ejemplo en sus artículos 1 y 16. b) expresan, respectivamente:

El Diputado del Común es el alto comisionado del Parlamento de Canarias, designado por éste para la defensa de los derechos y libertades constitucionales y supervisará las actividades de las administraciones públicas canarias en sus relaciones con los ciudadanos y a fin de garantizar

dichos derechos y libertades, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

El Diputado del Común, en cumplimiento de lo previsto en el Estatuto de Autonomía de Canarias, realizará las siguientes funciones:

b) Supervisión de la actividad de las administraciones públicas canarias, a la luz de lo dispuesto en los artículos 103.1 de la Constitución y 22.2 del Estatuto de Autonomía de Canarias, con la finalidad establecida en el artículo 1 de esta Ley.

Y, el art. 26 de la LDC dispone:

El Diputado del Común no entrará en el examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial y lo suspenderá si, iniciada su actuación, se interpusiere por el promotor demanda o recurso ante los Tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional. Ello no impedirá, sin embargo, la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas.

El subrayado es nuestro para resaltar lo conveniente.

Es por lo anterior, por lo que la doctrina administrativa más autorizada ha dicho que *la intervención del DP tiene como base un **control objetivo en interés de la constitucionalidad***, entendiendo que el derecho a la queja se agota en la excitación de la actuación del Defensor y en la investigación por parte exclusivamente de éste, con el resultado que estime pertinente. (Luciano Parejo).

La institución del DP se inserta en nuestro Ordenamiento Jurídico para cubrir aquellos ámbitos que no pueden abarcarse por los medios clásicos de control de la Administración (Laura Díez Bueso).

El *procedimiento de tramitación* de la actividad de los Defensores del Pueblo, (Queja), en la medida que *no dirime intereses particulares, sino que va dirigida a una actuación objetiva de control de la actuación administrativa*, este es su fin, será la de ser cauce eficaz para la consecución de estos fines de control.

La actuación administrativa, sometida a supervisión, se desarrolla a través de las normas de procedimiento administrativo, como no puede ser de otra forma.

Por tanto, la actuación del DP dirigida a realizar ese control deberá cohonestarse con la tramitación administrativa, para que no se produzcan interferencias ni dilaciones. De tal modo que el *procedimiento administrativo* va a jugar, no sólo como referente de comparación, sino como el cauce a través del cual la Administración actúa y, en su caso, *dará cumplimiento a las resoluciones de los Defensores.*

Así, si el interesado desiste de su queja, no necesariamente deberá el Defensor suspender su actuación, pudiendo decidir su continuidad por razones objetivas de interés público, esto es lo que caracteriza la manifestación más evidente del **carácter objetivo de la actuación del Defensor**.

También, debemos decir que al ser el Diputado del Común el alto comisionado del Parlamento de Canarias para la defensa de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, es una institución adscrita a dicha cámara legislativa.

Para terminar con la presente cuestión, el Diputado del Común ejerce sus funciones con plena independencia, con autonomía funcional y según su criterio, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad, ni está sujeto a mandato imperativo alguno, (arts. 6.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, LODP, y 7.1 de la LDC).

De todo ello, se colige, fácilmente, que las quejas que tramita esta Defensoría no se les aplica la *caducidad del expediente*, institución jurídica sólo prevista para los *procedimientos administrativos*.

Expuesto lo anterior y dado que también nos ha manifestado que por esta Diputación del Común se ha realizado *una afirmación que no obedece a exigencia normativa alguna actual ni pretérita, aconsejando al destinatario interponer reclamación (...)*, y, a continuación transcribió sólo una parte del oficio que le dirigimos al promotor de la presente queja, (el que le pudiera afectar a V.S. por el expediente de queja que se ha iniciado en el Colegio Notarial de Canarias) por ello, debemos de exponer el contenido íntegro de lo que se le comunicó al ciudadano:

(...).

Tras haber analizado su contenido, ponemos en su conocimiento que ésta ha sido admitida a trámite por reunir los requisitos formales establecidos para ello en la Ley 7/2001, de 31 de julio, del Diputado del Común.

Al respecto, le comunicamos que hemos admitido a trámite su queja debido a la actuación del Ayuntamiento de Telde en cuanto al procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado, al no realizar el edificio con la alineación que se debió hacer, pero que esto, en su calidad de comprador y adquirente de un bien inmueble que no cumple la legalidad, es una cuestión jurídica privada entre usted y el promotor que deberá solventar en los Tribunales de Justicia del Orden Civil, por lo que debe acudir a un abogado en ejercicio para que le asesore sobre las acciones privadas a realizar.

Además, en la escritura de adquisición que nos ha acompañado se han silenciado extremos obligatorios, como es protocolizar la licencia de obra y el proyecto por el que se obtuvo la misma, por lo que quizás debería reclamar a la notaría autorizante o al Colegio Notarial de Canarias.

Lo subrayado es lo que V.S. consignó en su escrito de 18 de noviembre de 2014.

Pues bien, la queja vino motivada por sentirse perjudicado, el ciudadano promotor de la misma, como consumidor y usuario, en la compra de su vivienda, el cual se expresó en los siguientes términos:

(...) consumidor de Urbanismo y vivienda al haber comprado una vivienda totalmente ilegal en el año 2008, que no tiene certificación de final de obra del Ayuntamiento de Telde, ni Licencia de Primera Ocupación, ni cédula de habitabilidad, desde hace seis años (...) y hay un procedimiento de restablecimiento del orden jurídico infringido sobre el edificio, que obliga a demoler parte del mismo.

En función de ello, se comunicó al interesado lo que antes se transcribió, y como la LDC faculta a esta Defensoría para informar, al promotor de la queja, de las vías más oportunas para el ejercicio de su acción, en virtud de dicha habilitación legal fue aconsejado.

Antes de justificar nuestro rechazo a las consideraciones que ha expuesto V.S. en su escrito, por discrepar de ellas, (lo cual en Derecho es del todo factible y razonable sin que ello cause alarma social) hemos de decir que **los Notarios y Registradores de la Propiedad son altos funcionarios públicos del Estado**, a la vez que, **profesionales del Derecho** que **ejercen funciones públicas**.

A estos altos funcionarios públicos del Estado les incumbe, en el desempeño de sus funciones, un juicio de legalidad, que recae respectivamente, sobre los negocios jurídicos que son objeto del instrumento público, o sobre los títulos inscribibles, (Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre, RTC 1999/207), lo cual ya apunta hacia la existencia, en los mismos, de un *juicio de imparcialidad*, y que, además, cuando se acude a una Notaría, el ciudadano que lo hace tiene derecho a ser asesorado por el Notario que le vaya a autorizar la escritura que plasme el correspondiente negocio jurídico, en su caso, como así se consignó por V.S. en la página 55 de la EP.

En tal sentido, la delegación que hace el Estado en estos funcionarios públicos se efectúa en aras de la *seguridad jurídica* que consagra el art. 9.3 de la CE, la cual promete al ciudadano y se desenvuelve -en el ámbito jurídico extrajudicial- *a través de un sistema de justicia preventiva* que consiste en otorgar autenticidad, es decir, fe pública a los actos y contratos realizados por los particulares y las empresas mediante la intervención de los funcionarios especialmente habilitados.

Entrando, pues, en la copia simple de la EP que el interesado presentó en esta Defensoría intitulada **COMPRAVENTA CON SUBROGACIÓN Y AMPLIACIÓN**, en la misma se expuso que el promotor - vendedor era:

(...) titular del pleno dominio de la siguiente finca:

1) URBANA.- NÚMERO UNO, VIVIENDA TERMINADA, (...) tiene una superficie construida de SETENTA Y UN METROS VEINTIOCHO DECÍMETROS CUADRADOS (71,28 M2) (...).

Linda: Frente, (...).

CUOTA.- Se le asigna (...)

TITULO.- manifiestan que la adquirieron por escritura de Declaración de Obra Nueva en Construcción y División Horizontal, en escritura otorgada en esta ciudad, ante el notario don Pedro Javier Viñuela Sandoval, el día VEINTISIETE DE MARZO DE DOS MIL OCHO, número 865 de protocolo.- **Declarado el fin de obra en virtud de acta firmada ante mí, en el día de hoy, con el número (...) de orden de protocolo, pendiente de inscripción de lo que advierto.**

(...).

II.- SITUACIÓN URBANÍSTICA.

Manifiesta el representante de la entidad vendedora que, de la superficie del solar sobre el que se asienta la descrita finca registral 94723, una superficie de (...) (26,54 M2), (...) está sometida a un retranqueo determinado por el Plan General de Ordenación Urbana en vigor, del municipio de Telde.

(...).

III.- COMPRAVENTA.- Que han convenido el presente contrato de COMPRAVENTA que formalizan con arreglo a las siguientes,

ESTIPULACIONES:

PRIMERA.- Compraventa. La entidad (...), **S.L. VENDE Y TRANSMITE** y (...), **COMPRAN Y ADQUIEREN**, (...), como **cuerpo cierto**, de la finca descrita en el expositivo I) (...).

La parte compradora declara conocer y aceptar los estatutos y las normas de comunidad por las que se rige la propiedad horizontal de la totalidad de la finca de la que forma/n parte de la/s descrita/s.

(...).

IV.- Propiedad horizontal.-

(...).

VII.- Manifiestan que la descrita finca aun no tiene cédula de habitabilidad, de lo que advierto.

(...).

Todos los comparecientes, por sí o en la representación que ostentan, aceptan el íntegro contenido de la presente escritura pública.

Se solicita la inscripción parcial de esta escritura.

OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN:

Así lo dicen y otorgan.

Esta escritura ha sido redactada conforme a minuta presentada por la entidad acreedora y obedece a las condiciones generales de contratación de la misma.

(...) firman conmigo, el Notario, que de que el consentimiento de las partes ha sido libremente prestado, de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes, y del total contenido del presente instrumento público, (...).

Señalados los datos convenientes de la Escritura Pública de V.S. de (...) de julio de 2008, pasamos a realizar nuestras consideraciones y respuesta, desde tres puntos de vistas o ámbitos: del Derecho Público-Urbanístico; del Derecho de Consumo y del Derecho Civil.

Hemos de empezar por este último sector del Ordenamiento Jurídico, dado que lo haremos de forma somera, pero no menos importante que los demás, aunque ya debemos apuntar que el *Ordenamiento Jurídico es único*, arts. 1.1 y 9.1 de la CE, al igual que la Jurisdicción que lo aplica, arts. 117 CE y 3 de la Ley 6/1985, Orgánica del Poder Judicial, LOPJ, sin perjuicio de la sectorialización por materias u órdenes de ambas realidades, el

profesional del Derecho debe contemplar el mismo siempre de forma unitaria por lo que *nos referiremos a todas las normas aplicables de forma conjunta*.

La mencionada EP contempla un contrato de compraventa de una vivienda, dice *vivienda terminada*, que es lo que aquí interesa, reglamenta las condiciones en las que se ha efectuado dicho negocio jurídico.

Se trata de un contrato de compraventa de una vivienda entre un promotor y un consumidor final de la misma, por lo tanto, sin duda, de un contrato sometido a la normativa de Defensa de los Consumidores y Usuarios, entre otras, la Ley 3/2013 de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre Protección de los Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la Compraventa y Arrendamiento de Viviendas, y el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, TRLGDCU, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, (BOE nº 287, de 30/11/2007).

Pues bien, lo primero que debemos hacer es responder al siguiente interrogante, ¿qué es una vivienda? Pues de la respuesta a ello, podremos ver si verdaderamente se estaba transmitiendo y adquiriendo una finca calificada como tal.

Así, la CE señala (art. 47) que *Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada: los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (...)*.

De dicho precepto se colige que no se define lo que es una vivienda, si bien sí que recalca que la vivienda debe ser *digna y adecuada*, y que los poderes públicos establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho.

Por su parte, el Legislador Canario en su Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias, LVC, dispone en su artículo 77, como concepto de vivienda libre, lo siguiente:

A los efectos de esta Ley se entiende por vivienda libre toda edificación destinada a morada o habitación, permanente o por temporada, promovida por persona física o jurídica, pública o privada, que no esté acogida a los regímenes de protección pública de la vivienda y cumpla los requisitos que exija la normativa vigente. Las administraciones públicas canarias velarán para que la vivienda libre reúna los requisitos de habitabilidad, calidad y seguridad legalmente exigibles.

Aunque la LCV tampoco define lo que es una vivienda, sí que señala los requisitos que considera indispensable que debe reunir la misma para ser

considerada como tal, entre ellos, los subrayados por esta Defensoría en el párrafo anterior.

Por su parte, el más alto órgano jurisdiccional del Estado español, el Tribunal Supremo, TS, ha dispuesto, entre otras, Sentencia de 5 de junio de 1992, Sala de Lo Contencioso-Administrativo (RJ 1992, 5371), en relación con el concepto de vivienda, las siguientes ideas:

Vivienda es un concepto jurídico indeterminado en torno al que, paradójicamente, se ha producido, incluso, todo un cuerpo de profusa legislación especial protectora. De ella, con claridad se desprende que es aquel espacio físico donde el ser humano puede, permanente desarrollar sus actividades vitales- de ahí, vivienda- al resguardo de agentes externos; existiendo desde la Constitución (art. 47 <<Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada>>) hasta reglamentaciones administrativas que determinan sus condiciones mínimas exigibles, todo un sistema jurídico en torno a la vivienda. (...).

De lo expuesto, hasta este momento, no cabe duda que toda vivienda debe de cumplir unos estándares mínimos de habitabilidad, calidad y seguridad legalmente exigibles, comprobación encomendada a las Administraciones Públicas.

En la EP objeto de la presente se consignó que se trataba de una compraventa de vivienda, si bien la finca que se transmitía todavía no reunía los requisitos necesarios para ser calificada como tal, al no disponer, en el momento del otorgamiento de dicho instrumento público, el edificio, (dividido horizontalmente) sobre el que se asienta la finca registral (...), de los permisos administrativos necesarios para ser ocupado, como es la *Licencia de Primera Ocupación* del mismo, así como, la finca concreta adquirida por el interesado, *la licencia de primera ocupación y/o la cédula de habitabilidad* de la que se denominó vivienda.

Dice el art. 80 de la LCV, dedicado a la cédula de habitabilidad, lo siguiente:

Para que una edificación pueda ser considerada como vivienda libre será imprescindible disponer de la cédula de habitabilidad expedida por el ayuntamiento competente. Reglamentariamente se establecerán los requisitos mínimos necesarios para su obtención.

Por su parte, el Decreto 117/2006, sobre Cédula de Habitabilidad de Canarias dispone en su artículo 1.2 lo que se entiende por vivienda, en los siguientes términos:

Se entiende por vivienda, a los efectos de este Decreto, toda edificación destinada a morada o habitación de personas físicas de forma permanente o por temporada, sea o no de nueva construcción, ya sea libre o protegida, que, cumpliendo las condiciones establecidas en el presente Decreto, disponga de cédula de habitabilidad, si es vivienda libre, o de calificación definitiva, si es vivienda protegida.

Dispone el art. 2 del Decreto 117/2006:

Se entiende por condiciones de habitabilidad, al conjunto de requisitos constructivos que debe reunir una edificación para ser destinada a vivienda.

El art. 4.1 del mencionado Decreto dispone que la cédula de habitabilidad constituye el documento que acredita la aptitud de una edificación destinada a vivienda libre para poder ser habitada.

Y, el art. 172 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, en adelante TRELOTENC, según redacción vigente al tiempo del otorgamiento de la citada escritura publica de compraventa de la vivienda, disponía:

1. Las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y telecomunicaciones exigirán para la contratación provisional, (...).

2. Las empresas citadas en el número anterior exigirán para la contratación definitiva de los suministros respectivos la siguiente documentación:

a) La calificación definitiva cuando se trate de viviendas de protección oficial, la cédula de habitabilidad cuando se trate de viviendas libres y la licencia municipal de primera ocupación en los demás supuestos.

De la normativa expuesta, debemos de concluir que es un requisito esencial para poder ocupar un edificio tener concedida la Licencia de Primera Ocupación del mismo, y para *la ocupación jurídica de una vivienda*, que forme parte de un edificio, tener, como mínimo, la cédula de habitabilidad correspondiente.

También, debemos contemplar la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, LOE, *de la que no se hace mención alguna en la citada escritura pública de (...) de julio de 2008*, pero, sin embargo, en la misma sí que se consignó que la finca (vivienda) objeto de compraventa no tenía cédula de habitabilidad, (nada se dijo de la falta de la Licencia de ocupación del Edificio) de la que el Notario advierte, pero no suscribió que consecuencias se extraían de ello, que ya hemos razonado que afectaba a la calificación de la finca adquirida como vivienda, sin duda, no se podía ocupar la vivienda, desde el punto de vista jurídico, de lo que no se dejó constancia expresa.

Tampoco, hay en dicha EP alguna referencia a la existencia del **Libro del Edificio**, si bien es obligatorio que se informe sobre él en los negocios jurídicos de venta de unidades que componen un Edificio, según la LOE.

Sin embargo, sí que consta en dicha EP mención a que ese mismo día, (...)/07/2008, en un momento anterior, se había otorgado el **Acta Final de Obras** (*Acta de Terminación de Obra, protocolo de V.S. nº (...)*), que, con la copia que nos facilitó en marzo pasado, de la misma se desprende que ese mismo día se otorgó, también, el **Acta de depósito del Libro del Edificio** de dicha obra-promoción, (*protocolo de V.S. nº (...)*) pero no se

mencionó, repetimos, en la EP la existencia y el depósito del Libro del Edificio, información que hasta la fecha no dispone el interesado en la presente queja y que se debió de facilitar.

La falta de mención en el contrato de compraventa de vivienda, reflejado en la EP citada, de que el Libro del Edificio está a disposición de los usuarios del mismo, es una infracción de la legislación, y, va contra las normas de nuestro Ordenamiento Jurídico vigente, concebidas para proteger a los consumidores, por lo que de este defecto adolece dicho instrumento público, por tanto, ya se está vulnerando la legalidad, por lo que estimamos que la mencionada EP debió ser subsanada en este aspecto, por lo que más adelante se efectuará el conveniente razonamiento.

Además, en la EP de (...)/07/2008 se consignó, entre otras páginas, en la 18, que la parte adquirente conocía y aceptaba la situación urbanística de la finca objeto de esta escritura, advirtiéndole el Notario de la conveniencia de solicitar informe por escrito del Ayuntamiento, conforme la letra d) del *artículo 4 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*.

Pues bien, nos manifestó el interesado que no sabía a qué se refería esa aseveración, y que, nadie le aclaró su significado, en ningún caso, entendiéndolo que era una cláusula de estilo, al no habersele explicado su consecuencia jurídica, cuando, además, se había consignado, en un apartado concreto de la EP, cuyo epígrafe fue de la *Situación Urbanística*, los datos facilitados solamente por el promotor del edificio, por tanto, en interés del mismo.

No obstante lo anterior, la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, **no estaba vigente al tiempo del otorgamiento de la Escritura Pública de (...) de julio de 2008**, por cuanto la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Suelo, (BOE 154/2008, de 26 de junio de 2008) la derogó, de forma expresa, y a mayor abundamiento, la Disposición Final Única estableció lo siguiente:

El presente Real Decreto Legislativo y el Texto Refundido que aprueba entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Dado que, al tiempo del otorgamiento de la EP se citaron disposiciones legislativas no vigentes, en tal sentido, sugerimos que debería corregirse dicho instrumento público, pues va destinado a dar seguridad jurídica, y, a mal se viene a ello cuando en un documento público se consigna normativa no vigente.

-De Las normas protectoras de los consumidores y usuarios omitidas en la EP-

La legislación especial protectora de los consumidores y usuarios, vigente y específica para la vivienda, *Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre Protección de los Consumidores en cuanto a la información a suministrar en*

la compraventa y arrendamiento de Viviendas, establece en su preámbulo lo siguiente:

La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, consagra como un **derecho básico de los consumidores y usuarios «la información correcta sobre los diferentes productos o servicios»** y la educación o divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute [artículo 2.1, d)], señalando expresamente que éste, (..).

La vivienda constituye en la actualidad uno de estos productos de uso ordinario y generalizado. (...).

El presente Real Decreto, surge así ante la necesidad de regular de forma sistemática un aspecto de especial trascendencia para el consumidor o usuario, como es la información que ha de serle suministrada en la adquisición o arrendamiento de una vivienda.

Asimismo, (...), DISPONGO:

Así, el art. 3.1 del RD 515/1989 dispone:

1. La oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir al error a sus destinatarios de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma.

El art. 4 del mencionado RD 515/1989 expresa:

Quienes realicen las actividades sujetas a este Real Decreto deberán tener a disposición del público, y en su caso, de las autoridades competentes, la información siguiente:

1. El nombre o razón social, domicilio y, en su caso, los datos de la inscripción en el Registro Mercantil, del vendedor o arrendador.
2. Plano general del emplazamiento de la vivienda y plano de la vivienda misma, así como descripción y trazado de las redes eléctrica, de agua, gas y calefacción y garantías de las mismas, y de las medidas de seguridad contra incendios con que cuente el inmueble.
3. Descripción de la vivienda con expresión de su superficie útil, y descripción general del edificio en el que se encuentra, de las zonas comunes y de los servicios accesorios.
4. Referencia a los materiales empleados (...).

Continúa dicha disposición en su art. 5 estableciendo:

1. Cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes, además:

1. Copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios.

(...).

6. Cuando se trate de primera transmisión se indicará el nombre y domicilio del Arquitecto y el nombre o razón social y domicilio del constructor.

El artículo 9 del RD 515/1989 expresa:

A la firma del contrato todo adquirente de vivienda comprendido en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto **tiene derecho a recibir a costa del vendedor copia de los documentos** a que se refieren los artículos anteriores.

Y, el art. 10 de dicho RD 515/1989 dispone:

Los documentos contractuales de compra-venta o arrendamiento de viviendas deberán ir redactados con la debida claridad y sencillez, sin referencia o remisión a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato.

Igualmente deberán responder a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras, implica la prohibición de inclusión de cláusulas que:

(...).

Pues bien, si la legislación vigente otorga el derecho de todo adquirente de vivienda, que sea consumidor, a poseer un contrato de compraventa redactado con claridad y sencillez, sin que se le remita en el mismo a textos o documentos que no se faciliten, previa o simultáneamente a la celebración del contrato, a recibir la documentación que se ha señalado en los preceptos anteriores, entre la que se encuentra las autorizaciones administrativas habilitantes para la realización de la obra, documentación que no obra en el contrato consignado en la EP suscrita por V.S. de (...) de julio de 2008, como tampoco la advertencia del derecho a recibirla, entendemos del todo impropio su aserto: *una afirmación que no obedece a exigencia normativa alguna actual ni pretérita, aconsejando al destinatario interponer reclamación ante el Notario autorizante o el Colegio Notarial*, por ello, debemos de ponérselo de manifiesto.

Además, otras normas vigentes, las cuales obligaban a dejar constancia, en el momento de la suscripción del contrato de compraventa de una vivienda, de las autorizaciones administrativas necesarias que habilitan para su ocupación (jurídica), que, cuando está integrada en un edificio dividido horizontalmente se refieren a dos licencias: la *Licencia de Primera Ocupación del Edificio* y la *Cédula de Habitabilidad de la Vivienda*. Autorizaciones que, reiteramos, no constan en la EP antes citada, por lo menos la referencia a la *ocupación del edificio*, las citaremos a continuación.

Así, el TRLGDCU, dispone, sobre la documentación complementaria a entregar en los contratos de compraventa de viviendas, art. 64:

En el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta norma, se facilitará además la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación o norma autonómica que resulte de aplicación. (TRLGDCU que entró en vigor el 01/12/2007)

La documentación que fija la Ley de Ordenación de la Edificación es la relativa al **Libro del Edificio**, del que ya hemos hablado someramente, que viene establecida en su artículo 7, intitulado de la *documentación de la obra ejecutada*, del siguiente modo:

Una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitado al promotor por el director de obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos.

A dicha documentación se adjuntará, al menos, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que le sea de aplicación.

Toda la documentación a la que hace referencia los apartados anteriores, que constituirá el Libro del Edificio, será entregada a los usuarios finales del edificio.

Si bien, antes de entrar en los documentos que forman el Libro del Edificio, hemos de exponer que la LOE es otra disposición legal que trata de garantizar los derechos de los consumidores y usuarios de los edificios, y así se establece en su art. 5, relativo a las licencias y autorizaciones administrativas, lo siguiente:

*La construcción de edificios, la realización de las obras que en ellos se ejecuten y su ocupación **precisará las preceptivas licencias y demás autorizaciones administrativas procedentes**, de conformidad con la normativa aplicable.*

Es decir, el legislador reconoce como necesario, en la *ocupación de edificios*, que se cuente con la autorización administrativa pertinente para ello, que como ya hemos visto tampoco consta en la EP dicho requisito, ni existe la advertencia de ello, como de sus posibles consecuencias.

Por su parte, el Libro del Edificio *deberá contener el proyecto*, con sus modificaciones, en su caso, por el que se ha hecho, la *licencia de obra* que le da cobertura, además de otros documentos que establece la LOE.

De ello, hay que hablar de la falta de mención sobre la existencia del Libro del Edificio, así como de su puesta a disposición, para los adquirentes de las viviendas del edificio que es objeto de la EP suscrita por V.S., extremos omitidos en dicho instrumento público, infringiéndose así también esta normativa, y con ello, los derechos del consumidor-comprador.

Empero, no cabe duda de que de dicho libro se colige que ha de contener los dos documentos antes citado: *La licencia de obra* y *el proyecto* para *realizarla*, por lo que, reiteramos que no se entienden las afirmaciones de V.S. de que se causa desinformación y alarma al ciudadano que ha acudido en queja ante esta Defensoría, cuando debió de ser informado de todo ello

y, hasta este momento, **todavía no se le ha comunicado su derecho a acceder al Libro del Edificio**, el cual, ineludiblemente, *contiene los mencionados documentos*.

Tampoco, se consignó en el contrato que contiene la EP el nombre del arquitecto, como así se debió de hacer, según el apartado 6 del art. 5, todo ello siempre en relación con el art. 10 del RD 515/1989. Si bien, sí que consta en el Acta de Finalización de Obras extendida por V.S., momentos antes de la EP de compraventa de (...)/07/2008, información que el RD 515/1989 estima necesario que se debe dar al comprador de una vivienda.

Por otra parte, fija nuestro Código Civil, CC, que la obligación de entregar cosa determinada conlleva la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados en el contrato, ex - arts. 1.097 y 1.(...)8 del mismo.

De dichos preceptos no cabe duda de que el promotor del Edificio en cuestión debió de entregarlo con su *Licencia de Primera Ocupación*, así como, la vivienda, que se decía que se transmitía, con su Licencia de primera ocupación y/o la cédula de habitabilidad.

En relación con el párrafo anterior, el TS así lo ha señalado en multitudes de sentencias, valga, por ahora, la de la Sala 1ª de 19 de abril de 2007, (RJ 2007,2072) precisando en dicha resolución lo siguiente:

es evidente que entre la documentación que debe entregarse está la licencia de primera ocupación o de primera utilización a través de la cual se acredita las condiciones de habitabilidad de la vivienda, su adecuación a la licencia inicial de obras y al proyecto y a sus condiciones de seguridad, habitabilidad o salubridad para el uso a que se le destina; entrega, por lo demás, que resultaba tanto por aplicación de este precepto (1.089) como por el art. 1.(...)8 del CC en el sentido de que los contratos obligan no sólo a cumplir lo pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley. (Fundamentos de Derecho 5º).

La doctrina jurisprudencial del TS, que se ha extractado anteriormente, ha dado lugar para servir de fundamento a la resolución de los contratos de compraventa de vivienda, 1.124 del CC, por carecer de la Licencia de primera ocupación/cédula de habitabilidad, en razón del *aliud pro alio*, al no considerar cumplida la obligación de entrega de una vivienda de nueva construcción cuando no se pueda ocupar la misma, debido a que no se pueden contratar los servicios de agua, luz, gas, electricidad y demás suministros necesarios, sentencias del TS de: 11 de septiembre de 1995 (RJ 1995,9474); de 3 de noviembre de 1999 (RJ 1999,8859) y 26 de febrero de 2001 (RJ 2001, (...)52) de la Sala 1ª, entre otras.

Considera el TS que, la Licencia de primera ocupación del Edificio y la licencia de primera ocupación y/o la cédula de habitabilidad de la respectiva vivienda son documentos esenciales que se deben de entregar al comprador de una vivienda de nueva construcción, y si no se actúa así, es

causa de resolución de los contratos, por dicho incumplimiento, como así ha ocurrido en el presente caso.

De lo anterior, insistimos, no se entiende la razón por la que desde esa Notaría se manifiesta que nuestro escrito al promotor de la queja *solo puede provocar desinformación y alarma innecesaria en el ciudadano que acude a su institución*, cuando, ya, desde muy antiguo, existía esta interpretación del máximo intérprete de la legalidad vigente, el Tribunal Supremo, que el ejercicio profesional del Derecho conlleva su necesario conocimiento.

Pero es más, la legislación vigente, tanto el TRLGDCU, la LOE, el Texto refundido de la Ley del Suelo, TRLS, (vigente y omitido para el otorgamiento de la EP) y el CC, entre otras, prevén que la vivienda, y en su caso, la construcción en la que se halle enclavada, tiene que ser entregada con sus autorizaciones administrativas que la habiliten tanto para su construcción como para su uso o utilización.

No entraremos en las posibles cláusulas contrarias, por abusivas u oscuras para los Consumidores y Usuarios de Vivienda que puedan estar contenidas en esa EP (vg. como la de la situación urbanística de la EP, se consignó la situación urbanística que le interesó al promotor del edificio, solamente), ni que el contenido de la EP, apreciado en su conjunto, no protege a la parte más vulnerable del negocio jurídico de compraventa, al consumidor, sino todo lo contrario (beneficia al promotor de la edificación y a la entidad financiera hipotecante), por no ser nuestro cometido, pero sí que se ha consignado que se compraba una vivienda, integrada en un Edificio Dividido Horizontalmente, como **cuerpo cierto**, así como ***los metros cuadrados construidos*** de superficie que tenía la vivienda.

Así, el promotor del edificio lo constituyó en División Horizontal y lo inscribió en el Registro de la Propiedad, RP. A partir de ese momento, el RP publicitaba una **descripción estatutaria del edificio**, es decir, tanto las fincas independientes, como las zonas comunes del edificio, que constan en el RP, la estructura, configuración y distribución de todo el conjunto edificatorio, sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal, LPH, (Ley 49/1960, de 21 de julio) responden a la ***presunción de exactitud registral*** del art. 38 de la Ley Hipotecaria, LH, (Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria).

Lo anterior, lo ha reconocido la Doctrina Administrativa emanada de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como la Jurisprudencia del TS, en muchas de sus sentencias, lo que nos excusa de su cita, si bien, a título de ejemplo, dejamos referenciada la STS de la Sala de lo Civil de 27 de mayo de 1993.

En relación con lo anterior, debemos hacer referencia al *cuerpo cierto* del que habla en la EP, que se compra una finca como tal, cuando ya constaba su descripción exacta en el RP, y además, que la finca que se compraba tenía una extensión de tantos metros cuadrados.

La extensión del objeto que se decía que se adquiriría en la mencionada EP, debió de contener la mención expresa también a la **superficie útil** del objeto de la compraventa, por dos razones.

La primera, el tantas veces citado RD 515/1989, así lo señala, arts. 4.3, ya expuesto anteriormente, siempre en relación con el 10 del mismo Real Decreto.

La segunda, la LPH obliga a otorgar la escrituras de división horizontal según lo que dispone el art. 5 de la misma.

El citado precepto establece que la cuota de participación que corresponde a cada piso o local del edificio se fijará, tomando como base, la superficie útil, en relación con el total del inmueble, para después, enumerar otros parámetros para ello, pero ya estos últimos no son un dato estrictamente objetivo como es el de la superficie útil, sino que son de apreciación subjetiva, *la situación, el emplazamiento, el uso que se presume que se va a efectuar de los elementos o servicios comunes*, por lo que necesariamente debe contener en el contrato de compraventa de una finca integrada en un edificio dividido horizontalmente la superficie útil de la misma, dato omitido en la EP referenciada, si bien es un dato que sí consta reflejado en el proyecto de la obra y en el certificado de finalización del arquitecto de la obra, en sus planos, otorgado para declarar el fin de la obra y unirlo al *Acta de Terminación de Obra, protocolo de V.S. nº (...) de (...)/07/2008*.

Además, también podemos decir que en el Libro del Edificio consta la superficie útil de cada una de las fincas o locales que lo integran.

Por último, manifestar una extrañeza, por la contradicción e incoherencia entre los instrumentos públicos otorgados en esa Notaría, para terminar el proceso de declaración de la obra nueva en construcción.

En ese sentido, con fecha (...)/03/2008, nº (...) del protocolo de su compañero don Pedro Javier Viñuela Sandoval, se otorgó la escritura pública de Declaración de Obra Nueva en Construcción y División Horizontal, por el promotor del edificio, (de la que deriva la presente EP) (...), S. L., unipersonal, por medio de la cual se constituyeron dos fincas independientes en construcción, que se calificaron como viviendas ya en aquel documento público.

Sin embargo, el instrumento público por el que se declaraba la finalización de la obra, (en el Acta de Terminación de Obra, nº (...) de su protocolo), previamente declarada en construcción, (complementario del anterior título), manifiesta el promotor del edificio que le requiere a V.S. *para que recoja en acta sus siguientes manifestaciones y protocolice los siguientes documentos:*

(...).

d) **Manifiesta la parte requirente ser auto-promotor de una única vivienda unifamiliar para uso propio.**

Pues bien, este acta contiene una afirmación contradictoria y del todo

inveraz, pues complementa una declaración de obra nueva en construcción y división horizontal que dio lugar a un edificio formado *por dos fincas independientes*, además de sus zonas y elementos comunes, y, el citado acta no podía contener esa manifestación en contra del contenido del instrumento al que complementa, por lo que la misma no se ajusta a la legalidad vigente.

Por todo ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 37 de la Ley 7/2001, de 31 de julio, del Diputado del Común, HE RESUELTO:

- Informar y aclarar a V.S. las cuestiones que nos ha planteado en la presente queja.
- Informar al Ministerio Fiscal de la misma, al habersele trasladado parte de la queja.
- Dar traslado al promotor de la queja y proceder al archivo de la misma al llegar al límite de nuestras actuaciones.

Por último, pongo en su conocimiento, que esta Resolución será publicada en la página web de esta Institución www.diputadodelcomun.org., a los cinco días de registrarse con salida en esta Defensoría.

Le saluda atentamente,

Jerónimo Saavedra Acevedo
DIPUTADO DEL COMÚN