



UNIVERSIDAD DE MURCIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

La Protección del Consumidor en el Contrato de
Compraventa de Vivienda en Construcción

D. Venancio Parra Torres

2014



Universidad
de Murcia

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN

Tesis doctoral realizada por:

D. Venancio Parra Torres

Bajo la dirección de:

Dña. Encarna Serna Meroño

Profesora Titular del Dpto. de Dcho. Civil

2014

ÍNDICE

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	9
I. INTRODUCCIÓN	13
1. Justificación del tema	15
2. Metodología	21
II. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: FUENTES LEGALES	25
Capítulo 1. La protección de los consumidores y usuarios: Reconocimiento en los distintos ámbitos legislativos	27
1.1) Constitucional	27
1.2) Comunitario	30
1.3) Autonómico	31
1.4) Derecho extranjero	33
Capítulo 2. Protección legislativa del consumidor en relación con la adquisición de la vivienda.....	37
2.1) Perspectiva general	37
2.2) Legislación especial	40
A) Legislación para la defensa de los Consumidores y Usuarios	40
B) Ley reguladora de las Condiciones Generales de Contratación	42
C) Ley de Ordenación de la Edificación	44
D) Real Decreto 57/1968	45
E) Real Decreto 515/1989	46
F) Ley 2/2009 que regula la contratación de préstamos hipotecarios	47
2.3) Legislación autonómica:	48
A) Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana	48

B) Ley Orgánica de Ordenación y Fomento de Calidad de la Edificación.....	49
C) Ley Valenciana de la vivienda	50
D) Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia	50
E) Ley de Calidad de la Edificación de la Región de Murcia	51

III. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN

Capitulo 1. Concepto y naturaleza jurídica del contrato

1.1) Concepto y naturaleza jurídica del contrato	55
1.2) Distinción de otras figuras jurídicas utilizadas en el mercado inmobiliario:	59
A) El contrato de permuta	59
B) La autoconstrucción	61
C) La cesión de contrato	66
D) Otros contratos inmobiliarios previos a la compraventa	69

Capitulo 2. Elementos del contrato

2.1) Elementos personales	73
A) El comprador consumidor	73
a) Referencias al consumidor persona jurídica	82
b) Referencias al consumidor empresario o profesional	85
B) El vendedor empresario o profesional	86
C) Otros posibles sujetos que pueden intervenir en el contrato: el mediador inmobiliario	87

2.2)	Elementos objetivos	
	A) La vivienda en construcción	90
	a. Identificación de la vivienda	92
	b. Calidad de la vivienda	93
	c. Información sobre su uso y conservación	95
	d. Certificación de eficiencia energética	97
	B) El precio. Las cantidades entregadas a cuenta	99
2.3)	Elementos formales	
	A) La forma no esencial en la compraventa	102
	B) La escritura pública de compraventa	103
	C) La inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad	107
2.4)	Elementos accidentales	
	A) Arras	112
	B) Cláusula penal	115

Capítulo 3. El contenido del contrato de compraventa

3.1)	Obligaciones del vendedor profesional	118
	A) El deber de información exigido a promotores y constructores	119
	a) Identificación de los sujetos	128
	b) Documentación administrativa	129
	c) Datos relativos al inmueble y a la propia vivienda ..	130
	d) Datos sobre el precio	135
	e) Datos referentes a la documentación del contrato .	136
	f) La fecha de entrega	138
	g) La integración de la publicidad en el contrato	139

B) Construcción y entrega de la cosa vendida	144
C) El cumplimiento del contenido de las cláusulas del contrato	146
a) Las cláusulas del contrato como condiciones generales de contratación	146
b) Relaciones de consumo y condiciones generales de contratación	153
c) Diversidad de contenido en las cláusulas	158
- Limitaciones impuestas por el RD 515/89	158
- Consideraciones referentes a la documentación del contrato	163
d) Las cláusulas consideradas abusivas por el TRLGDCU	165
- Aquellas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario	168
- Las que limiten los derechos del consumidor o usuario	176
- Las que determinan la falta de reciprocidad en el contrato	181
- Las que impongan garantías desproporcionadas al consumidor o usuario o impongan indebidamente la carga de la prueba	186
- Las cláusulas previstas por el art. 89 TRLGDCU	187
- Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable	193
3.2) Obligación del comprador consumidor	195
A) Pago del precio	195
B) Posibilidad de suspensión del pago del precio	197

Capítulo 4. Supuestos de ineficacia

4.1)	Teoría general	199
	A) Nulidad parcial	202
	B) Resolución	204
4.2)	Casuística sobre resolución	207
	A) Falta de afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta	207
	B) Defectos en la vivienda	211
	C) Falta de terminación en plazo	219
	D) Falta de la licencia de primera ocupación	226
	E) Diferencias entre lo vendido y la obra ejecutada	231
	F) Falta de pago en las condiciones pactadas y resolución automática	233
	G) Consecuencias de la declaración de concurso del promotor	235

Capítulo 5. Acciones disponibles para la protección de los consumidores y usuarios

5.1)	La protección del consumidor en el ámbito criminal	238
5.2)	La protección del consumidor en ámbito civil	246
	A) Relaciones entre el CC y la LOE	246
	a) Relaciones entre las normas que integran el sistema de responsabilidad contractual	250
	b) Relaciones entre las normas que integran el sistema de responsabilidad extracontractual	253
	B) Relaciones entre la LOE y la legislación sobre consumidores	256

Capítulo 6. Sistemas alternativos a la vía jurisdiccional para solucionar los conflictos de los consumidores

6.1)	Mediación en consumo	259
6.2)	Arbitraje de consumo	263
6.3)	Relaciones entre ambos	272
IV.	CONCLUSIONES	277
V.	BIBLIOGRAFÍA	289
VI.	RESOLUCIONES CONSULTADAS	311

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial.
AC: Aranzadi Civil.
Act. Civ.: Actualidad Civil.
AJA: Actualidad Jurídica Aranzadi.
ATS: Auto del Tribunal Supremo.
BDB: Base de datos Bosch.
BORM: Boletín Oficial de la Región de Murcia.
BOE: Boletín Oficial del Estado.
CC: Código Civil.
CCJC: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CE: Constitución Española.
CENDOJ: Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.
DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.
LA: Ley de Arbitraje.
LC: Ley Concursal.
LCERM: Ley de Calidad de la Edificación de la Región de Murcia.
LCGC: Ley de Condiciones Generales de Contratación.
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
LOFCA: Ley de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación de la Comunidad Autónoma de Valencia
LGP: Ley General de Publicidad.
LGDCU: Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
LH: Ley Hipotecaria.
LOE: Ley de Ordenación de la Edificación.
RD: Real Decreto.
RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RDP: Revista de Derecho Privado.
RDSAC: Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.
ROJ: Número de identificación del Repertorio Oficial de Jurisprudencia (según la base del CENDOJ).
SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
RJ: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
TRLGDCU: Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

INTRODUCCION

I.- INTRODUCCIÓN

1.- JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.

Nuestra Constitución, al sostener con gran solemnidad en su art. 47 que *todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*, obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y al desarrollo legislativo pertinente para hacer efectivo este derecho.

El “disfrute” de la vivienda se logra, generalmente, a través de dos vías: la compraventa y el alquiler. Hasta recientes fechas ha tenido mayor implante social el acceso a la vivienda a través de la compraventa¹, tanto por una tradición histórica (que ha marcado una fuerte tendencia hacia la propiedad), como por una significativa flexibilidad y amplitud en la oferta del mercado hipotecario; además, la legislación fiscal tradicionalmente ha fomentado la compra de vivienda, al permitir importantes desgravaciones fiscales, actualmente desaparecidas.

A estos motivos se une la circunstancia de que los poderes públicos tradicionalmente han impulsado la compraventa de viviendas, dado que ello suponía una fuente de financiación de gran peso para los ayuntamientos y, en menor medida, para las comunidades autónomas.

La compraventa de viviendas presenta una gran trascendencia en la vida del ciudadano medio, visto el elevado coste de la vivienda, ya que generalmente es la mayor inversión que asume a lo largo de su vida, financiándolo con préstamos hipotecarios que en la actualidad superan hasta la vida laboral del prestatario. Esta circunstancia tiene tanto peso que, incluso, es tenida en cuenta cuando se analiza la movilidad laboral, quedando restringida por este motivo.

Al mismo tiempo, la adquisición de una vivienda se le presenta al ciudadano como una necesidad, como medio para el pleno desarrollo de una vida, bien sea en familia o en solitario.

Por otra parte, está la regulación del alquiler, que no termina de convencer ni a propietarios ni a inquilinos y que ha sido reformada con escaso alcance y muy dudosa efectividad.

No obstante y puesto que un sector importante de compradores de vivienda son jóvenes, destacamos la circunstancia de las ayudas gubernamentales a

¹ La exposición de motivos de la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de Medias de Fomento y Agilización Procesal del Alquiler y de la Eficiencia Energética de los edificios, reconoce que el alquiler en España representa sólo el 11 % del mercado de la vivienda, mientras que en Europa se encuentra situado en torno al 40 por ciento. Por otro lado concluye que <<el alquiler no ha sido la opción mayoritariamente escogida por los ciudadanos en los últimos años para acceder a la vivienda (...)>>, aunque reconoce un cambio de tendencia y, con la idea de potenciar el alquiler como medida de estímulo para los sectores económicamente más desfavorecidos, desatiende otras cuestiones que han propiciado este cambio de rumbo, como la dificultad en acceder a los créditos hipotecarios, etc.

determinados arrendatarios, que reducen sensiblemente el importe a satisfacer por parte del inquilino, haciendo más atractiva la opción del alquiler.

Y en estas circunstancias, en que existen multitud de viviendas construidas pero sin perspectivas de encontrar un comprador, de inestabilidad laboral y con ciertas ventajas para el arrendamiento, se incrementa la tendencia del acceso a la propiedad a través del arrendamiento con opción de compra².

Así, la situación actual es incierta, dadas las restricciones del mercado hipotecario, que ha limitado muy significativamente el número de hipotecas concedidas, endureciendo las condiciones de concesión y encareciendo el tipo de interés de los préstamos con los que acceder a la compra de la vivienda, por elevación del diferencial.

Hasta recientes fechas, el mercado inmobiliario ha experimentado una gran expansión, de la misma manera que el acceso del ciudadano a la vivienda en propiedad, ello pese al fuerte incremento experimentado con el paso de los años en el precio de ésta. Así, entre 1990 y 2005 la superficie edificada aumentó un 40%, a un ritmo de 800.000 viviendas anuales (tantas como Francia, Alemania y Reino Unido juntos) y los precios de los pisos aumentaron un 150%³.

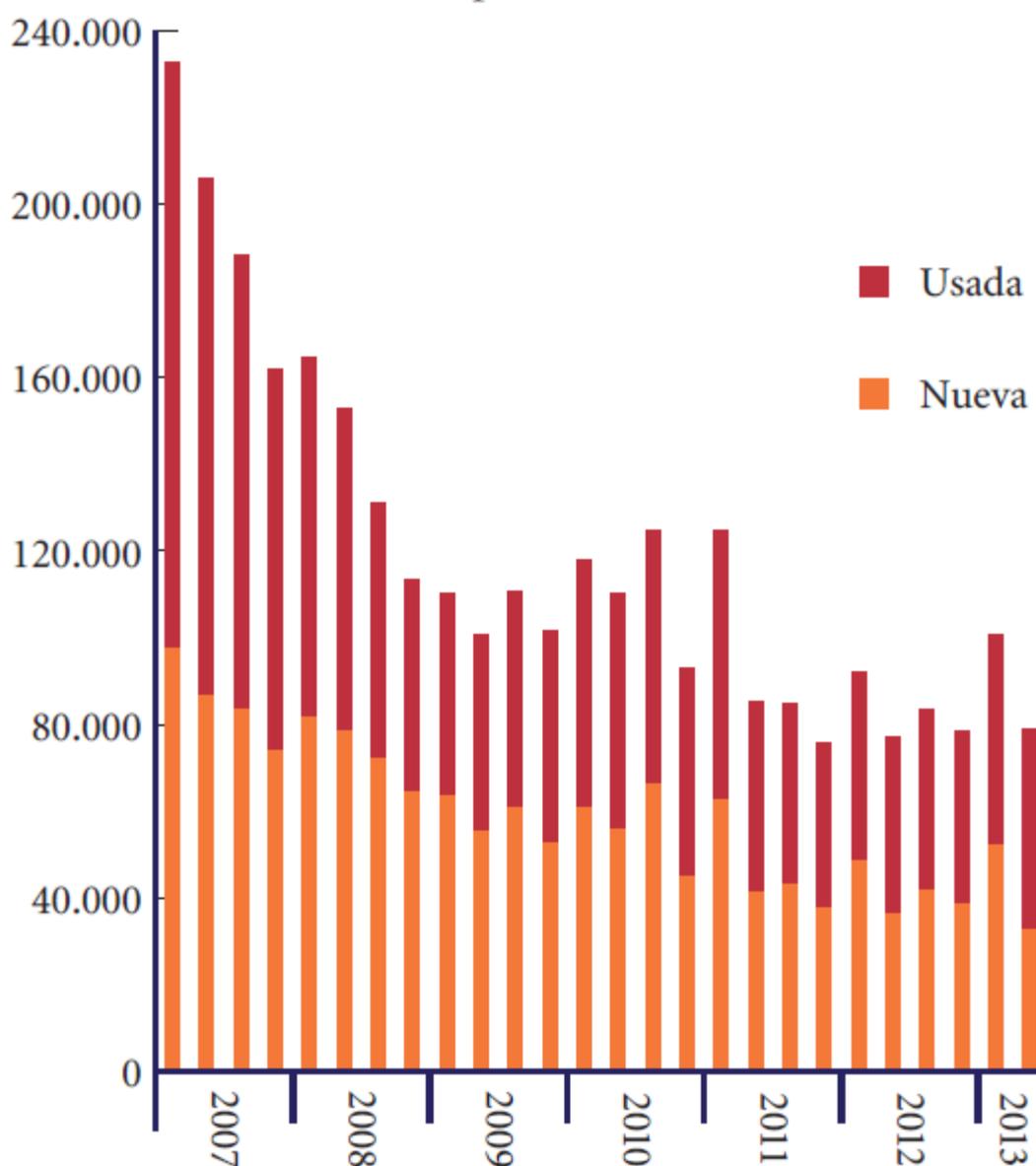
En la actualidad, el mercado inmobiliario atraviesa una severa crisis y ya nadie discute que existe un exceso en la oferta de vivienda, construida en tiempos de bonanza económica y con la expectativa de rápidos y cuantiosos beneficios.

Esta circunstancia ha provocado que los compradores de vivienda puedan encontrar viviendas a precios más económicos y puedan, incluso, negociar con los promotores las condiciones de compra, básicamente reducidas al precio y calendario de pagos, puesto que se trata de viviendas ya construidas. Este panorama, en el futuro inmediato, resulta incierto, dado que el exceso de viviendas construidas, al no encontrar salida en el mercado inmobiliario, ha ido a parar a manos de las diversas entidades bancarias, las cuales se perfilan como los futuros (al menos, a corto plazo) proveedores de vivienda, pues tienen numerosas promociones en su haber y controlan las condiciones de concesión de los préstamos hipotecarios a través de los cuales los potenciales adquirentes pueden acceder a la propiedad de las mismas, otorgando, por lo general, condiciones más beneficiosas para la financiación de las viviendas propias.

² El informe sobre el stock de vivienda nueva 2011 publicado por el Ministerio de Fomento (<http://www.fomento.es>) cifra el stock de viviendas nuevas sin vender, a 31 de diciembre de 2011, en 676.038 viviendas y puntualiza que <<El mercado de vivienda creció hasta mediados de 2007, momento en el que la caída en la demanda de vivienda nueva aumentó las diferencias entre las viviendas terminadas y las viviendas vendidas de nueva construcción generando en 2008 un stock aproximado de viviendas terminadas no vendidas de 200.000 viviendas>>.

³ MÉNDEZ R., <<Cómo hemos llegado a esto>>, *El País*, 29-10-2006, pág.2. Por su parte, el Ministerio de Fomento (<http://www.fomento.es>) nos ofrece los datos estadísticos del número de licencias municipales de construcción (obra mayor), pudiendo comprobar que en el año 2007 se solicitaron 145.555 licencias (de las que 165.833 eran para vivienda familiar) y, a partir de ese año, la cifra descendió a 107.583 (79.752 para vivienda) en el año 2008, 81.251 583 (39.349 para vivienda) en el año 2009, 75.488 583 (34.317 para vivienda) en el año 2010 y 70.736 583 (30.052 para vivienda) en el año 2011.

Número de Compraventas por Trimestre



En este sentido⁴, como decíamos, el mercado hipotecario también atraviesa un mal momento, pues las entidades crediticias tienen que asumir las consecuencias de una alocada política de concesión de créditos desarrollada en los momentos de clara expansión del mercado inmobiliario y esto se traduce en una reducción de las operaciones concedidas, así como en un endurecimiento de sus condiciones.

Junto a estos dos factores, se sitúa un tercero, que complica un poco más el panorama: la crisis económica que azota a nuestro país, que tiene múltiples efectos

⁴ Cfr. *Estadística Registral Inmobiliaria*, 2013-primer trimestre, disponible en www.registradores.org/estadisticas_registrales.jsp

pero de los que ahora destacamos la inseguridad laboral de los compradores de viviendas, lo que dificulta todavía más el acceso a una vivienda en propiedad⁵.

De cualquier modo, y al margen de los avatares del mercado inmobiliario, hipotecario y laboral (tan unidos), la construcción de viviendas es un sector que cubre una necesidad de los ciudadanos y, por su trascendencia (en relación con el porcentaje del Producto Interior Bruto de las naciones, en general, y de la nuestra en particular) y complejidad (por ser el fruto de un proceso en que intervienen múltiples profesionales), se convierte en objeto de estudio.

Y la realidad nos demuestra que, pese al enorme esfuerzo que supone la adquisición de la vivienda, ésta no se suele entregar correctamente, siendo relativamente frecuente la presencia de imperfecciones y, ya casi habitual, la discrepancia entre lo ofertado y lo entregado. Si unimos estas circunstancias a la inexistencia de una posición de igualdad a la hora de contratar la compra de una vivienda en construcción, es cuando observamos que surge en el Legislador la necesidad de regular este mercado, principalmente con la misión de proteger a la parte más débil de la relación contractual: al comprador; cobrando especial sentido cuando atendemos a la cualidad de consumidor o usuario del mismo.

La tendencia a una paulatina ampliación de la regulación de las diversas relaciones que convergen en el proceso edificatorio tiende a lograr una mayor protección del consumidor o usuario, circunstancia que se ha visto reforzada tanto por las normas comunitarias, inicialmente más sensibles, y que ha encontrado su acomodo en nuestra legislación interna.

En este sentido, la adquisición de viviendas se realiza tanto por parte de ciudadanos nacionales como de personas venidas de fuera de nuestras fronteras, algunas provenientes de países con una tradición legislativa muy alejada de la nuestra, cuya única referencia viene dada por la normativa comunitaria, de aplicación en sus países de residencia, que confían en una aplicación recíproca, y que se encuentran sorprendidas, tanto por la falta de aplicación efectiva como por la superposición de normas, de distintos órdenes territoriales, sin un orden jerárquico claramente establecido.

Así, dada la gran influencia que el derecho comunitario ejerce en materia de protección de los consumidores y usuarios, para los ciudadanos de los países de nuestro entorno supone una referencia, cuando no una expectativa, en el trato a recibir por parte del legislador⁶.

⁵ Según los datos ofrecidos por los Registradores en el Boletín Estadístico Registral, el número de compraventas de vivienda se redujo en un 28,80 % en el año 2008 respecto al 2007 que, a su vez, sufrió un descenso de 13,93 respecto al año anterior. Y, pese a la existencia de un leve incremento en el año 2010 respecto del anterior, ello se debió a una situación coyuntural, al final de las ayudas gubernamentales para la adquisición de vivienda.

⁶ Cfr. el cuadro ofrecido por *Estadística Registral Inmobiliaria*, 2013-primer trimestre, disponible en www.registradores.org/estadisticas_registrales.jsp

Compraventas de vivienda registradas según nacionalidad del comprador. 1^{er} Trimestres 2013		
Nacionalidades	% sobre el total	% sobre extranjeros
Reino Unido	1,63%	14,53%
Francia	1,07%	9,56%
Rusia	0,95%	8,50%
Belgica	0,82%	7,34%
Alemania	0,77%	6,84%
Suecia	0,69%	6,13%
Noruega	0,57%	5,05%
Italia	0,44%	3,96%
Argelia	0,44%	3,94%
China	0,33%	2,97%
Países Bajos	0,31%	2,73%
Marruecos	0,28%	2,52%
Rumania	0,27%	2,39%
Finlandia	0,19%	1,66%
Ucrania	0,15%	1,32%
Dinamarca	0,14%	1,21%
Suiza	0,12%	1,08%
Polonia	0,12%	1,07%
Irlanda	0,09%	0,78%
Resto	1,84%	16,42%
Extranjeros	11,22%	100,00%
ESPAÑA	88,78%	
TOTAL	100,00%	

En otro orden⁷, si atendemos a la naturaleza de la propia vivienda podemos apreciar como el legislador la ha considerado como *producto de uso común, ordinario y generalizado* y, por ello, le concede una *protección prioritaria*⁸.

Nuestro trabajo se centra en el análisis de la normativa de ámbito nacional y de la autonómica, limitada a las Comunidades Autónomas de Valencia y Murcia.

Los Tribunales han resuelto los asuntos que se les han presentado y, a falta de estadísticas oficiales, parece evidente que el número de asuntos que han tratado esta cuestión ha aumentado con el paso del tiempo (dada la fuerte expansión del sector en

⁷ Cfr. Anexo II del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera.

⁸ Cfr. Art. 9 RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba TRLGDCU y normas concordantes.

los años pasados) y es previsible un incremento en el futuro, tanto por el número de construcciones terminadas en los años de bonanza (pese a la tendencia actual a la crisis del sector y el detrimento en las obras iniciadas), como por la toma de conciencia (favorecida por las distintas asociaciones en defensa de los consumidores existentes) por parte de los compradores de sus derechos como consumidores y usuarios.

A este respecto, pese a la falta de estadísticas oficiales claras en el ámbito jurisdiccional, encontramos datos en el ámbito de las consultas y reclamaciones presentadas en las organizaciones de consumidores de ámbito nacional, las cuales nos indican que el número de consultas y reclamaciones crece cada año⁹, llegando a la cifra de de 1.383.276 reclamaciones atendidas por las asociaciones de consumidores de ámbito nacional durante el año 2009.

Finalmente, el número de consultas y reclamaciones presentadas y referentes exclusivamente al sector vivienda, respecto del total, ha descendido en los últimos años¹⁰.

⁹ Según el Balance de consultas y reclamaciones presentadas en las organizaciones de consumidores de ámbito nacional: año 2009, publicado por el Instituto Nacional de Consumo en <http://www.consumo-inc.gob.es/informes/docs/recla09.pdf>, a 12/04/2012.

¹⁰ A modo de orientación podemos destacar que en 2009 (Cfr. Balance de consultas y reclamaciones) se atendieron 84.046 reclamaciones sobre vivienda en propiedad (un 8,9% del total de reclamaciones), en 2008 la cantidad de 94.883 (un 9,8% sobre el total), en 2007 la cantidad de 135.729 (un 14,4%), en 2006 la cantidad de 139.006 (un 16,2%) y en 2005 la cantidad de 153.202 (un 17,1%), la máxima cifra de la historia, pese a que porcentualmente (sobre el total de reclamaciones) el año de mayor incidencia del sector de la vivienda fue 1990, con un 26,7% de reclamaciones.

2.- METODOLOGÍA.

La elección del método a emplear, es decir, de los procedimientos intelectuales, de los criterios aplicables a la investigación e interpretación del Derecho está íntimamente relacionada con la concepción que de éste se tenga en cada momento histórico y puede condicionar el resultado.

A este respecto, históricamente se han diferenciado tres concepciones metodológicas: una, llamada filosófica, que concede prioridad al Derecho Natural; otra concepción positivista o normativista, que prescinde de la Justicia e identifica al Derecho con el conjunto normativo establecido por el Estado a través de sus fuentes formales, y, por último, una concepción histórica-sociológica-realista, que no se detiene en el positivismo, sino que prima el estudio de la realidad social.

De esta manera, tal y como señala nuestra doctrina¹¹, el Derecho no tiene su única fuente en la Ley, ni esta puede moldear a su antojo la vida social, ni, en último término, puede ser interpretada y aplicada haciendo abstracción de las necesidades y exigencias para las que ha sido dictada. No puede desconocerse la tensión entre la norma y lo que ofrece la experiencia, ni la actitud crítica que debe adoptarse, pues con ello, se ha dicho, el jurista contribuye a la tarea de la reforma legislativa¹².

Y el método de análisis no puede ser otro que la búsqueda de la respuesta ofrecida por nuestro legislador, en los distintos textos normativos que, desde una perspectiva u otra, regulan los distintos aspectos de este complejo contrato, especialmente si lo analizamos desde la perspectiva que nos ofrece el considerarlo como un acto de consumo.

De igual manera, para poder conocer el sentido de la norma, a fin de realizar una correcta y adecuada interpretación de la misma, analizamos su evolución, comparando el texto vigente con sus antecedentes más cercanos, como método que nos permita una correcta interpretación, merced a lo dispuesto por el art. 3 CC.

Asimismo analizamos la legislación de las comunidades autónomas, centrandolo en las comunidades de Alicante y Murcia que, siendo muy próximas, han destacado tradicionalmente por su vinculación con el sector constructivo, tanto residencial como vacacional.

También utilizaremos el método del Derecho comparado, atendiendo a la legislación existente a nivel internacional, de otros países de nuestro entorno, como método que nos permite analizar la solución dada por nuestro ordenamiento, por comparación con la ofrecida por otros ordenamientos jurídicos. A este respecto, más que análisis generalistas, trataremos de ofrecer la solución concreta que el legislador de otros países ofrece al problema que se nos pueda plantear.

¹¹ CASTÁN TOBEÑAS J., *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)*, Madrid, Reus, 1947, pág. 55 y ss.

¹² PERLINGIERI P., *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, pág. 121.

Por otra parte, la Jurisprudencia es un elemento indispensable para analizar la solución ofrecida por los distintos Juzgados y Tribunales a los problemas prácticos que presenta el objeto de estudio. Y esta será ampliamente analizada en nuestro trabajo, teniendo en cuenta no sólo los considerandos, en la medida en que sirven para apoyar una teoría, sino los hechos que motivaron la aplicación de la norma, y la labor interpretativa llevada a cabo por los Tribunales, especialmente por las Audiencias Provinciales, que han sido las que generalmente han resuelto la mayoría de las cuestiones que analizaremos, poniendo de manifiesto las distintas tendencias jurisprudenciales existentes, que avanzan con el paso del tiempo, llegando a estar puntualmente enfrentadas, alcanzando posturas antagónicas, lo que hace más interesante, si cabe, el estudio de esta materia.

Así, prestamos atención a las resoluciones judiciales (tanto de nuestro Tribunal Supremo como de nuestras Audiencias Provinciales) que, desde diversos ámbitos, se han dictado y han ido perfilando diversas facetas de esta figura poliédrica e irregular.

Por último, todo trabajo de investigación exige una amplia documentación. Es necesario tener en cuenta los trabajos existentes, tanto para evitar esfuerzos innecesarios como para confrontar las ideas ajenas con la solidez de las propias.

Y, en este sentido, si es que fuera posible concebir una separación entre teoría y práctica, nos centraremos en los diversos autores que, desde distintas posiciones, han analizado, a veces de manera transversal, las diferentes cuestiones que nos surjan durante el análisis. Autores, tanto de origen nacional como de fuera de nuestras fronteras, que aportan al trabajo un elemento enriquecedor del análisis que se pretende.

Y, en función de lo expuesto, el análisis del presente trabajo se realiza desde una perspectiva eminentemente práctica. Para ello partimos de la configuración legislativa y jurisprudencial de la figura del consumidor y usuario y, dentro del ámbito del Derecho de consumo, nos centraremos en la especial atención prestada por el legislador al contrato de adquisición de vivienda.

Una vez definido el ámbito de actuación, tratamos de analizar las distintas cuestiones que pueden surgir a lo largo del desarrollo del contrato de adquisición de vivienda sobre plano, en sus distintas facetas.

Comenzamos nuestro estudio analizando la naturaleza jurídica del contrato para así poder ofrecer una delimitación del mismo, tanto en sí mismo, como por comparación con otras figuras afines.

También se analiza el derecho a la información y el tratamiento dado a la publicidad inmobiliaria, en atención a las garantías establecidas por el legislador, con carácter preventivo, dado que esta actividad puede promover la elección del consumidor a favor de una opción en detrimento de otras, llegando incluso a condicionar la contratación.

Posteriormente nos centraremos en el estudio de los principales elementos del citado contrato, tanto personales como reales, formales y accidentales.

De igual manera, trataremos de establecer las relaciones de este tipo de contrato con las condiciones generales de contratación, sin olvidar las consecuencias del incumplimiento, que es donde este trabajo adquiere una dimensión más dinámica.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: FUENTES LEGALES

II. LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR: FUENTES LEGALES.

1. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: RECONOCIMIENTO EN LOS DINTINTOS ÁMBITOS LEGISLATIVOS.

1) Constitucional

El art. 51 de nuestra Constitución establece la obligación de todos los poderes públicos (incluido el judicial) de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios¹³, debiendo proteger mediante *procedimientos eficaces* su seguridad, su salud y sus legítimos intereses¹⁴.

Este reconocimiento legislativo al más alto rango, que vino influenciado por la Constitución portuguesa de 1976, fue instaurado con cierta sorpresa, dado que las relaciones de consumo se encontraban en un estadio muy incipiente, no existiendo apenas estudios doctrinales y careciendo de una tradición legislativa en la protección de los ciudadanos, quienes tenían muy limitados los derechos de audiencia y participación¹⁵.

Y este es el motivo por el que el legislador utiliza la tímida fórmula del futuro imperfecto (al decir sólo que los poderes públicos *garantizarán, promoverán y fomentarán*) y no la del presente o la del imperativo.

El precepto se encuadra dentro del Capítulo III, que regula los principios rectores de la política social y económica y, por este motivo, algunos autores lo han configurado como un principio general del derecho¹⁶. A esta visión se ha unido la circunstancia de que la originaria Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su art. 1, expresamente así lo declaraba¹⁷. Igualmente, el mismo

¹³ El citado precepto establece que: *1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la Ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.*

¹⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., *Estudios sobre la Constitución española*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 1.903; pone de manifiesto que el art. 51 CE tiene cabida en lo que la doctrina italiana ha denominado "normas de acción", de manera que conminan a los poderes públicos a realizar una serie de conductas que podríamos calificar de "amparadoras" o "garantizadoras" de un determinado <<status>> que, para los ciudadanos, conforma el Estado social y democrático de Derecho.

¹⁵ LARROSA AMANTE, M.A.: *Derecho de Consumo. Protección legal de consumidor*. Madrid, El Derecho, 2001, pág. 15, pone de manifiesto que hasta la promulgación de la CE no existía en nuestro ordenamiento disposición legal alguna que otorgase una protección a favor de los consumidores, como categoría específica de los ciudadanos.

¹⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., Op. cit. <<Consideramos como correcto el enfoque del problema como un principio general del derecho>>. LASARTE se sitúa en la misma posición (cfr. nota 17).

¹⁷ LASARTE ÁLVAREZ C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson, 2007, pág. 32, destaca la circunstancia de que el art. 1.1 del TRLGDCU (en su opinión) "ha oscurecido la paladina redacción del precepto originario de la LCU, otorgando el carácter de

artículo del texto vigente también establece que el desarrollo del art. 51 CE¹⁸, de conformidad con lo dispuesto por el art. 53 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico¹⁹. Y esta circunstancia hizo que la original LGDCU fuese objeto de análisis por nuestro Tribunal Constitucional, dado que se discutía si podía alterar el sistema de fuentes y afectar a la capacidad legislativa de las Comunidades Autónomas, siendo rechazada la impugnación²⁰.

Dicha calificación trae aparejadas importantes consecuencias²¹, pues el art. 53 CE, aunque dice que informará (junto al resto de principios reconocidos en el Capítulo tercero) la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, finalmente limita su alegación ante los Tribunales, de conformidad con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, como ha evidenciado GARRIDO FALLA²².

principio informador al artículo 51 CE en vez de a la defensa y protección de consumidores y usuarios".

¹⁸ REYES LÓPEZ M.J., *Manual de derecho privado de consumo*, Madrid, La Ley, 2009, pág. 33; ya pone de manifiesto que, desde el reconocimiento expreso de protección realizado por el art. 51 CE, en caso de duda se aplicará siempre el principio *pro consumatore*. Igualmente entiende que, al no estar incluido el mandato en el Código Civil, que en principio es el que tendría que regular las relaciones entre los particulares (pese a serle de aplicación varios artículos, que discurren en la misma dirección, como el art. 1289, 1256 o 1258), sino en la propia Constitución, el legislador ha querido dotarle de una mayor protección, dotándole (a su vez) de un carácter imperativo.

¹⁹ BERCOVITZ A., *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Civitas, 1992, pág. 20; afirma (por referencia a la citada Ley) que <<El apoyo directo de la Ley en el artículo 51 de la Constitución, para cuyo desarrollo se promulga, no ofrece absolutamente ninguna duda. Es más, se pone explícitamente de manifiesto el doble significado del precepto constitucional, como mandato para el legislador, por una parte, y, en otro aspecto, como principio general informador del ordenamiento jurídico, en aplicación de lo dispuesto en el art. 53.3 del mismo texto constitucional>>.

²⁰ STC 15/1989, de 26 de enero (BOE N°43, de 20 de enero de 1989). Por su parte, SANCHEZ GONZALEZ, M.P.: <<Disposición final primera. Título competencial>>, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, AAVV, Coord. R.B.R.-C., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*. Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 1443 y siguiente, pone de manifiesto la constante invocación de los art. 149.1.6ª y 8ª CE para justificar la reserva legislativa estatal en materia de Derecho contractual, basándola en <<las grandes dificultades que encierra la exacta determinación de qué debe entenderse por base contractual; de otro, la posibilidad de que la inclusión en el artículo 149.1CE de la legislación mercantil, así como la determinación de las bases de las obligaciones contractuales, responda a una misma finalidad, tenga un mismo fundamento. En este sentido, se ha afirmado la necesidad de una regulación uniforme para aquellas cuestiones que puedan considerarse como temas clave del derecho de la contratación>> .

²¹ PIÑOLETA ALONSO, L.M. <<Veinticinco años de Constitución económica y Derecho Mercantil>>, AAVV, *Homenaje a la Constitución española (XXV Aniversario)*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2005, pág. 54, afirma que el mandato constitucional de defender a los consumidores obliga a los diferentes poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias. Entiende el citado autor que, en el plano normativo, se ha cumplido mediante la adopción de dos tipos distintos de reglas de Derecho: mediante la aprobación de disposiciones, generalmente imperativas, tendentes a regular el contenido de las relaciones de consumo, cuyo incumplimiento afecta a la eficacia de los contratos, y dictando "normas de policía y ordenación de mercados", cuya misión es la sanción administrativa de las conductas tipificadas, por afectar negativamente a los consumidores y usuarios. Y esta distinción tiene importantes repercusiones prácticas, dado que en muchas ocasiones, ante los incumplimientos de las obligaciones por parte de los promotores, éstos tratan de relegar este incumplimiento al mero ilícito administrativo, mientras que los compradores (especialmente en tiempos de crisis del mercado hipotecario) tratan de vincular estos incumplimientos a la eficacia del contrato.

²² En este sentido, GARRIDO FALLA F., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, pág. 590; niega la condición de verdaderos derechos a los reconocidos por el art. 53, sino que los califica de meras normas de acción y control ante la pasividad de los poderes públicos, dado que no tienen su origen inmediato en la Constitución, sino que requieren que una Ley posterior los

Todavía conviene recordar que el valor de los principios generales del Derecho, según el art. 1 del CC, quedan relegados en su aplicación, en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

No obstante, entendemos que esta discusión carece de mayor relevancia, dado el desarrollo normativo alcanzado a lo largo de las últimas décadas (tanto por el legislador comunitario como por el nacional y el autonómico). Si acaso tan sólo habría que dejar constancia de que el desarrollo normativo se ha desenvuelto respetando los otros principios consagrados por nuestra Constitución y que caracterizan el modelo económico impuesto por esta²³; entre el principio de autonomía de la voluntad y el de protección de una de las partes contratantes (a la que se considera más débil), y todo ello con respeto al sistema económico de libertad de mercado e igualdad de derechos de todos los españoles²⁴, reconocidos por los artículos 38, 128 y 139 de la misma Constitución²⁵.

Por su parte, nuestra Constitución, en su art. 47, dispone que todos los españoles tenemos derecho a una vivienda digna y adecuada²⁶. Y este precepto ha sido analizado por nuestro Tribunal Constitucional que, en la sentencia 152/1988, de 20 de julio, indicó que «la política de vivienda, junto a su dimensión estrictamente económica, debe tener señalado acento social, en atención al principio rector que establece el artículo 47 de la Norma Fundamental, siendo así que uno y otro aspecto - el económico y el social- se revelan difícilmente separables». Y agrega que, en este sentido, el artículo 47 constituye «un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53 de la CE), en el ejercicio de los derechos constitucionales».

desarrolle y dote de contenido (hasta entonces son pura retórica constitucional). Por su parte, BERCOVITZ, A. «La protección de los consumidores en el Derecho español», en *Estudios sobre consumo*, núm. 1, abril de 1984, pág. 55 a 78; pone de manifiesto que el art. 51 CE no impone la necesidad de promulgar una Ley, sino que exige que se protejan en las leyes los derechos de los consumidores proclamados en ese artículo, que es algo completamente diferente. Por su parte, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Estudios sobre la Constitución* (Op. cit.) defiende su consideración de principio general del Derecho, entendido como norma directamente aplicable, basándose en una interpretación integrada y común para todos los españoles (art. 139 CE).

²³ Dada la existencia de varias sentencias de nuestro Tribunal Constitucional que han analizado esta cuestión, especialmente en lo referente a la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas, como luego veremos.

²⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C., Op. cit., pág. 34., se sitúa en la misma posición que otros autores que él mismo cita, como GARCÍA CANTERO, G.; GARCÍA CRUCES, J.A. y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. Afirma LASARTE que «el sistema económico diseñado por la Constitución, sin duda alguna asentado en la iniciativa económica privada, no empelece ni dificulta la consideración que merezca la protección de los consumidores y usuarios, que para nuestro sistema es también un principio general del Derecho, en terminología tradicional, o un principio general informador del ordenamiento jurídico, en expresión textual de la LCU».

²⁵ BERCOVITZ A., Op. cit., pág. 24, reconoce que «no será posible que se mantenga la unidad de mercado, si se reconocen derechos sustancialmente distintos a los consumidores según la Comunidad Autónoma en la que realicen sus operaciones».

²⁶ «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.»

Y tenemos que conectar lo anteriormente expuesto con lo dispuesto por el art. 10.2, que establece la obligación de interpretar los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.

A este respecto, el apartado 1 del art. 25 de la Declaración Universal de Naciones Unidas reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial (entre otros), la vivienda. Por su parte, el Art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, incluyendo el derecho a una vivienda adecuada. Y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 reconoce (en su Art. 8) el derecho de toda persona al respeto de su domicilio. Y, en desarrollo de éste, la Carta Social Europea de 1961 (art.16) establece el compromiso de los Estados suscribientes a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas.

Definir en qué consiste el derecho a una vivienda adecuada, qué otros derechos se vinculan a su satisfacción y qué obligaciones impone dicho contenido a los estados constituye un paso fundamental para la mejor garantía y satisfacción efectiva de los recursos habitacionales²⁷.

En este sentido, nuestro Tribunal Supremo ya ha manifestado que el concepto de vivienda digna y adecuada debe ponerse en relación con la situación general de un país y con los medios económicos y financieros disponibles²⁸.

2) Comunitario

En el desarrollo legislativo por parte de la Comunidad Europea se diferencian dos fases que marcan una tendencia: se parte de un derecho originario, los tratados constitutivos, que tratan de proteger los aspectos de alcance más económico (producción y distribución de bienes) para, en los años setenta, mediante diversas directivas (derecho derivado), centrarse más en el objetivo de alcanzar una calidad de vida²⁹.

Dentro del primer grupo, definido como de Derecho originario, destacan:

- El tratado de Roma de 1957, que recoge diversas referencias a los consumidores (art. 39, 40, 85 y 86).

²⁷ PISARELLO G., *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción*, Barcelona, Icaria, 2003, pág. 81.

²⁸ En sentencia de 17 de julio de 1990 (RJ. 6566).

²⁹ LASARTE ÁLVAREZ, Op. cit., pág. 16.

- El acta única Europea de 1986, que (en su art. 100), por vez primera, reconoce expresamente la protección de los consumidores, concediéndole un nivel de protección elevado, concepto jurídico indeterminado pero que deja constancia de la importancia concedida por el legislador, que ya hacía presagiar el importante desarrollo posterior.
- El Tratado de Maastrich de 1992, que instaura el tratado de la Comunidad Europea, comienza (en su art. 3) por establecer una implicación de la Comunidad para contribuir al fortalecimiento de la protección de los consumidores y luego, en su título XI de protección de estos (art. 129) establece las medidas a adoptar por la Comisión para alcanzar el elevado nivel de protección anteriormente referido.
- El Tratado de Amsterdam de 1997, que reforma el Tratado de la Comunidad, concedió nueva redacción (y orden numeral: antes el 129, ahora el 153) al precepto anteriormente referido, reconociendo la obligatoria contribución de la Comunidad a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores y reconoce como derechos de éstos la información, educación y organización para la salvaguarda de sus intereses.
- El Tratado de Roma de 2004 que, en el proyecto de Constitución Europea (art. II-98), obliga a las políticas de la Unión a garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores.

En el segundo grupo, el del derecho derivado, partiendo de la denominada cumbre de París de 1972, tenemos que atender a los dos programas preliminares de 1975 y 1981 para, finalmente, centrarnos en los denominados “*planes trienales sobre política de los consumidores*”, que han supuesto un desarrollo normativo específico (mediante directivas y recomendaciones) para la regulación de parcelas concretas de las relaciones de consumo. Después, pese a la aplicabilidad directa de las directivas, cada Estado ha debido establecer los medios para la plena aplicación de las mismas³⁰.

3) Autonómico

Por lo que respecta al ámbito autonómico, pese a no ser citada en la distribución de competencias que realiza nuestra Constitución, en sus artículos 148 y 149, entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas, lo cierto es que trece de los Estatutos de Autonomía sí se han atribuido esta competencia, llegando incluso a dictar sus propias leyes en esta materia³¹, lo que resulta posible en virtud del art.

³⁰ Así, la STJCE de 9 de septiembre de 2004 (TJCE 2004/227), que dispone que <<Según jurisprudencia reiterada, si bien es cierto que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, es indispensable, sin embargo, que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales (véanse, entre otras, las sentencias de 10 de mayo de 2001 [TJCE 2001\131] , Comisión/Paises Bajos, C-144/99, Rec. p. I-3541, apartado 17, y de 7 de mayo de 2002 [TJCE 2002\151] , Comisión/Suecia, C-478/99, Rec. p. I-4147, apartado 18)>>

³¹ Ley 12/1984, de 20 de diciembre, del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario (BOE nº139, 11-Jun-1985). Ley 2/1987, de 9 de abril, de Estatuto de Consumidores y Usuarios de la

149.3 CE, que faculta la asunción de competencias en aquellos casos en que no existe atribución expresa al Estado, por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Así, la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas se diseñó inicialmente por los dos cauces: aquellas autonomías que podían asumir las competencias por vía rápida, merced al art. 151.1 CE, y aquellas que tenían que hacerlo a través de la vía lenta del art. 148.2 CE, teniendo que esperar cinco años y reformar sus estatutos. No obstante, este esquema inicial no operó ni en la Comunidad Autónoma Canaria³², ni en la Valenciana³³, a las que el Estado transfirió las competencias por la vía del art. 150.2 CE.

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha dado lugar a muchos conflictos jurisdiccionales de corte constitucional, dado que en el reparto de competencias definido por los art. 148 y 149 CE no aparece referida la defensa de los consumidores como tal³⁴. Y esto ha llevado a adoptar por parte del Tribunal Constitucional un criterio finalista, de manera que el título competencial tiene carácter prioritario frente a la teórica y genérica protección de los consumidores. De este modo, entiende el Tribunal³⁵, la protección pretendida de los consumidores puede ser realizada de múltiples maneras, sin que pueda *a priori* determinarse si son de exclusiva titularidad estatal o autonómica, debiendo entonces descender al ámbito de aplicación al que viene referido³⁶.

Comunidad Valenciana (BOE nº102, 29-Abr-1987), Ley 1/2008, de 21 de abril, de modificación de la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia (BOE nº120, 24-Abril). Ley 8/1997, de 30 de octubre, del Estatuto del Consumidor y Usuario de la Comunidad Autónoma de Aragón. Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOE nº113, 12-may-1998). Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid (BOE nº206, 28-Ago-1998). Ley 11/1998, de 5 de diciembre, para la defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León (BOE nº16, 19-Ene-1999). Ley 6/2001, de 24 de mayo, del estatuto de los Consumidores de Extremadura. Ley del Principado de Asturias 11/2002, de Consumidores y usuarios (BOE nº13, 15-Ene-2003). Ley 03/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias. Ley del País Vasco 6/2003, de 22 de diciembre, de estatuto de las personas consumidores y usuarias (BOPV nº254, 30-Dic-2003). Ley de Castilla La Mancha 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor. (BOE nº46, 23-Feb-2006). Y la Ley de Cantabria 01/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº77, 31-Mar-2006).

³² Mediante la LO 11/1982.

³³ Mediante la LO 12/1982.

³⁴ Y a este respecto, citamos el Fundamento de Derecho 1º de la STC 71/1982, de 30 de noviembre (RTC/1982/71), así como el mismo de la STC 15/1989 (BOE nº 43, de 20 de febrero de 1989), que reconocen el contenido multidisciplinar del derecho de consumo, que es lo que provoca el solapamiento de títulos competenciales estatales y de las Comunidades Autónomas. La segunda de las resoluciones afirma (F.J. 1º) que <<A tal efecto, baste señalar que la materia “defensa de los consumidores y usuarios” no ha sido competencialmente asumida por todas las Comunidades Autónomas en términos de identidad y homogeneidad, por lo que todas aquellas competencias no atribuidas estatutariamente a las Comunidades Autónomas por imposibilidad constitucional o por simple decisión de los propios Estatutos habrán sido retenidas por el Estado en virtud del art. 149.3 CE>>.

³⁵ En este sentido, STC 88/1986 (BOE de 22 de julio de 1986).

³⁶ No obstante, conviene tener presente que la STC 15/1989 de 26 de enero (BOE nº 43, de 20 de febrero de 1989), en su F.J.1º, ya dejó claro que, entre los títulos competenciales a favor del Estado se mencionan <<otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes>>.

Esta cuestión ya fue definitivamente resuelta por nuestro Tribunal Constitucional³⁷, que reconoció la posibilidad de que ciertas Autonomías tuvieran competencia legislativa, aunque con ciertas limitaciones, como <<la garantía de la uniformidad en las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos. La unidad de mercado y la afectación de intereses que excedan del ámbito autonómico>>³⁸. Finalmente, dice la citada sentencia, que <<el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del de las Comunidades Autónomas>>.

Por último, como método explicativo, nuestra doctrina³⁹ ha establecido otro criterio de reparto: el que distingue entre Derecho público y privado de consumo. Entiende así que el segundo es competencia exclusiva del Estado y el primero de las CCAA, sin más límites que los derivados del principio de proporcionalidad, el de competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico administrativo común y de la competencia que pudiera ejercer el Estado para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos. Al margen queda la garantía de la igualdad básica de los españoles, como título competencial del Estado, que ha sido invocada por el TC en varias ocasiones⁴⁰.

En todo caso, esta dualidad legislativa (la estatal y la comunitaria) ha generado un elevado grado de saturación, pues la mayoría de la normativa desarrollada por las comunidades autónomas se ha limitado a reproducir, por un lado, lo dicho por la estatal y, por otro, por las comunidades predecesoras, de manera que es difícil encontrar aspectos realmente innovadores en esta materia, respondiendo más a un ansia por regular con normativa propia de la comunidad autónoma en cuestión (motivada generalmente por meros motivos de carácter político) que a la necesidad de solucionar un problema de la realidad que preocupa a sus habitantes.

De entre la normativa autonómica, por meros criterios de proximidad, nos hemos centrado en la Comunidad Valenciana y en la Región de Murcia.

4) Derecho extranjero

Nuestro punto de partida debe situarse en Estados Unidos, donde, en 1891, se constituyó la Liga de Consumidores. No obstante, algunos sitúan el origen en el

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1989 (BOE de 20 de febrero de 1989). En idéntico sentido la STC 88/1986 (BOE de 22 de julio de 1986).

³⁸ Por lo tanto, actualmente tienen competencia legislativa plena, reglamentaria y ejecutiva, las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña, País Vasco, Navarra, Galicia, Valencia y Canarias. Las otras diez restantes sólo poseen iniciativa legislativa de desarrollo, reglamentaria y ejecutiva.

³⁹ MARTÍNEZ ESPÍN P., <<Aproximación al concepto de Consumidor>>, en *publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco.

⁴⁰ Destacando la STC 64/1991, de 22 de marzo (BOE 24 de abril de 1991), que analiza la constitucionalidad del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario. que, en su F.J. 4º afirma que <<la diversidad derivada de la estructura autonómica del Estado puede comportar diversidad de regímenes jurídicos que serán legítimos en tanto resulten del ejercicio de una competencia atribuida a la Comunidad, en la medida en que las diferencias y peculiaridades introducidas resulten adecuadas a su finalidad, y que se respete, en todo caso, la igualdad básica de los españoles>>.

discurso pronunciado el 15 de marzo de 1962 por J. F. Kennedy ante el Congreso⁴¹, sobre protección de los consumidores⁴².

Este germen, que tuvo un rápido desarrollo a lo largo de la geografía norteamericana, también dio sus frutos en Europa, en la segunda mitad del siglo XX.

Y si en EEUU citábamos la Liga de Consumidores, en Europa destaca el Consejo de Consumidores de Dinamarca, que fue el germen de la defensa de los consumidores y usuarios. Este consejo, que era una entidad de carácter privado, tuvo sus correlativos en el resto de países (de los que destacan Francia, Alemania, Reino Unido y los otros países nórdicos) en muy corto plazo de tiempo.

Como ejemplos cercanos por idioma, nos remitimos a los siguientes ordenamientos de Iberoamérica, por corresponderse con los países más desarrollados: el argentino⁴³, que establece una protección a nivel constitucional, y el chileno⁴⁴, que ha tratado de regular en un solo texto el Derecho de consumo.

Y, desde la perspectiva que nos brinda el ámbito de países comunitarios, nos remitimos someramente a lo dispuesto por los ordenamientos de:

- Francia: destaca la creación, mediante Ley de 22 de diciembre de 1966, del Instituto Nacional de Consumo y, desde 1972 se han dictado más de 20 leyes que, con un marcado carácter sectorial, han venido regulando diversas facetas de las relaciones de consumo. Desde el 26 de julio de

⁴¹ DE LEÓN ARCE A., *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

⁴² En este discurso Kennedy afirmó que <<todos somos, por definición, consumidores ... Si a los consumidores se les dan productos de inferior calidad y en contraprestación los precios son altos, si las medicinas son peligrosas o no sirven, si el consumidor no tiene posibilidad de elegir en base a una adecuada información, entonces se despilfarra su dólar, su salud y su seguridad quedan amenazados y sufre el interés general>>.

⁴³ El art. 42 de su Constitución (merced a la reforma operada en 1994), que reconoce el derecho de los consumidores y usuarios a <<la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno>>, obligando a las autoridades a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia, al control de monopolios y al de calidad y eficiencia de los servicios públicos, así como a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. Destaca la distinción que realiza entre el concepto de usuario del servicio público y el mero consumidor y usuario del servicio privado, estableciendo un régimen de protección muy superior respecto al primero y en detrimento de los segundos. Finalmente, el art. 1 de la Ley 24240 de 1993, de defensa del consumidor, nos ofrece un concepto muy amplio de consumidor, que abarca tanto a las personas físicas como a las jurídicas y destaca la circunstancia de ser el destinatario final. Así el art. 1 dispone que <<se consideran consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminadas>>.

⁴⁴ La Ley 19496, de 7 de febrero de 1997 (reformada por la Ley 1995, de 14 de julio de 2004), que establece las normas sobre protección de los derechos de los consumidores, trata de aglutinar en un sólo texto legal la normativa referente la defensa de los consumidores y regula aspectos sustantivos y procesales, tanto del consumidor como de las asociaciones. Los términos guardan muchas semejanzas con la legislación española y define a los consumidores o usuarios (art.1) como <<las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios>>.

1993 existe un código de consumo (Code de la consommation, publicado mediante Ley 93-949, de 26 de julio de 1993) que aglutina la legislación anteriormente dispersa y ha introducido con posterioridad la legislación comunitaria. Consta de cinco libros: el primero viene referido a la información de los consumidores y usuarios, así como a la formación de los contratos; el segundo viene referido a la conformidad y seguridad de los productos y servicios; el tercero al endeudamiento (crédito al consumo, crédito inmobiliario, intermediación del crédito y situaciones de sobreendeudamiento); el libro cuarto viene referido al ámbito asociacionista y, el último, al institucional. Este Code ha sido desarrollado reglamentariamente mediante Decretos del Consejo de Estado y simples Decretos.

- Portugal: la Ley nº24/96, de 31 de julio, establece el régimen legal para la defensa de los consumidores y usuarios. Consta de 25 artículos y su estructura es muy similar a la anterior LGDCU de 1984. Comienza definiendo al consumidor, para establecer un elenco de derechos reconocidos y finaliza analizando cada uno de éstos. Esta Ley se encuentra desarrollada por numerosos <<Decretos-Lei>>, como el nº383/89, de 6 de noviembre, de responsabilidad por productos defectuosos; el nº359/91, de 21 de septiembre, de crédito al consumo, o el nº 446/85, de 25 de octubre, de régimen de las cláusulas contractuales generales.
- Italia: el Codice del Consumo Nº 206, aprobado por Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2005, posteriormente reformado por diversas normas en los años 2007 y 2008⁴⁵; trata igualmente de aglutinar en un solo texto la normativa de consumo y, partiendo de disposiciones generales, regula luego individualizadamente varios tipos de contratos, de entre los que no destaca la compraventa de inmuebles, y finaliza con la regulación de las asociaciones de consumidores y el acceso a la justicia.
- Por último, en varios puntos de nuestra exposición atenderemos al tratamiento ofrecido por el derecho británico, dado que inicialmente (por la dualidad de sistemas) es el que podría aportarnos más novedades. No obstante, ya adelantamos que, al margen de ciertas (y lógicas) variaciones, el tratamiento dado no dista mucho del ofrecido por nuestro legislador. Y respecto a la definición de consumidor, aunque no existe una definición genérica, partimos de la ofrecida por el art. 3 de la Consumer Protection Act, donde nos transmite la idea de ser un particular que se relaciona con un empresario⁴⁶, para recibir bienes o servicios, en actos que no se encuentran enmarcados dentro de un negocio, por lo que destaca la idea de ser destinatario final. Igualmente da cabida a los

⁴⁵ Respecto a las sucesivas modificaciones, afirmaba ALPA G., *Codice del consumo e del risparmio*, Milano, Giuffrè, 1999, por lo tanto, anterior al Codice, que: <<nuestro derecho del consumo está expuesto a elecciones “con múltiples direcciones”, en tanto ligado al derecho comunitario. El “Código de Consumo” registra desarrollos importantes tomando en cuenta que puede ser considerado como un contenedor donde se puedan ubicar todas las nuevas reglas relativas a las reclamaciones entre consumidores y empresarios>>.

⁴⁶ Así como la guía para la enterprise Act 2002 << a consumer is an individual who receives, or seeks to receive, goods or services from a supplier. The supplier must be acting in the course of a business, but does not need to have a place of business in the UK. So a consumer must be an individual who is not acting in the course of a business, although the definition does extend to individuals who are setting up businesses but have not yet begun to trade>>.

particulares que estén constituyendo un negocio o incluso a los actos realizados cuando este todavía no ha comenzado a funcionar.

En este sentido, en el Reino Unido, la protección de los consumidores y usuarios parte de la *Consumer Protection Act* (1961)⁴⁷, a la que siguieron la *Trade Description Act* (1968), *Consumer Protection Act* (1971)⁴⁸, *Fair Trading Act* (1973) y *Unfair Contract terms* (1977).

⁴⁷ Aunque PRADA ALONSO J., *Protección del consumidor y responsabilidad civil*, Marcial Pons, Madrid, 1998, se centra en el criterio jurisprudencial de este país y diferencia dos etapas; la primera, <<en la que se va superando el principio romanista caveat emptor (con arreglo al cual el comprador adquiere una cosa a su riesgo y peligro)>> para acoger el principio doctrinal *privaty of contract*, en virtud del cual los efectos de la compra se limitan al comprador del bien, no a los posteriores En esta sede destaca la Sentencia de la Court of Exchequer, de 1842, que en el caso *Winterbottom V. Wright*). En la segunda fase, que parte de la sentencia de 1932, en el caso *Donogue V. Stevenson*, en donde se estableció que el fabricante es responsable frente al consumidor, lo que se produce cuando el fabricante pone en el mercado productos elaborados de tal manera que lleguen hasta el consumidor, sin posibilidad de controles intermedios.

⁴⁸ Posteriormente modificada, entre otras por las ediciones de 1987 y 2002.

2. PROTECCIÓN LEGISLATIVA DEL CONSUMIDOR EN RELACION CON LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA

1) PERSPECTIVA GENERAL

Comenzamos destacando la protección prioritaria que brinda el legislador al consumidor y usuario, que se extiende y analiza con detalle la compraventa de viviendas en construcción.

Así, pese a que desde una visión inicial pudiera pensarse que el derecho de consumo viene dirigido a los actos de consumo cotidianos, de escasa cuantía económica, lo cierto es que la compraventa de vivienda encuentra una especial protección.

De esta manera y dado el elevado desarrollo legislativo, lo lógico sería pensar que apenas se producen abusos, pues, por la enorme trascendencia de este tipo de contratos, el comprador debiera asesorarse antes de comprar una vivienda⁴⁹, acudiendo así a la denominada "justicia preventiva".

La realidad nos demuestra que, incluso en estos casos, especialmente en los momentos en que ha existido una fuerte demanda en el mercado inmobiliario, esta protección ha resultado necesaria, hasta el punto de llegar a ser insuficiente.

Y, en este sentido, la Directiva 1999/44/CE, en su art. 1 definía el "bien de consumo" como <<cualquier bien mueble corpóreo>>, salvo determinadas excepciones: los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento, el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas y la electricidad⁵⁰.

Y nuestra LGDCU, aunque no hacía expresa mención a la vivienda, como bien de consumo, sí que es cierto que (art. 2.2 y 20.1) ofrecía una protección prioritaria cuando guardasen relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

Por su parte, el RD 287/1991, de 8 de marzo (declarado nulo por sentencias de nuestro Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 1993 (RJ 10.204) -que declaró la

⁴⁹ Pese a esto (tal y como pone de manifiesto PERTÍÑEZ VÍLCHEZ F., <<Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda>>, en *publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2005, pág.1), lo cierto es que la mayoría de compradores de vivienda, a la hora de escoger una vivienda u otra, generalmente valorará los aspectos económicos del contrato (el precio y las condiciones del inmueble), no los jurídicos, llegando este autor a afirmar que estos no son tomados en consideración <<porque en la mayoría de los casos ni tan siquiera se conocen e, incluso cuando se conozcan, su carácter secundario o accesorio no puede fundamentar una renuncia a contratar>>.

⁵⁰ No obstante, algunos autores, como CARLEO, R. (<<La noción de "bienes de consumo">>, en *Revista de Derecho Privado*, 2009, nov-dic, pág. 91), no dudaron en calificar a la vivienda como bien de consumo, afirmando que la propia delimitación legal de los bienes de consumo a <<bienes muebles>> "no parece legitimar sin ninguna duda la afirmación del lógico corolario según el cual los bienes <<inmuebles>> quedan necesariamente excluidos de la noción, puesto que, -al menos en abstracto- también los inmuebles aparecen ahora como bienes susceptibles de ser considerados por el legislador como bienes de consumo".

nulidad de pleno derecho del artículo 1.2 del citado Real Decreto, por prescindir de nuevo informe del Consejo de Estado en cuanto a la introducción de la previsión contenida en el aludido apartado-, y de 30 de noviembre de 1998 -que declaró la nulidad del Real Decreto de referencia en cuanto concreta, en su artículo 1.1, disposición final segunda, 1, y anexo I, los bienes, productos y servicios de uso y consumo común, ordinario y generalizado respecto de los que se extiende la justicia gratuita en las actuaciones procesales-) sí que incluía a la vivienda destinada a residencia habitual en este listado de bienes (Anexo I, dentro de los bienes no alimenticios). Finalmente, el Anexo II del RD 1507/2000, de 1 de septiembre, actualizó este catálogo e incluyó a la vivienda, sin necesidad de ser destinada a residencia habitual (Anexo I, dentro de los bienes no alimenticios, N°18).

Hoy este debate carece de sentido, toda vez que la jurisprudencia nos muestra cientos de resoluciones en las que se brinda esta protección al consumidor, respecto a la compraventa de viviendas, y el propio TRLGDCU contiene varios preceptos (art. 64, 136, 148 y 149) donde así se reconoce.

No obstante lo anterior, analizaremos ahora los distintos niveles de protección ofrecidos por el legislador.

Inicialmente, el derecho a una vivienda digna ya había sido reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos [Asamblea General de la ONU, de 10 de diciembre de 1948]⁵¹, en la Carta Social Europea⁵², de 18 de octubre de 1961 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 19 de diciembre de 1977)⁵³.

Por su parte, nuestra constitución garantiza la defensa de los consumidores y usuarios (Cfr. art. 51 CE) y reconoce expresamente el derecho a una vivienda digna y adecuada (Cfr. art. 47)⁵⁴. No obstante, al tratarse de un derecho de contenido social, en principio tan sólo informará la legislación positiva⁵⁵, la práctica judicial y la

⁵¹ Vid art. 25 <<toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios>>.

⁵² Vid art. 16 <<con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para el pleno desarrollo familiar, célula fundamental de la sociedad, las Partes Contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera medidas adecuadas>>.

⁵³ Vid art. 11 <<los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de la persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua en las condiciones de existencia, Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento>>.

⁵⁴ 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2.- Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca. 3.- En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

⁵⁵ No obstante, conviene señalar, como HERNÁNDEZ GARCÍA J., <<La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario>>, AAVV, Coord. M.P.L.I., *Derecho y vivienda*, Madrid, CGPJ, Cuadernos de

actuación de los poderes públicos (Art. 53.3 CE), sin que goce del grado de protección que brinda el art. 53.2 CE a los derechos fundamentales⁵⁶.

No obstante lo anterior, algunas sentencias del TEDH, como la 1986/2, de 21 de febrero (caso James y otros contra el Reino Unido) y la 1994/3, de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra el Reino de España) le conceden un papel más relevante, por las implicaciones de este bien de consumo⁵⁷. Y en parecido sentido encontramos la STC 219/05, de 12 de septiembre⁵⁸.

En otro orden, nuestro Código Civil no ha concedido relevancia alguna a la circunstancia de que determinados sujetos pueden ser catalogados como consumidores o usuarios, dado que la protección de éstos resulta muy reciente. Tampoco ha analizado, ni con exclusividad ni con especialidad, las peculiaridades del contrato de compraventa de vivienda en construcción, ya que esta actividad empresarial era poco habitual en tiempos de la codificación.

Sólo desde un punto de vista abstracto y genérico regula el contrato de compraventa, en sus artículos 1445 y siguientes, destacando la posibilidad de admitir como objeto de compra un bien futuro (Art. 1271).

No obstante, si analizamos el criterio jurisprudencial, podemos apreciar cómo históricamente nuestros Tribunales han tratado de encontrar soluciones a los conflictos planteados exclusiva o mayoritariamente sobre la base de lo dispuesto por este Código, por remisión a la regulación del contrato de compraventa, al de ejecución de obra y arrendamiento de servicios⁵⁹. Pero este tipo de soluciones no

Derecho Judicial, X-2005, pág. 22; que el Estado también está obligado a crear las condiciones adecuadas para que los mecanismos de acceso que tienen su desarrollo en el ámbito privado sean respetuosos con estos principios generales.

⁵⁶ Algunos autores se muestran contrarios, como HERNÁNDEZ GARCÍA J., Op. cit., pág. 16; quien afirma que <<es evidente que la referencia a la vivienda no se agota en el art. 47 CE, como contenido, exclusivo, de un derecho de prestación. La vivienda, desde una interpretación intratextual, constituye un objeto primario de protección constitucional muy vinculado a las cláusulas de privacidad, de dignidad, de inviolabilidad del domicilio, de libre desarrollo de la personalidad y de protección de la salud y la integridad física>>.

⁵⁷ Ambas sentencias del TEDH vienen referidas por HERNANDEZ GARCIA en la obra citada, y la primera de las citadas afirma que <<las sociedades modernas consideran a la vivienda como una necesidad primordial, cuya regulación no puede dejarse por completo al libre juego del mercado. El margen discrecional es bastante amplio para abarcar una legislación que garantice, en esta materia, una mayor justicia social, incluso cuando dicha legislación se inmiscuye en las relaciones contractuales entre personas privadas y no favorece directamente ni al estado ni a la sociedad como tal>>.

⁵⁸ Esta sentencia (BOE 246, de 14 de octubre 2005), cuyo núcleo de discusión viene centrado en la legitimación de una asociación de consumidores y usuarios, afirma que <<la repercusión e incidencia directa en los intereses de consumidores y usuarios quedaba evidenciada a partir no sólo de que la adquisición de viviendas es una actividad desarrollada por los afectados en su condición de consumidores y usuarios, sino también de que la aplicación que de esa regulación efectúe la Administración determina y condiciona de manera relevante los comportamientos y las decisiones de los ciudadanos, en estos casos, como consumidores en la adquisición y financiación de la vivienda>>.

⁵⁹ La STS de 28 de noviembre de 1973 (RJ 1973,4340) establece que “la verdadera naturaleza de estos contratos ha sido precisada por la sentencia impugnada, cuando al tratar de la línea de separación entre figuras contractuales afines legalmente tipificadas como arrendamiento de obra (contrato de empresa), y la de compraventa de cosa futura, dice que <<la última diferencia que impone la distinción, reside en que, en aquél, el empresario inicia o despliega su actividad que lo es

llegaba a ofrecer una solución satisfactoria, pues no diferenciaba las compraventas en función del objeto, ni de las partes intervinientes, sino que partía de una idea liberal de igualdad de las partes contratantes, y donde el contrato surge espontáneamente por la confluencia de sus voluntades.

2) LEGISLACIÓN ESPECIAL

Existen muchas normas que inciden en mayor o menor medida en aspectos concretos del proceso edificatorio y analizan extremos que pueden repercutir en el contrato de compraventa de vivienda sobre plano. Hemos decidido destacar sólo las siguientes:

A) Legislación para la defensa de Consumidores y Usuarios

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias viene a conformar el marco base sobre el que se desarrolla la regulación de esta materia y pretende (tal y como pone de manifiesto su exposición de motivos) aproximar la legislación nacional sobre consumidores y usuarios a la legislación comunitaria. Esta norma fue dictada conforme a lo dispuesto por los art. 82 a 85 CE, destacando el art. 82.5, que habilita la delegación legislativa en el Gobierno, mediante ley ordinaria, <<cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo>>.

En efecto, el antecedente inmediato del vigente texto legal fue la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los consumidores y usuarios, que fue aprobada como reacción por parte del legislador frente al asunto de la colza de 1981. Esta norma fue posteriormente modificada para dar entrada a las novedades legislativas aprobadas por el legislador comunitario, así como por otras leyes nacionales complementarias.

La norma se creó sobre la base de la previsión establecida por disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de protección de los consumidores y usuarios, que prevé la refundición, en el plazo de un año, tanto de la LGDCU como las diversas directivas introducidas en nuestro ordenamiento jurídico con idéntico fin⁶⁰. Igualmente, incluye en la labor armonizadora lo establecido por la Ley 26/1984, referente a los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimiento comercial. No obstante, también deja fuera de la labor unificadora normas que analizan la protección del consumidor desde una perspectiva muy

“encargada” por el dueño, de ella, y no tal empresario, el que asume la titularidad o la propiedad de los avances, porciones o parciales resultados en los que se desarrolla, ya que el referido empresario se obliga a “ejecutar” (arts. 1544 del CC) y al tiempo que ejecuta, el producto entra en el patrimonio del dueño (...) mientras que en la compraventa de cosa futura como en la de cosa presente, lo que se obliga el vendedor es a “entregar” (art. 1445 del CC) (...) diferencia que se acentúa en los casos en que la obra que se “entrega” o que se “compra”, tiene por base la edificación urbana ...>>.

⁶⁰ Véase el listado anexo de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, que las enumera.

concreta, tales como la Ley de crédito al consumo, la de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles o la Ley General de Publicidad.

Por este motivo se dice que la decisión de refundir unos textos y dejar fuera otros es en gran parte arbitraria⁶¹, reduciendo la labor o los méritos del legislador a una compilación desordenada de normas que presupone una mayor facilidad en el manejo de las normas preexistentes⁶². Tampoco refunde la normativa inmobiliaria relativa a los consumidores.

Del mismo nos llaman la atención las previsiones que, con carácter específico -que no novedoso-, realiza el texto legal respecto al contrato de compraventa de vivienda, y con ello nos referimos:

En primer lugar, a la falta de mención expresa del contrato de compraventa de vivienda en la descripción del consumidor y usuario, que sí realizaba el art. 1 LDCGC. Así pues, las referencias del texto vigente son indirectas, posiblemente por no ser ésta una cuestión polémica (como podía haber sido a la promulgación de la LGDCU), y para buscarlas deberemos acudir a la exposición de motivos (apartado II), donde se hace referencia expresa⁶³, pero fuera del articulado; al art. 9, que establece la obligatoria protección prioritaria de los poderes públicos a los bienes de uso común, ordinario y generalizado (entre los que se encuentra la vivienda, por remisión normativa) y al art. 64, que viene referido a la necesaria aportación documental en el contrato de compraventa de vivienda.

En segundo lugar, el art. 64 sí que hace una mención expresa, al establecer el deber de facilitar la documentación complementaria a la establecida por la LOE y legislación autonómica⁶⁴. Esta documentación, que parece aludir a la documentación

⁶¹ CARRASCO PERERA A., <<La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición>>, en *publicaciones del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, 2009, www.uclm.es/cesco, pág. 1.

También se manifiesta en este sentido MARTÍNEZ ESPÍN P., <<Aproximación al término de consumidor>>, publicado por el mismo Centro de Estudios, quien pone de manifiesto que no se han refundido leyes como las 7/1995 y 22/2007 (de crédito al consumo y servicios financieros a distancia), especialmente por lo que respecta a los preceptos que analizan y regulan el derecho del desistimiento, y critican que debería haber quedado fuera de la regulación la Ley 21/1995 (de viajes combinados) por las mismas razones expuestas por el propio legislador para excluir la refundición del crédito al consumo.

Por su parte, REBOLLO PUIG M., <<La aprobación del Texto Refundido de la LGDCU>>, en *La defensa de los consumidores y usuarios*. Madrid, Iustel, 2011, pág. 29; pone de manifiesto que el legislador debe limitarse a la tarea regularizar, aclarar y armonizar los distintos textos compilados, afirmando que <<es seguro que los textos refundidos no pueden introducir ninguna verdadera y propia innovación o cambio en el régimen jurídico>>.

⁶² Tampoco es definitiva, ni tan siquiera estable o duradera, dado que la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, ya ha modificado el citado Texto Refundido. Si en apenas dos años ha sido necesario modificar este texto normativo es que las críticas anteriormente expresadas no andaban muy desencaminadas.

⁶³ Dice la citada exposición que <<Tal es el caso del fortalecimiento de la protección del consumidor *adquirente de vivienda* cuando se precisa el carácter abusivo de las cláusulas que le trasladen gastos que corresponden al profesional, como los impuestos en los que el sujeto pasivo es el vendedor, o los gastos de las conexiones a los suministros generales *de la vivienda*, con el fin de evitar cláusulas no negociadas que trasladan dichos gastos al consumidor>>.

⁶⁴ Artículo criticado por GARCÍA VICENTE J.R., <<comentario al artículo 64>>, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 819; que lo califica de defectuoso (dado

técnica referida por el Libro del edificio, olvida que existe una norma, el RD 515/1989, de 21 de abril, que protege al consumidor en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Por último⁶⁵, destacamos que la norma no persigue refundir la dispersa normativa sobre entrega documental, sino tipificar la infracción del deber de facilitar las “instrucciones de uso y mantenimiento” como obligación administrativa, pese a la complejidad de las relaciones entre la administración central y las autonómicas⁶⁶.

Por otro lado, los art. 148 y 149, que regulan el perjuicio causado por los “servicios” defectuosos, siendo un daño a un “interés de integridad”⁶⁷, es decir, un daño material causado por lesión o deterioro material de una cosa o bien de la personalidad. Según la doctrina, que critica incluso su ubicación (en el capítulo dedicado a prestación de servicios), estas normas han tratado de impedir que el perjudicado pierda, al menos frente al promotor y constructor, el exorbitante régimen de responsabilidad de que gozaba merced a la extensión que nuestra jurisprudencia había otorgado al art. 1591 CC y que, con la LOE, quedaba muy reducido.

En otro orden, también destacamos, por su enorme trascendencia, la nueva regulación de las cláusulas abusivas (art. 80 y siguientes), que será objeto de posterior estudio.

B) Ley de Condiciones Generales de Contratación

La mayoría de contratos de compraventa de viviendas en construcción o sobre plano pueden ser calificados como contratos tipo o contratos masa que la vendedora (generalmente también promotora), redacta e impone a los eventuales compradores de las viviendas, sin que quepa gran margen de negociación.

Así, la Ley 7/1998, de 13 de abril, reguladora de las Condiciones Generales de Contratación, las define y establece un ámbito de aplicación más extenso que el del TRLGDCU⁶⁸, por ser aplicable no sólo a consumidores y usuarios, sino a cualquier persona, física o jurídica (denominada adherente).

que las disposiciones sobre el criterio temporal de aplicación deben efectuarse en las Disposiciones Transitorias), y prescindible por cuanto carece de contenido propio, e inexacta, por cuanto olvida las disposiciones del citado RD 515/89.

⁶⁵ GONZÁLEZ CARRASCO C., <<La contratación inmobiliaria con consumidores>>, en *Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2009.

⁶⁶ A este respecto, MARTÍNEZ ESPÍN P., <<Aproximación al concepto de consumidor>>, pone de manifiesto que el TR no refunde la normativa inmobiliaria relativa a consumidores, no se refunden más que escasas normas de derecho administrativo que se contenían en la Ley 26/1984, y lo justifica por la carencia de legislador estatal de competencia para crear normas de Derecho público de consumo, si éstas están aseguradas por alguna de las competencias básicas del Estado reconocidas por el Art. 149 CE, ninguna de las cuales tiene al consumo como objeto.

⁶⁷ GONZÁLEZ CARRASCO C., <<La contratación inmobiliaria con consumidores>>, en *Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2009.

⁶⁸ <<las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos>>.

También existen casos de confluencia en el ámbito de aplicación de ambas normas: por ser el adquirente un consumidor o usuario y adherente, al firmar un contrato con cláusulas que contienen condiciones generales de contratación. No obstante, tal y como pone de manifiesto LASARTE⁶⁹, la LCGC da muestras de que, en principio, estas no han de ser consideradas como cláusulas abusivas. Esta idea se muestra con total claridad en su propio preámbulo, que expresamente manifiesta que <<una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y puede tener o no el carácter de condición general ...>>.

En este punto, de confluencia con las condiciones generales de contratación⁷⁰, es en el que hemos de prestar especial atención a la regulación que establece el TRLGDCU de las denominadas <<cláusulas abusivas>>, que resultan de trascendental importancia por servir de base para dirimir gran parte de los conflictos que enfrentan a las partes.

Por ahora sólo dejamos constancia de que, habitualmente, las promotoras-vendedoras de viviendas (profesionales con multitud de recursos) presentan a la firma al comprador (generalmente ajeno al mundo de la construcción y lego en la materia) unos contratos unilateralmente redactados por sus técnicos que, aunque formalmente puedan resultar incluso perfectos, en no pocas ocasiones, albergan numerosas cláusulas abusivas⁷¹.

Y conviene ahora tratar de distinguir la diferencia entre condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas, debiendo quedar definida el tipo de acción que se ejercita, no sólo por imperativo genérico de la LEC, sino porque, en gran medida, puede provocar el defecto procesal de falta de competencia.

Por el contrario, esta diferenciación puede ser utilizada abusivamente por los consumidores y usuarios frente a reclamaciones ejercitadas por los empresarios, pues

⁶⁹ LASARTE ALVAREZ C., Op. cit., pág. 146.

⁷⁰ Pues el art. 8 LCGC declara nulas las condiciones generales que sean abusivas (según lo dispuesto por los art. 82 y siguientes del TRLGDCU), cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor.

⁷¹ Esto ha dado lugar a un problema de orden procesal, generado por la proximidad de las normas y que puede afectar a los consumidores y usuarios. Así la nueva Ley Concursal, que creó los Juzgados de lo Mercantil, ha modificado el esquema de competencia judicial inicialmente establecido tanto por la LOPJ como por la LEC. En efecto, estas dos leyes atribuían una competencia residual a los Juzgados y Tribunales de orden civil (tanto el conocimiento de las cuestiones que, por su materia, les fueran propias, como todas aquellas que no estuvieran atribuidas ningún otro orden jurisdiccional). Con la creación de estos Juzgados de lo Mercantil, nos encontramos con dos órganos jurisdiccionales que han de convivir sin relación jerárquica y que conocen de materias muy cercanas, cuando no fronterizas.

Y con ello nos referimos al conocimiento atribuido a los Juzgados de lo Mercantil de materias no concursales y, más concretamente, al análisis de las acciones previstas por la legislación reguladora de las condiciones generales de contratación (tanto las individuales, como son la declaración de nulidad y no incorporación al contrato, como las colectivas, de cesación, retracto y declarativa). Frente a estas, los Juzgados de Primera Instancia conocerán de las cuestiones relativas a las cláusulas abusivas.

bastará la alegación de una cuestión previa (el conocimiento de la legalidad de las condiciones generales de contratación) para paralizar la tramitación del pleito principal, ante el Juzgado de Primera Instancia, para tener que acudir entonces al Juzgado de lo Mercantil, con las dilaciones que ello supone.

C) Ley de Ordenación de la Edificación

Esta norma, que ya ha sido modificada en dos ocasiones⁷², se encarga de regular los aspectos técnicos del proceso edificatorio⁷³, estableciendo las personas que intervienen en el mismo, su régimen de obligaciones y, por tanto, de responsabilidades. También establece un sistema de garantías, así como la previsión de seguros y aseguramiento de las cantidades entregadas a cuenta con motivo de la compraventa de vivienda en construcción.

Y, respecto a los profesionales intervinientes en el proceso edificatorio, trata de resolver los problemas derivados de conflictos de competencias y se complementa con la normativa que, con carácter sectorial, regula cada una de las profesiones u oficios.

Desde una perspectiva práctica, sobresale la regulación efectuada de la plasmación documental de la obra ejecutada que, unida a la seguridad que ofrecen los colegios profesionales, concede un marco de objetividad y seguridad jurídica al adquirente de la vivienda.

De la misma resaltamos:

A.- La regulación de la plasmación documental del proceso constructivo, referida en el libro del edificio, y que concede cierta objetividad respecto al conocimiento de los intervinientes y sus actuaciones⁷⁴.

B.- El régimen de responsabilidades de los intervinientes y las garantías concedidas al adquirente de la vivienda, tratando de dotar de cierta objetividad al heterogéneo (cuando no caótico) esquema diseñado por nuestra jurisprudencia en referencia a la responsabilidad (decenal) por ruina, que dotaba de excesiva flexibilidad al concepto, llegando a extremos ni tan siquiera imaginados por el art. 1591 del Código Civil.

⁷² La primera, mediante la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas y del Orden Social (BOE 31/12/2001) y que introdujo el art. 3.1 a 4. Y la segunda, mediante la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de iguales Medidas (BOE 31/12/2002) y que modificó la D.A. 2ª en materia de garantías.

⁷³ Tratando de que los elementos constructivos y sus instalaciones garanticen un uso satisfactorio del edificio, cumpliendo las exigencias de calidad y requisitos técnicos previstos por el Código Técnico de la Edificación.

⁷⁴ No obstante, a lo dispuesto por la LOE, han de sumarse las exigencias documentales impuestas por el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.

D) Real Decreto 57/1968.

Esta norma, que data de 27 de julio de 1968, regula la percepción de cantidades anticipadas con motivo de la compraventa de viviendas en construcción y, aunque ha resultado parcialmente modificada por la Disposición Adicional Primera de la LOE, mantiene gran parte de su virtualidad.

Su nacimiento encuentra su origen en la década de los sesenta⁷⁵, en la que numerosas promotoras entraron en crisis y, con ellas, se esfumaron los ahorros de muchos particulares, que habían entregado cantidades a cuenta para la construcción de viviendas. El caso de la constructora "Nueva Esperanza, SL" creó una gran alarma social, por su elevado (número) y amplio (respecto a la localización espacial) ámbito de afectados, y tuvo gran repercusión social⁷⁶.

Por su importancia nos centramos:

A.- En que impone la obligación de garantizar el dinero entregado por los compradores, más el interés (inicialmente al 6% y posteriormente modificado al legal del dinero) hasta el momento de la devolución.

B.- En la trascendencia que concede, a nuestro entender, a la fecha de entrega y a la obtención de la licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad, dado que el dinero se garantiza para el supuesto de que <<la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la cédula de habitabilidad>>.

C.- En las sanciones pecuniarias que prevé y cuya regulación deja en manos de las Comunidades Autónomas.

D.- En la obligatoriedad de suscribir el promotor una cuenta especial, donde depositar las cantidades entregadas a cuenta por los compradores de vivienda en construcción, como medida de protección de estos, donde a la entidad financiera (tanto bancos como cajas de ahorro) se le imponen determinadas limitaciones, especialmente el comprobar que el dinero recibido por este motivo se ingresa en la "cuenta especial" y que el dinero se destina a satisfacer las necesidades económicas derivadas de la construcción. Por último, el legislador impone la obligación a la citada entidad de comprobar que el promotor haya suscrito las garantías legalmente

⁷⁵ Poco después de su publicación nacieron la Orden -del Ministerio de Vivienda- 5 de octubre de 1968 (que constituye un desarrollo del Art. 5 de la Ley 57/1968) y la Orden -del Ministerio de Hacienda- de 29 de noviembre de 1968, que establecía determinadas condiciones para las entidades aseguradoras, respecto al seguro de afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta en la compraventa de viviendas.

⁷⁶ De hecho, la exposición de motivos de esta Ley reconoce que <<La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que esta no se lleve a efecto>>.

establecidas para garantizar las cantidades entregadas a cuenta de la compraventa de vivienda en construcción⁷⁷.

Por último, queremos recordar la circunstancia de que las distintas normativas autonómicas han reproducido el aspecto sustantivo de la norma, referente a la obligación de afianzamiento y, en menor medida, se han centrado en el aspecto sancionador, vaciando de contenido esta vertiente de la norma, pues el mandato estatal precisa, para su aplicabilidad, de un desarrollo normativo por parte del legislador autonómico.

Aunque es cierto que algunas sentencias la han calificado como una mera obligación administrativa (como si las obligaciones tuviesen un distinto grado de exigibilidad jurídica en función del orden al que afecten)⁷⁸, a nuestro entender, la obligación de garantizar estas cantidades a cuenta trasciende del ámbito administrativo, pues (con la intención de proteger al consumidor) mantiene una doble finalidad: de garantizar que el dinero entregado se destine efectivamente a la construcción y que, en caso de no ejecutarse en los términos pactados, sea devuelto.

Y la trascendencia de esta obligación, en los tiempos actuales, es de capital importancia, dado que ampara el supuesto de no terminación de las labores constructivas tanto por cuestiones técnicas, como jurídicas o económicas.

Por último, adelantamos que la citada norma impone ciertas obligaciones en la redacción de los contratos (Cfra. art. 2) y respecto a la publicidad (Cfra. art. 5) en la compraventa de viviendas. La falta de cumplimiento de este requisito (de muy escasa observancia en la práctica) puede implicar la ilicitud de esta⁷⁹.

E) Real Decreto 515/1989

Este Real Decreto, que nació como un desarrollo del art. 13 de la originaria LGDCU, establece un marco de protección de los consumidores en cuanto que vino a sistematizar la información a suministrar en la compraventa de viviendas y, pese lo escueto de su articulado (sólo cuenta con 11 artículos), tuvo la virtud de regular con carácter de especialidad ciertos aspectos (más de carácter precontractual y de redacción del contrato) de este tipo de contratos, incidiendo principalmente en el

⁷⁷ A este respecto, dado el insuficiente análisis jurisprudencial (pues son muy escasas las sentencias que han analizado esta cuestión) destaca el análisis que realiza ESTRUCH ESTRUCH, J., <<La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada por la Ley 57/1968, de 27 de julio, de Percepción de Cantidades Anticipadas en la Compra de Viviendas en Construcción>>, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. 2009, N°23, pág. 157-168. Del mismo conviene destacar la responsabilidad de la entidad que, abriendo una cuenta especial al promotor, no cumple con las obligaciones anteriormente expuestas (tanto por el control del gasto como por la constitución de las garantías legalmente establecidas). En el caso, habitual, de que el promotor no abra una cuenta especial, sino una ordinaria, la cuestión a analizar será si la entidad sabía el origen del dinero ingresado (SAP Cádiz de 27 de marzo de 2000 –AC 2000/4890-).

⁷⁸ SAP Granada de 28 de abril de 2003 (BDB AP Granada 11375/2003), que reproduce las dictadas por el Tribunal Supremo de 8-3-2001 y 15-11-1999.

⁷⁹ Y a este respecto citamos la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, de 10 de octubre de 2005, que así lo declaró.

derecho a la información, que tiende a la libre formación del consentimiento, otorgando así seguridad jurídica a los consumidores y usuarios⁸⁰.

Aunque gran parte de su contenido ha sido desarrollado después o reproducido por normas posteriores, conviene tenerlo presente, pues resulta de enorme trascendencia, sobre todo en las Comunidades Autónomas que no hayan regulado esta materia, donde resulta de aplicación directa.

F) Ley 2/2009, que regula la contratación de préstamos hipotecarios⁸¹

Dado que hoy en día resulta casi impensable la adquisición de una vivienda sin la financiación de un préstamo hipotecario, queremos llamar la atención sobre las normas que tratan de proteger al consumidor y usuario en la contratación de este tipo de servicios, actualmente de gran trascendencia social, tras la STJUE de 14 de marzo de 2013⁸² que no sólo ha puesto de manifiesto las carencias de nuestro sistema hipotecario, tanto de orden sustantivo como procesal, sino que también ha servido para poner en evidencia a notarios, que no han asesorado a los consumidores y han autorizado todo tipo de cláusulas -pese a ser claramente abusivas-; a los registradores, que las han inscrito, y frente a los jueces que durante largos años se han limitado a dar trámite a las ejecuciones sin atender a su contenido y desatendiendo numerosas reclamaciones de los consumidores⁸³. Esta sentencia ha provocado cambios legislativos, en pretendida defensa de los consumidores y usuarios, en un momento de crisis económica, con un elevado número de ejecuciones hipotecarias que recaen sobre la vivienda habitual⁸⁴.

La base de la protección ofrecida al consumidor y usuario que acude a una entidad crediticia está compuesta por las normas de orientación y disciplina

⁸⁰ Destacamos el <<Informe a cerca de la licitud y aplicación del RD 515/1989 a algunas modalidades de compraventa de vivienda>>, en *Publicaciones del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es, 2004. En este, GONZÁLEZ CARRASCO se plantea la aplicabilidad del mismo a las denominadas compras para dar el pase a un tercero, concluyendo que sí le resulta de aplicación al promotor, bien desde que ofrece la vivienda al segundo comprador, bien desde que se pone en contacto con el mismo, afirmando que <<habrá de renovar frente a éste las garantías de cantidades entregadas a cuenta, incluyendo el precio previamente abonado por el primer comprador>>. Por el contrario, niega la aplicación del RD 515/89 al primer comprador, aunque adquiriera para reintroducir el bien en el mercado, dado que no concurre el requisito de la profesionalidad establecido por el art. 1 del mismo.

⁸¹ A este respecto, destaca el artículo de MARTINEZ ESPIN P., <<Contratación de los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito>>, *del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2009.

⁸² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX...ES:HTML>

⁸³ En este sentido, en la primera mesa redonda de las jornadas sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria con especial referencia al régimen transitorio, celebrado en Madrid, el 8 de mayo de 2013, D. Francisco Marín Castán reconoció que <<la sobreabundancia de normas para proteger determinados bienes jurídicos está provocando una disminución en la protección en general de los perjudicados al exigir un esfuerzo de motivación por parte del Juez>>.

⁸⁴ Y este es el elemento tenido en cuenta y destacado por el legislador, tal y como ponen de manifiesto tanto la exposición de motivos del RD 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios; como el preámbulo de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

supervisadas por el Banco de España (Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito), así como la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; y, en menor medida (dado su restrictivo campo de actuación, entre otros, limitado a préstamos inferiores a 150.023 €), por la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Y desde esta perspectiva, destaca esta reciente norma, que no sólo regula (como decimos en el encabezamiento) la contratación por parte de los consumidores y usuarios de préstamos o créditos hipotecarios concedidos por entidades de crédito, sino también los concedidos por entidades que no tienen ese carácter, así como los cada vez más frecuentes servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamos o crédito que habían surgido para satisfacer una demanda social (especialmente en lo referente a la agrupación de deudas) pero que generalmente habían sido desarrolladas sin demasiada profesionalidad, con muy poca transparencia y menos escrúpulos, habían dado lugar a frecuentes abusos y carecían de regulación específica, puesto que no les son aplicables las limitaciones y obligaciones impuestas por las normas de ordenación y disciplina del Banco de España a las entidades de crédito.

Respecto a la contratación de préstamos o créditos hipotecarios, se trata de reforzar el derecho a la información, dotando de transparencia a las ofertas y publicidad y de enfatizar las labores de información y control de notarios y registradores⁸⁵.

De igual manera, hemos de destacar la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; que (junto a las medidas adoptadas paliar la situación de determinados deudores hipotecarios) aprueba ciertas medidas, pretendiendo una mejora del mercado hipotecario.

3. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

A) Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana

El texto original fue aprobado por la Ley 2/1987, de 9 de abril, al amparo de la competencia exclusiva en esta materia que le concedió el art. 34 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y actualmente está en vigor la Ley 1/2011, de 22 de marzo, que aprueba su nueva redacción⁸⁶. Ha sido la base sobre la que el legislador autonómico ha construido el sistema de protección del consumidor. Así pues, partiendo de esta norma, que no presentaba grandes novedades respecto a la

⁸⁵ BALLUEGA GÓMEZ C., <<La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013>>, en *Diario La Ley*, N°8078, Documento on-line 2583/2013, 8 de mayo de 2013; y <<Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013>>, en *Diario La Ley*, N°8081, Documento on-line 2816/2013, 13 de mayo de 2013.

⁸⁶ RALUCA STROIE I., <<El nuevo Estatuto de consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana>>, en *publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2011.

original LGDCU y actual TRLGDCU (dado que pretende facilitar su aplicación y no realizar una creación legislativa, al margen de la norma estatal), debemos acudir a las restantes normas que con carácter sectorial y de especialidad regulan (desde esta perspectiva) diversos aspectos de la compraventa de viviendas sobre plano.

Aprobado por la Ley 2/1987, de 9 de abril, goza ya de una larga vigencia y ha sido recientemente modificado por la Ley 1/2011, de 22 de marzo. Su temprana aprobación se debe a que la Comunidad Valenciana es de las que asumieron las competencias por la “vía rápida”, en virtud de lo dispuesto por el art. 34.1, párrafo cinco, de la Ley 5/1982.

Hoy en día, merced al avance legislativo operado en este ámbito desde entonces, carece de elementos diferenciadores significativos, pues históricamente se ha dedicado a establecer los medios que permitan dar cumplimiento a lo dispuesto por el legislador estatal; sin embargo, tiene la virtud de su precocidad y de haber servido de base para la aprobación de normativa que ha protegido a los consumidores y usuarios en su desarrollo.

Destaca, en función de la reserva de competencias exclusivas de ámbito estatal, por no regular ni las condiciones generales de contratación ni la enumeración de las cláusulas abusivas.

Lo que sí establece es un listado de derechos básicos e irrenunciables de los consumidores: protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, promoviendo una mayor claridad, equidad y seguridad jurídica en la contratación; protección contra los riesgos que puedan afectar a la salud o seguridad física; información correcta y suficiente sobre productos y servicios así como educación en los derechos y conocimientos para su uso correcto; audiencia en consulta y participación a través de las Asociaciones de Consumidores; protección jurídica, administrativa y técnica por parte de los poderes públicos para corregir situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

B) Ley de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación de la Generalitat

La Ley 3/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación, conocida como LOFCE, sí que nos resulta de extrema utilidad, dado que nace con la vocación de regular cuestiones técnicas del proceso edificatorio.

Estas cuestiones técnicas abordadas vienen a dotar de objetividad al proceso constructivo, otorgando seguridad jurídica tanto a los intervinientes como a los adquirentes finales.

Igualmente, regula el tema de las autorizaciones administrativas -tanto la licencia municipal de edificación como la de ocupación-. Estos dos tipos de licencias suelen ser objeto de análisis cuando se pretende resolver el contrato de compraventa por parte del comprador.

Por último, regula los distintos agentes que intervienen en el proceso constructivo, estableciendo su régimen de obligaciones.

Quizás, como última observación, queda el conectar esta norma (que sí entra de pleno en el ámbito de nuestro estudio) con la Ley 16/05, de 30 de diciembre, urbanística valenciana.

C) Ley Valenciana de la vivienda

La Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de vivienda de la Comunidad valenciana, regula el acceso a la vivienda y, en este campo, destaca la ampliación que realiza respecto a las garantías ofrecidas por la legislación del Estado, pues se establece la necesidad de hacer constar en los contratos de compraventa la obligación del vendedor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta más los intereses legales, no sólo para los supuestos previstos por la LOE, sino también para el supuesto de que no se obtuviese la licencia de ocupación o, si procede, la cédula de habitabilidad o de calificación definitiva [Cfr. art. 9].

Se encuentra dividida en cinco títulos, de los que nos centramos en los tres primeros, referentes al derecho a la vivienda (Título 1), el acceso a la misma: garantías, publicidad y requisitos para la compraventa y arrendamiento (Título 2), así como las normas sobre el uso, conservación, mantenimiento y adaptación de la vivienda.

D) Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia

Inicialmente aprobado por la Ley 4/1996, de 14 de junio, ha sido recientemente modificado por la Ley 1/2008, de 21 de abril.

La Región de Murcia no forma parte de las denominadas “comunidades históricas” y la asunción de competencias fue por la <<vía lenta>>, en virtud de lo dispuesto por la Ley Orgánica 4/1994, de 24 de marzo, que reformó el estatuto de autonomía de la Región de Murcia, incluyendo las competencias para legislar en esta materia.

El Estatuto ha sido modificado, merced a la Ley 1/2008, de 21 de abril, y nació con la vocación de cubrir los huecos dejados por el anterior Estatuto, buscando una mayor protección de los consumidores y usuarios y, para ello, se centró en tres cuestiones: el reforzamiento de las asociaciones de consumidores y usuarios, la potenciación de aquellos instrumentos administrativos ya establecidos para la protección de los consumidores y usuarios y definición y reconocimiento del papel de las administraciones locales en este ámbito⁸⁷.

⁸⁷ En otro orden, desde una perspectiva práctica, destaca el art. 8 g) que establece la <<prohibición del corte del suministro de servicios públicos o de interés económico general de prestación continua, sin constancia fehaciente de recepción previa por el consumidor y usuario de una notificación concediéndole plazo suficiente para subsanar el motivo que pueda esgrimirse como fundamento del corte y sin las previas autorizaciones administrativas o judiciales que, en su caso, puedan proceder. La citada prohibición incluye, en particular, los servicios de agua potable,

La Ley 1/2008, de 21 de abril, por la que se modifica la anterior Ley 4/1996, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, fue dictada al amparo de lo dispuesto por la Ley Orgánica 4/1994, de 24 de marzo, de Reforma del estatuto de Autonomía de la Región de Murcia.

Su formulación resulta muy genérica pero tiene el mérito de ser el punto de partida, con carácter regional, para la defensa y protección (con carácter general) de los consumidores y usuarios⁸⁸.

E) Ley de Calidad en la Edificación de la Región de Murcia

La Ley 8/2005, de 14 de diciembre, viene a regular, desde una perspectiva más cercana, el espacio anteriormente cubierto por la Ley de Ordenación de la Edificación, sin aportar grandes novedades.

El esquema fijado consiste en el establecimiento de un sistema de transmisión documental que sirve como garantía para todos los que integran el proceso edificatorio y, en especial, al consumidor y usuario (como destinatario final de la vivienda), que se asienta en los principios de satisfacción y confianza de cada agente en el proceso.

Tal y como manifiesta su exposición de motivos, pretende con esta Ley <<diseñar un marco normativo básico que garantice la dignidad, adecuación y durabilidad, tanto de las viviendas como del resto de edificaciones que se promuevan o rehabiliten, a excepción de las infraestructuras y obra civil no vinculadas directamente con la edificación, con independencia de que estén o no sometidas a algún régimen de protección o ayuda pública, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ... se elabora esta Ley para impulsar desde la Administración regional un modelo normativo, moderno y eficaz, que sea asumible por el sector, comprometa a sus agentes e impregne en la sociedad, con la intención de racionalizar el proceso edificatorio como una propuesta abierta de mejora continuada de la calidad, a través de la identificación de sus problemas>>.

Como circunstancia destacable, dentro de la enumeración que realiza de los sujetos intervinientes en el proceso edificatorio, incluye a los administradores de fincas (cosa inusual), les encarga la tarea de administrar, cuando se requiera, los recursos de los propietarios para atender a la conservación y el mantenimiento de fincas y prestar el asesoramiento adecuado para preservar el edificio en condiciones de seguridad y uso. Destaca como novedad la tarea de colaborar en la cumplimentación y actualización del Libro del Edificio y, cuando la propiedad o comunidad de propietarios así lo decida, ejercer la custodia del mismo.

electricidad, teléfono y gas, y no estará referida a los cortes de suministro de carácter general por averías, reparaciones u otros análogos>>. Por último, remarcamos que su art. 20,4 incluso prevé actuaciones preventivas para el caso de peligro real o potencial, la adopción de <<medidas adecuadas, proporcionadas y estrictamente necesarias para eliminar o reducir dicho riesgo o lesión>>.

⁸⁸ RALUCA STROIE I., <<Ley 1/2008, de 21 de abril, por la que se modifica la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2011.

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCION

III. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCION

1.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO.

La compraventa de viviendas en proyecto o en construcción, que se conoce comúnmente como *venta sobre plano*, carece de regulación específica en nuestro Código Civil y se trata de un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga, a cambio de un precio o signo que lo represente, a entregar una vivienda en proyecto o en construcción, una vez terminada.

No obstante, desde una inicial perspectiva, podríamos afirmar que nos encontramos frente a un contrato de compraventa de cosa futura⁸⁹, a tenor de lo dispuesto por los arts. 1445 y 1271 CC, revistiendo la modalidad de <<*emptio rei speratae*>>⁹⁰. De esta manera, no se trata de una inexistencia total, de una venta de esperanza (<<*venditio spei*>>), sino de la concurrencia de un acontecimiento futuro previsto, pendiente sólo de su consolidación mediante la efectiva ejecución⁹¹.

Sobre esta distinción ya se ha pronunciado nuestra doctrina en numerosas ocasiones, diferenciando entre la *emptio rei speratae*⁹², en la que es incierta la cualidad de la cosa, pero no la cosa misma, pues esta ha de existir, cualquiera que sea su cantidad y calidad; y la *emptio spei*, en la que el vendedor se obliga a pagar el precio, aun cuando la cosa que debería entregar no llegue a nacer (v.g. el producto de la pesca o de la caza), de manera que el álea -o riesgo- adquiere un carácter esencial, no sólo respecto a la cantidad y calidad, sino en cuanto a su existencia misma. Y en este ámbito destaca PERLINGIERI⁹³, que diferencia entre la *emptio rei speratae*,

⁸⁹ BADENES GASSET R., *El contrato de compraventa*, Barcelona, Bosch, 1995, Tomo I, pág. 141; define a las cosas futuras como <<aquéllas que no tienen existencia real y positiva en el momento en que presta el consentimiento para contratar sobre ellas, esto es, cosas corporales o incorpóreas (derechos, créditos) que todavía no existen, *in rerum natura*, en algún sujeto, pero que pueden nacer>>.

⁹⁰ En este sentido se pronuncian las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1989 (RJ 1989/6976), 1 de julio de 1992 (RJ 1992/6498) y 22 de marzo de 1993 (RJ 1993/2529). Y destacamos la Sentencia dictada por el mismo Tribunal, dictada el 22 de marzo de 1993 (RJ 1993/2529), según la cual “ha de agregarse que los contratos verdaderamente celebrados entre las partes fueron sendas compraventas de cosa futura (<<*emptio rei speratae*>>), cuya calificación corresponde [Sentencias de esta Sala de 17-2-1967 (RJ 1967/735), 3-6-1970 (RJ 1970/2790) y 30-10-1989 (RJ 1989/6976)] a la de una vivienda o local comercial en proyecto de construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación, y en la que el vendedor, una vez que la ha terminado, asume la obligación de entregarla al comprador, quien deberá pagar, obviamente, el precio pactado”.

⁹¹ Se trata de un contrato conmutativo, frente al contrato aleatorio que supone la “*emptio spei*” y la obligación principal derivada para el vendedor (STS 776, 30 de octubre de 1989 -Roj: STS 5883/1989-) es la de entregar la cosa vendida, una vez que ha alcanzado la existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar.

⁹² BADENES GASSET R., Op. cit, pág. 141.

⁹³ PERLINGIERI, P., *I negozi su beni futuri*. Jovene, Napoli, 1962, pág. 161 y siguientes, en sus comentarios al art. 1472 del Códice.

como contrato conmutativo, y la *emptio spei*⁹⁴, como contrato aleatorio y llega a la conclusión de que la compraventa de un bien futuro es un contrato condicional⁹⁵.

En su virtud, el vendedor asume la obligación de entregar lo enajenado tan pronto alcance la realidad, con el deber de desplegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca⁹⁶. Por lo tanto, se trata de un contrato complejo.

Así, nuestro Tribunal Supremo calificó desde muy antiguo este contrato como de *compraventa de cosa futura*, rechazando otras calificaciones, tales como la de promesa de venta, contrato mixto o complejo de ejecución de obra, compraventa y compromiso o arrendamiento de obra⁹⁷.

En Italia destaca el art. 1.472 del Codice de 1942, que atribuye a la venta de cosa futura efectos puramente obligatorios hasta la existencia de la misma, momento en que verificarán los efectos reales del contrato. Así, durante el período que discurre entre la celebración del contrato y la existencia (cuando se han finalizado las obras) el adquirente tiene un mero derecho de crédito⁹⁸.

Por su parte, en Francia, el Code civil, en su art. 1.271, establece que <<objeto de contrato pueden ser todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras>> y define la venta del inmueble a construir en su art.

⁹⁴ Idem, manifiesta que ambas constituyen dos especies de venta de cosa futura, de las cuales sólo la segunda es aleatoria. Así la compraventa de *emptio spei* la considera una compraventa de cosa futura pura y simple, en el sentido de que la falta de existencia de la cosa hace que el comprador no tenga la obligación de pagar el precio; mientras que en la *emptio rei speratae* la considera una venta condicional, que adquiere plena eficacia en el momento en que la cosa adquiere una existencia jurídica autónoma.

⁹⁵ En la *emptio spei* (afirma) la obligación de entregar, o el efecto real, están condicionados a la efectiva producción de la cosa, y la condición tiene naturaleza de un requisito de eficacia de la sola prestación del vendedor. Por su parte, en la *emptio rei speratae*, se trata de un negocio condicionado, sujeto a un requisito de eficacia del negocio, no de la prestación.

⁹⁶ Así, según nuestro Tribunal Supremo (STS 4 febrero de 2003- Roj: STS 648/2003-) no cabe la nulidad del contrato, pues <<no puede aceptarse que se hable de falta de objeto o de causa del contrato, porque en cuanto a lo primero, que se predica en base a su imposibilidad, hay que precisar que esta, para que suponga la inexistencia o radical nulidad del contrato, precisa que sea originaria, es decir, existente al momento de celebrarse el mismo, lo que no acontecía en el caso de autos, que implica una modalidad característica de la compraventa de cosa futura>>

⁹⁷ STS 17-2-1967 (RJ 1967/735), 3-6-1970(RJ 1970/2790), 18-10-1972 (RJ1972/4237) y 28/11/1973 (RJ 1973/4340). Todas ellas citadas por la SAP Zaragoza 26-11-1993 (AC1993/2300), que declara: <<El contrato de venta de viviendas en construcción o sobre plano es propiamente un contrato de compraventa, más concretamente una venta de cosa futura, y así lo ha entendido el Tribunal Supremo rechazando su conceptualización como promesa de venta, como contrato mixto o complejo de ejecución de obra, compraventa y compromiso o como arrendamiento de obra (SS. 17-2-1967 [RJ 1967/735], 3-6-1970 [RJ 1970/2790], 18-10-1972 [RJ 1972/4237] y 28-11-1973 [RJ1973/4340]), pero ello no impide la posibilidad de que pudiera producirse la novación modificativa de la misma en el curso de la construcción de la vivienda, bien encargando determinadas mejoras, bien modificando el precio pactado en atención a determinadas circunstancias (SS. 23-9-1986 [RJ 1986/4783] y 19-12-1989), lo que sin duda ocurriría en el caso de que uno de los compradores solicitare la realización de determinadas mejoras sobre lo inicialmente proyectado y así se recoge en el art. 10.B.1 y 2 del Decreto de 21-4-1989 (núm. 515 [RCL 1989/1091]).>>.

⁹⁸ Y, como destaca PLANA ARNALDOS M.C., *Cesión de solar a cambio de obra futura*. Madrid, Marcial Pons SA, 2002, pág. 118, el comprador queda al margen de los riesgos derivados de la obra pero, por el contrario, queda a merced del transmitente, que puede disponer del inmueble, así como de los eventuales acreedores del transmitente o del constructor.

1601-1⁹⁹, estableciendo dos posibilidades: la venta a término, en que la transmisión de la propiedad se produce cuando la obra está terminada y así consta en un acta auténtica, y la venta en estado de futura terminación, en donde la transmisión de los derechos sobre el solar es automática, y la de las futuras edificaciones, conforme se construyan. De esta manera, la diferencia fundamental entre ambas modalidades es que, en la primera, la adquisición de la propiedad tiene efectos retroactivos, lo que provoca la nulidad de todos los actos dispositivos posteriores efectuados por el vendedor, mientras que en la segunda, como la transmisión es inmediata, el vendedor carece de la posibilidad de disposición (para enajenar o gravar) el inmueble, salvo pacto expreso.

Y de manera complementaria, el Code de la construcción y la vivienda francés regula, en diversos apartados, este tipo de contrato, estableciendo determinadas cautelas, muy similares a las previstas por el legislador español.

Y es conveniente señalar lo dispuesto en la legislación británica, por la Consumer Protection Act, que (en este ámbito) regula (art. 76 y siguientes) los contratos de cosa o prestaciones futuras y, a tal efecto¹⁰⁰, define como tales, aquellos en los que la entrega, la ejecución o el pago total no se realiza al momento de contratar o aquéllos que son parcialmente ejecutados. Estos contratos (art. 76.12) han de constar por escrito y contener la información establecida (con posibilidad de resolución para el caso contrario), debiendo aportarse una copia al consumidor, en la forma prevista y dentro del período establecido.

Volviendo a nuestro ordenamiento, pese a la escasa regulación por parte del Código Civil del contrato de compraventa de cosa futura, sí da una idea de cómo la concibe cuando el art. 1445 describe su contenido.

Los caracteres principales de esta modalidad de compraventa son: el ser un **contrato consensual**, lo que significa que se perfecciona al recaer el consentimiento sobre la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado; ser **senalagmático**, puesto que surgen de él obligaciones para las dos partes –de entregar la cosa y pagar el precio–; ser **oneroso**, puesto que la principal obligación del comprador es el pago del precio; también **principal** y, lo que ahora nos interesa destacar, el que estamos ante un **contrato meramente obligatorio** (negocio obligacional, no dispositivo): sólo genera obligaciones, para ambas partes, en orden a un cambio real futuro: en el vendedor, la de entregar la cosa; en el comprador, la de pagar el precio. Pero no produce un cambio inmediato en la titularidad de la cosa vendida o del dinero del precio: para ello es preciso que tenga lugar la entrega de una y otro, ya que nuestro ordenamiento sigue, en la adquisición de la propiedad, la teoría del título y el modo (contrato y entrega)¹⁰¹.

⁹⁹ Regulada por los art. 1601-1 a 1601-4.

¹⁰⁰ A este respecto, tan sólo cabe recordar las diferencias analizadas en respecto al objeto del contrato en la tradición civil, FIORI, R.: *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Jovene, Napoli, 2003. Este autor analiza el objeto de la compraventa y destaca, en el Derecho civil italiano, dentro del ámbito de la materia contractual, que la expresión “objeto” significa tanto la prestación como el bien económico.

¹⁰¹ LACRUZ BERDEJO J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 2, Madrid, Dykinson, 2000.

En cuanto a sus elementos esenciales, siguiendo el esquema trazado por ALBALADEJO¹⁰², podemos identificar a los sujetos, el consentimiento, que se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y el precio (art. 1262 CC); la cosa objeto de contrato, que ha de ser susceptible de tráfico, tener una existencia real o posible (lo que enlaza con la cuestión que aquí nos ocupa de venta de cosa futura, de vivienda sobre plano, posteriormente analizada), ha de ser determinada o determinable y ser de lícito comercio. Por último, tenemos que aludir al precio, que ha de ser verdadero o real, determinado (art. 1147 y siguiente CC) y fijado en dinero o signo que lo represente.

Las resoluciones de nuestros Tribunales de Justicia han ido asentando una consolidada doctrina que ha delimitado este contrato con el paso de los años. Si atendemos al extenso cuerpo de sentencias que, desde una u otra perspectiva, han analizado este contrato, podemos ofrecer una visión mucho más completa, entendiendo por contrato de compraventa de vivienda sobre plano aquel contrato de naturaleza mixta¹⁰³ (que se encuentra sometido a algunas normas propias del contrato de ejecución de obra, particularmente al artículo 1591 CC, combinadas con las de la compraventa¹⁰⁴) en virtud del cual una de las partes, el vendedor, asume la obligación de construir o promover la construcción del inmueble a entregar, que se encuentra gráficamente prefigurado en el momento de su otorgamiento¹⁰⁵. De este modo, no sólo ha de adquirir el terreno, sino también contratar a los técnicos que proyecten y dirijan la obra, financiar la construcción y cumplir con las exigencias administrativas y urbanísticas relativas a la construcción (también, como vemos, la

¹⁰² GARCÍA CANTERO G., <<De la naturaleza y forma de este contrato>>, AAVV, Dir. MAG y SDA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid, Edersa, Tomo XIX, 1991, pág. 22.

¹⁰³ ATAZ LOPEZ J., <<Compraventa y contrato de obra futura>>, en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Aranzadi, Navarra, 2013, Tomo I, pág. 109 analiza la naturaleza jurídica del contrato, llegando a la conclusión de que más útil que discutir la calificación es admitir que se trata de un contrato de naturaleza mixta, en el que están presentes las obligaciones propias de ambos tipos contractuales, debiendo preguntarse, en cada caso de conflicto, en qué medida debe prevalecer la regulación del contrato de obra y cuándo la compraventa; *teniendo siempre presente que estamos pensando en supuestos en los que una de las partes ha asumido dos obligaciones principales que están causalmente vinculadas: en primer lugar un **facere** consistente en fabricar o hacer una cosa, y en segundo lugar un **dare** consistente en la entrega a quien pretende adquirirla.*

¹⁰⁴ Tal y como establece la SAP Sevilla 15-10-1997 (AC 1997/2279), que hace referencia a las del Tribunal Supremo de 30-10-1989 (RJ1989/6976), 1-07-1992 (RJ 1992/6498) y 22-03-1993 (RJ 1993/2529). Igualmente la SAP Las Palmas, de 4 de septiembre de 2003, (BDB AP Las Palmas 19798/2003).

¹⁰⁵ La STS de 30 de octubre de 1989 (RJ 1989/6976) pone de manifiesto que <<la compraventa de cosa futura (en su modalidad de “emptio rei speratae”), como contrato conmutativo que es (a diferencia de la modalidad llamada “emptio spei”, que es un contrato aleatorio), presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial o constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que esta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar de manera que el contrato queda plenamente desnaturalizado, como tal cosa de venta futura, si el supuesto vendedor no contrae o se desvincula de la expresada obligación esencial de entrega>>. Por su parte, la STS de 22 de marzo de 1993 (RJ 1993/2529) establece que <<ha de agregarse que los contratos verdaderamente celebrados entre las partes fueron sendas compraventas de cosa futura (“emptio rei speratae”), cuya calificación corresponde (Sentencias de esta Sala de 17-2-1967 –RJ 1967/735–, 3-6-1970 –RJ 1970/2790– y 30-10-1989 –RJ 1989/6976–, a la que una vivienda o local comercial en proyecto de construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación, y en la que el vendedor, una vez que la ha terminado, asume la obligación de entregarla al comprador...>>).

relativa a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios). La obligación de entrega, por último, es una obligación de resultado.

2.- DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS UTILIZADAS EN EL MERCADO INMOBILIARIO

Aunque la fórmula habitual para la adquisición de la vivienda sobre plano es el contrato de compraventa, conviene diferenciar esta figura de otras más o menos cercanas.

Y a este respecto, lo primero a destacar es el principio de la irrelevancia del *nomen iuris* (o de primacía de la realidad) según el cual *los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son*. De esta manera, habrá que diferenciar las figuras negociales para poder aplicar el régimen legal adecuado para cada situación.

A) El contrato de permuta

En ocasiones, el acceso a la propiedad de los particulares se instrumenta a través de un contrato de permuta¹⁰⁶, en virtud del cual los particulares convienen la cesión de un terreno a cambio de que el adquirente construya sobre él una determinada edificación (generalmente un edificio) y les entregue una contraprestación diferida de la obra (vivienda, locales comerciales y/o garajes¹⁰⁷).

De esta manera, el dueño del solar (cedente) se obliga a transmitir la propiedad del solar y el adquirente del solar se compromete a realizar una determinada construcción y a entregar al cedente la prestación pactada¹⁰⁸. De esta manera (según este esquema básico) el adquirente recibe una prestación inmediata y se compromete a dos futuras: edificar y entregar (hacer y dar).

Y, aunque el ámbito de aplicación queda fuera del presente trabajo, no podemos evitar el realizar unas breves reflexiones. A este respecto, la primera es que, mediante este contrato (que admite muchas variantes, por lo que habrá que estar

¹⁰⁶ La STS 765/2011, de 20 de octubre (Roj STS 6846/2011) afirma que <<Este contrato, aunque no esté específicamente contemplado en el Código civil, es un tipo de permuta que sí está regulado en los artículos 1538 y siguientes (al igual que ocurre con la compraventa de cosa futura), muy frecuente en la realidad social y objeto de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales (así, sentencias de 8 de marzo de 2001, 19 de julio de 2002, 1 de julio de 2010, 7 de julio de 2011). Se cambia por su propietario -permuta- una finca a cambio de determinados elementos que la otra parte permutante se obliga a entregar cuando termine el edificio que va a construir en ella>>

¹⁰⁷ PLANA ARNALDOS M.C., *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 19. Cfr. SERRANO CHAMORRO M.E., *Cambio de solar por edificación futura*, Navarra, Aranzadi, 2002.

¹⁰⁸ BADENES GASSET R., *El contrato de compraventa*, Barcelona, Bosch, 1995, Tomo I, pág. 231; de conformidad con un consolidado criterio jurisprudencial, destaca la circunstancia de que la esencia de la permuta radica en el cambio directo de una cosa por otra, sin intervención principal del dinero (por lo que puede que intervenga accesorariamente). Y de esta manera el elemento distintivo de las figuras, más que en la entrega de dinero, lo sitúa en la existencia de un precio, inexistente en la permuta, llegando a la conclusión de que <<se tendrá por permuta si el valor de la cosa dada en parte de la valoración excede al del dinero o su equivalente, y por venta en caso contrario>>.

a la casuística), la posición del consumidor y usuario es más débil que la del comprador de vivienda sobre plano, dado que:

1º.- El legislador centra su análisis y defensa del comprador de vivienda sobre plano, no del cedente, por lo que en principio la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios le resulta extraña.

Y recientemente, nuestro Tribunal Supremo¹⁰⁹, en un supuesto en que la promotora requería a unos particulares (cedentes) el otorgamiento de la oportuna escritura, ha declarado la no aplicación del derecho de consumo a los particulares, consumidores, dado que, no estando ante un contrato de adhesión, no apreciaba desequilibrio entre las partes. Por su parte, la Audiencia Provincial de Valencia tampoco ha aplicado el derecho de consumo a una permuta en la que los cedentes no recibían las viviendas para convertirlas en su domicilio habitual, sino para alquilarlas o revenderlas¹¹⁰.

2º.- Generalmente el cedente asume mayor riesgo, dado que, mientras que el comprador realiza varias disposiciones económicas a lo largo del proceso de construcción, amparadas por un seguro o aval, el cedente debe transmitir desde el comienzo la totalidad del solar, siendo infrecuentes los supuestos en que afianza (con garantía real) el cumplimiento del contrato, dado que habitualmente el promotor, tan pronto recibe la titularidad del solar, constituye una hipoteca con la que financiar la obra. Y a este respecto recordamos que la obligación del cedente es de dar (inmediata), mientras que las del adquirente son futuras (hacer y dar), lo que nos muestra la desigualdad en cuanto a la asunción de riesgos se refiere.

3º.- En ocasiones, por motivos fiscales, el cedente aparece configurado como promotor de la obra, aunque efectivamente no lo sea (por carecer de facultades de dirección y decisión). Esta configuración formal o aparente hace que, no sólo carezca aparentemente de legitimación para exigir responsabilidades frente al verdadero promotor, sino que, a la postre, le obliga a responder frente a los compradores de viviendas¹¹¹.

¹⁰⁹ STS 421/2011, de 13 de junio (Roj STS 4839/2011): <<Hemos de recordar que no estamos ante un contrato de adhesión, ni frente a un contrato al que le sea aplicable, "estrictu sensu", la normativa protectora de los consumidores frente al constructor promotor, ni parece que estemos ante un contrato en el que fuera procedente reequilibrar las respectivas prestaciones principales a que se obligan las partes, no observándose ningún desequilibrio al respecto>>.

¹¹⁰ SAP Valencia 536/2009, de 13 de octubre (Roj SAP V 7467/2009) <<debemos concretar la naturaleza del contrato suscrito entre las partes, pues estimamos que nos hallamos ante un contrato de permuta de solar por obra futura pero que, dadas sus características, los demandados no adquieren las viviendas, o al menos todas las viviendas, para convertirlas en su domicilio habitual como consumidores y usuarios y amparados por tal normativa proteccionista, entre otras, por lo dispuesto en la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, del 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 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, sino que consideramos que la finalidad primordial del contrato de permuta que analizamos es el de adquirir las viviendas, locales y plazas de garaje para el alquiler o la reventa>>.

¹¹¹ Aunque algunas sentencias, como la STS de 18 de diciembre de 1990 (RJ 10286), eximen al cedente de responsabilidad por vicios en la construcción frente a los compradores de viviendas. Y en idéntico sentido encontramos la STS de 11 de junio de 1994 (RJ 5227) que declara que <<(…) dentro de la figura del promotor-constructor, no puede considerarse comprendido al propietario del terreno que, mediante un frecuente y atípico contrato do ut des se limita simplemente a permutarlo de la obra

Al contrario que las sentencias citadas, entendemos que resultará de aplicación para los cedentes el TRLGDCCU si se dan los requisitos establecidos por los artículos 2 a 4 (que son distintos a los previstos por las citadas resoluciones) y que habrá que indagar cuál es la verdadera naturaleza contractual¹¹², pues pudiera resultar que la utilización de esta fórmula, en detrimento de la compraventa, obedezca por entero a los intereses de la promotora-constructora, mientras que los cedentes sean completamente ajenos a las consecuencias de la naturaleza jurídica del contrato, centrándose sólo en el producto del mismo y desconociendo las consecuencias jurídicas de la fórmula empleada.

4º.- El cedente también puede tener problemas con los compradores de las viviendas, para el supuesto de que el promotor-constructor venda el inmueble que le fue atribuido al primero. En este caso hay que diferenciar:

- Si el cedente ha inscrito previamente su título en el Registro de la propiedad, que es lo habitual, entonces quedará protegido erga omnes, en virtud de lo dispuesto por el art. 34 LH y 13 RH.
- Si el cedente no lo ha inscrito su título, entonces tendremos que acudir a las disposiciones generales del art. 1.473 CC y 34 LH¹¹³.

Tal y como indica PLANA ARNALDOS¹¹⁴, la única ventaja que el cedente tiene respecto del comprador es la posibilidad de negociar con el constructor, dado que posee un elemento necesario para el desarrollo de la actividad, lo que le concede cierto margen de negociación.

B) La autoconstrucción

Hemos querido hacer mención a esta figura, dado que, teniendo una finalidad específica (el pretender el dueño de un terreno edificar sobre el mismo, para poder hacer uso propio de la edificación), se ha podido utilizar por parte de algunos promotores (especialmente en los casos de parcelas destinadas a la construcción de viviendas unifamiliares), como medio para tratar de eludir las cautelas y garantías impuestas por el legislador para el contrato de compraventa de vivienda en construcción.

que el constructor edifique sobre dicho terreno>>. No obstante, existen sentencias que declaran lo contrario (STS 24 de enero 1984 –RJ 575-), al entender que el cedente participa de alguna manera en el negocio constructivo.

¹¹² De manera que el cedente se limite a recibir unos inmuebles (e incluso, además, una cantidad de dinero fija) para su uso propio o recibe varios inmuebles para su comercialización o bien participa en el negocio inmobiliario, a través de un porcentaje de la obra construida.

¹¹³ PLANA ARNALDOS, Op. Cit., pág. 227 y siguientes, va más allá, planteándose el supuesto de que la fórmula empleada para transmitir el solar se enmascare bajo la apariencia de una compraventa (en vez de la verdadera permuta), lo que nos sitúa en el ámbito de la simulación relativa del negocio jurídico. En este caso entiende que se provoca una nulidad del negocio simulado, de manera que pudiera surgir un conflicto de intereses entre el cedente (que ha sido parte del acuerdo simulado) y los compradores, en principio amparados por la buena fe y protegidos por la protección de la seguridad jurídica, prohibición de ir contra los propios actos y de invocar su propia causa torpe.

¹¹⁴ PLANA ARNALDOS, Op. Cit., pág. 108.

Así, el supuesto denunciado consistiría en que el promotor (por sí o mediante otra empresa) vende al consumidor una parcela urbana, donde se le ofrece, al mismo tiempo, la construcción de una vivienda, para lo cual tendrá que firmar otro contrato, de arrendamiento (o ejecución) de obra, con un contratista (en nuestro caso, el mismo promotor o empresa vinculada al mismo).

De esta manera, el consumidor y usuario quedaría vinculado con el promotor, en principio, por medio de un contrato de compraventa, en lo referente al solar.

En este sentido conviene prestar atención al momento en que se acuerda el otorgamiento de la escritura de compraventa, dado que aunque lo lógico sería hacerlo en un primer tiempo, anterior e independiente al de la construcción, en tiempos de bonanza del sector inmobiliario no era inusual hacerlo coincidir con el momento de entrega de la vivienda, pretendiendo el promotor asegurar el pago final por parte del consumidor¹¹⁵.

Al margen, de manera independiente, se situaría otro contrato de ejecución de obra (o de arrendamiento de obra según la terminología utilizada por el art. 1.544 CC) y en virtud del cual, <<una persona se obliga respecto de otra a realizar con independencia una actividad o trabajo mediante remuneración¹¹⁶>>.

En nuestro caso, nos encontraríamos con la apariencia de que un consumidor y usuario, que ha adquirido una parcela, desea construir una vivienda sobre la misma, motivo por el que suscribe un contrato de ejecución de obra con el contratista (que es el mismo promotor o una mercantil de su grupo empresarial o vinculada al mismo), que pone el material y realiza la obra.

Y hemos querido hacer hincapié en la circunstancia de que, al tiempo de ofertar la parcela, se le ofrece la vivienda a construir (completamente definida, mediante la aportación de un proyecto básico, al que se permiten pequeñas modificaciones), dado que éste suele ser el elemento revelador de la verdadera naturaleza jurídica del contrato.

En efecto, la diferencia entre el contrato de obra y el de compraventa no es muy nítida¹¹⁷, por lo que doctrina y jurisprudencia han venido dando las líneas diferenciadoras¹¹⁸. A este respecto, destaca la caracterización del contrato de

¹¹⁵ A este respecto, si el objeto del contrato es una mera compraventa de solar, lo habitual es que se pacte el pago final y el otorgamiento de la escritura de compraventa para unas fechas muy próximas, quedando vetada la posibilidad por parte del adquirente de edificar, hasta entonces.

¹¹⁶ LUCAS FERNÁNDEZ F., <<Artículo 1455>>, AAVV, Coord. M.A.G.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Edersa, Madrid, 1992, Tomo XX, Vol.1, pág. 100. Y este autor destaca –al igual que la mayoría de la doctrina– que la diferencia con el contrato de arrendamiento de servicios es que en el contrato de obra lo que se promete es un resultado, de manera que, si no se alcanza, no se puede exigir al comitente el precio pactado.

¹¹⁷ ROGEL VIDE C., *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, pág. 266 y siguientes.

¹¹⁸ Sobre este respecto, ALONSO SAURA M.P., *El tiempo en la entrega de la vivienda objeto de compraventa en proyecto o en construcción en situación de crisis económica*, Real Academia de legislación y jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2011, pág. 23; hace referencia a que <<en aquéllos supuestos en que las promotoras venden una parcela en una urbanización obligándose, además, a ejecutar sobre dicha parcela las obras necesarias para la construcción de la vivienda, mientras que el adquirente se obliga a anticipar fondos. En estos casos cuando realmente la finalidad es transmitir una

compraventa de cosa futura (*emptio rei speratae*) como un contrato sometido a condición suspensiva (de la existencia de la cosa futura), donde el vendedor sólo se obliga a entregar la cosa si ésta llega a existir. De esta manera la obligación del vendedor es de dar. Por el contrario, en el contrato de ejecución de obra, la obligación del contratista es fundamentalmente de hacer, a la que sigue una obligación de dar¹¹⁹.

Y, en función de esta distinción entre los dos tipos de obligaciones (de dar y de hacer¹²⁰) se ha tratado de diferenciar a estos dos contratos, aunque no siempre de manera clara¹²¹. A modo explicativo, y sin ánimo de exhaustividad, BADENES cita varios factores diferenciadores (profesionalidad de quien ha de entregar o producir los bienes, que la obra se realice conforme a un plan especial, especial habilidad del contratista, fungibilidad del objeto y asunción de responsabilidad por parte del productor respecto del resultado) que tampoco nos ofrecen una solución unitaria o generalista para diferenciar estos dos contratos¹²².

vivienda futura, más que contratos diferentes de compraventa y ejecución de obra con aportación de materiales, se trata de una compraventa de vivienda a construir, con objeto unitario, máxime si no se ha otorgado escritura pública de la parcela antes del inicio de la construcción y se ha establecido el pago mediante entregas parciales sin distinción alguna de uno y otro concepto. No se tratará de un contrato de compraventa de vivienda futura en aquellos casos en que el supuesto vendedor no contrae o se desvincula de la expresada obligación esencial de entrega ...>>.

Por su parte la STS de 28 de septiembre de 1973 (RJ 1973/4340) según la cual <<Que la verdadera naturaleza de estos contratos ha sido bien precisada por la sentencia impugnada, cuando al tratar de la línea de separación entre las figuras contractuales afines legalmente tipificadas como arrendamiento obra (contrato de empresa), y la de compraventa de cosa futura, dice que «la última diferencia que impone la distinción, reside en que, en aquél, el empresario inicia o despliega su actividad que lo es "encargada" por el dueño, de ella, y no tal empresario, el que asume la titularidad o propiedad de los avances, porciones o parciales resultados en los que se desarrolla, ya que el referido empresario se obliga a "ejecutar" (arts. 1544 del CC) y al tiempo que ejecuta, el producto entra en el patrimonio del dueño (...) mientras que en la compraventa de cosa futura como en la de cosa presente, a lo que se obliga el vendedor es a "entregar" (art. 1445 del CC) (...) diferencia que se acentúa en los casos en que la obra que se "entrega" o que se "compra", tiene por base la edificación urbana (...)>>; terminando por afirmar -certeramente- «que en el caso de autos es manifiesto que estas diferencias se aprecian de manera concluyente, no sólo de los términos en que están redactados los contratos discutidos, donde se utiliza el vocablo «compraventa» y otros derivados y sinónimos con profusa reiteración, sin aludir siquiera a las designaciones de «arrendamiento de obra» o «contrato de empresa», sino porque a la postre, los vendedores-construtores (que aquí tiene las dos cualidades) son los que solicitan siempre como titulares de la obra, respecto de la cual sólo se obligan a «entregar» uno de los pisos a cada uno de los distintos demandados que no eran propietarios del suelo y que, por tanto, no puede considerárseles sino como compradores de su piso>>.

¹¹⁹ GÓMEZ TABOADA J., <<Los arrendamientos de obras y servicios>>, AAVV, Cor. MJFDD, *Instituciones de Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 2003, Tomo III, Volumen 3º, pág. 387; hace esta distinción, al establecer una conducta diferente para el vendedor y para el arrendador. En el primer caso se limita a obligarse a transmitir la posesión o la propiedad, mientras que en segundo debe ejecutar la obra y luego transmitirla, de manera que este se obliga a un *facere* y, eventualmente, a un *dare*. Así, entiende este autor, mientras que la compraventa implica un *do ut des*, el arrendamiento de obra supone un *do ut facias* o, en su caso, un *do ut facias et des* <<De ahí que al arrendamiento de obra se le apliquen las reglas propias de las obligaciones de hacer; reglas que, sin embargo y en términos generales, no son aplicables al contrato de compraventa, paradigma de las obligaciones de dar>>.

¹²⁰ Que también es defendida por DE CASTRO Y BRAVO F., <<El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática>>, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXIX, 1976, Fasc. 4, pág. 1141-1156.

¹²¹ LUCAS FERNÁNDEZ F., Ob. cit., pág. 181; nos muestra las diversas posiciones doctrinales de la época, muy distantes unas de otras y que tampoco nos aportan una solución unitaria.

¹²² BADENES GASSET R., *El contrato de compraventa*, Bosch, Barcelona, pág. 93.

Por su parte, LUCAS FERNÁNDEZ¹²³, al hilo del análisis de la responsabilidad (art. 1589 CC) por destrucción de la obra que se lleva a cabo en bienes inmuebles, diferencia dos supuestos, que nos pueden servir parcialmente para plantear una respuesta genérica (sin perjuicio de las circunstancias concretas de cada caso) para delimitar la naturaleza del contrato:

- Si se encarga la construcción de un edificio en un solar propiedad del contratista, acogiendo la teoría de Pothier, deduce que nos encontramos frente a una verdadera compraventa, dado que entiende que este sólo lo entregará cuando esté terminado. En este caso la responsabilidad recae sobre el contratista y es este el supuesto que, por exclusión, podrá darnos la respuesta genérica pretendida.
- Si se encarga la construcción de un edificio en un solar propiedad del comitente, entonces distingue dos situaciones: aquella en que la pérdida se produce antes de la entrega del inmueble, en cuyo caso la responsabilidad recae sobre el contratista, y aquella en la que se produce tras esta (siempre que el contratista no incurriese en mora), en cuyo caso recae la responsabilidad sobre el dueño de la obra. En ninguno de estos dos supuestos nos podrá dar la respuesta genérica que planteábamos, por lo que nuevamente tendremos que acudir a otros criterios de diferenciación.

Por su parte, nuestra jurisprudencia ha ido ofreciendo soluciones a los problemas particularmente planteados¹²⁴, pero tampoco ha sido capaz de ofrecer una solución genérica.

Así pues, las consecuencias de calificar el contrato de una u otra manera son muy importantes¹²⁵:

1º.- Respecto a la asunción de riesgos: en el caso de la compraventa de cosa futura, en virtud de lo dispuesto por el art. 1452 CC (salvo para las cosas fungibles), recaen sobre el comprador, mientras que conforme al art. 1.489 CC, si el que contrató la obra se comprometió a aportar los materiales, debe asumir los riesgos en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo mora en la recepción.

¹²³ LUCAS FERNÁNDEZ, Op. Cit, pág. 265 y siguientes.

¹²⁴ A este respecto, la STS 161, de 25 de abril de 1980 (RJ 1980, 1561), analiza diversas posiciones doctrinales que estudian la distinción entre el contrato de compraventa y el de ejecución de obra, disponiendo que << sin necesidad de pasar revista a las diversas posiciones doctrinales acerca de la distinción, en las zonas dudosas, entre el contrato de compraventa y el de locación de obra, hay casos como el presente en los cuales, ya se atiende al criterio subjetivo de la intención de los contratantes, contemplando el producto del trabajo o "res facta" como un "daré" y prescindiendo del proceso de fabricación, ya se utilice el criterio objetivo de la prevalencia del valor de la materia, unido al de la fungibilidad de la cosa producida en serie periódica y profesionalmente por quien las elabora, con toda evidencia se ofrece un contrato de compraventa, aunque el pedido al fabricante se haga fijando a las cosas determinadas características de forma y dimensiones, con lo que la única nota singular será la que comporte matizar la obligación del vendedor como entrega de cosa futura, según esta Sala tiene declarado en sentencia de 28 de noviembre de 1973, resolviendo sobre venta de inmueble->>.

¹²⁵ Partiendo de lo expuesto por BADENES GASSET R., Op. cit.

2.- Respecto a la posibilidad de desistimiento: el art. 1.594 lo admite, con carácter general, para el arrendatario, para el contrato de ejecución de obra, mientras que el art. 1.454 CC, en sede de compraventa, sólo lo admite con carácter excepcional.

3º.- El art. 1.597 CC concede una acción directa de reclamación a los que ponen su trabajo y materiales en una obra, frente al propietario. En el caso de compraventa no se concede este tipo de acción.

4º.- El art. 1459 CC establece una serie de limitaciones a la capacidad del comprador, que no resultan de aplicación en el contrato de ejecución de obra.

5º.- Si nos encontramos en un régimen de autopromoción, en principio, el consumidor y usuario tendrá que responder ante las autoridades (administrativas, laborales, etc.) de la ejecución de la obra, por lo que, caso de infracción urbanística, o en materia de riesgos laborales respondería directamente, pese a ser completamente ajeno. Por el contrario, en el caso de compraventa responderá, en principio, sólo el promotor y el comprador asumiría, en principio, sólo aquellas responsabilidades reflejadas en el propio título o en la información registral.

6º.- En caso de compraventa, el legislador (RD 57/68 modificado posteriormente por la Disposición Adicional primera de la LOE) impone la existencia de una serie de garantías por las cantidades entregadas a cuenta, con motivo de la compraventa de vivienda en construcción, mientras que en el caso del contrato de ejecución de obra no existe tal cautela, dado que el legislador presupone un riesgo mucho menor, al construir (en nuestro caso) en suelo propio y la práctica hace que el riesgo se limite, por venir generalmente referidos los pagos a las certificaciones de obra, de manera que se realizan pagos en función del avance en el proceso edificatorio.

7º.- Y, por último, también se relaja la exigencia de seguros por las responsabilidades en la construcción (art. 19 LOE), dado que, mientras que en el caso de la compraventa de vivienda no se podría inscribir (art. 20 LOE) la obra nueva terminada en el Registro de la propiedad sin la previa acreditación de la obtención del seguro decenal, la Disposición Adicional segunda de la LOE faculta al autopromotor para poder inscribir la obra nueva sin este seguro obligatorio, aunque faculta al eventual comprador para poder exigirlo, en caso de transmisión durante el plazo de diez años, desde la conclusión de las obras y por el período que reste hasta alcanzar el período de garantía.

Así pues, dadas las graves y muy distintas consecuencias derivadas de la calificación del contrato suscrito, como de compraventa o de ejecución de obra, habrá que prestar mucha atención a los actos anteriores y coetáneos a la firma del contrato como, por ejemplo, estudiar la publicidad (para ver si se oferta sólo una parcela o, por el contrario, una vivienda), comprobar si la vendedora del terreno ha actuado como promotora de otras viviendas de la zona y si estas son similares a la que nos ocupa (dado que lo habitual es que la oferta –cuando nos encontramos frente a compraventas- quede reducida a pocos modelos de viviendas, que se distribuyen

por el residencial en función del tipo de parcela y del precio asumido por los adquirentes de las parcelas), quién aportó el plano que sirve de base para el contrato y, en su caso, quién lo encargó al arquitecto redactor, así como si, con anterioridad a la firma del contrato, se había solicitado una licencia municipal de construcción y/o de segregación, etc.

No obstante lo anterior, nada impide que existan empresas cuyo objeto sea la venta de parcelas, para su posterior construcción, por cuenta y riesgo de los compradores.

Por último, es necesario señalar que tal y como pone de manifiesto DÍAZ MARTÍNEZ¹²⁶, el autopromotor de vivienda no tiene la cualidad de consumidor, y ello porque su posición jurídica es muy distinta a la del comprador de vivienda, puesto que éste siempre conserva la propiedad del suelo e incluso posee la facultad de resolución anticipada del contrato (con independencia de la oportuna indemnización al constructor del 1594 CC). En el mismo sentido encontramos la SAP Madrid 810/2008, de 18 de noviembre¹²⁷. No obstante, también hay que señalar que existen sentencias en contra, como la de la SAP Zaragoza 36/07, de 22 de enero¹²⁸ (Roj: SAP Z 16/2007).

C) La cesión de contrato

En tiempos de bonanza económica y con un mercado inmobiliario al alza, resulta habitual la presencia de sujetos que adquieren inmuebles sobre plano del promotor, con la esperanza de que, a lo largo del proceso edificatorio, el precio sufra un incremento. Aprovechando esta circunstancia los compradores (dentro de una cadena de transmisiones) venden a un tercero por un precio superior al inicialmente pactado, pero sin otorgar escritura de compraventa alguna¹²⁹, con lo que adquieren un rápido beneficio, habitualmente libre de impuestos (por quedar oculto al fisco).

Y aquí puede que nos encontremos ante una venta de inmueble en construcción (reventa), en la que el vendedor es una persona distinta al promotor, o bien ante una cesión de contrato de compraventa.

En el primer supuesto, entendemos que el comprador final dispone de dos tipos de acciones: unas derivadas del contrato de compraventa frente al vendedor, y

¹²⁶ DÍAZ MARTÍNEZ A., <<Los modelos de tutela del adquirente de vivienda no terminada ... pág. 34.

¹²⁷ Roj: SAP M 19512/2008.

¹²⁸ Afirma dicha resolución que <<El hecho de que el Sr Javier pueda calificarse como "promotor" o "autopromotor", según el texto de la *Ley de Ordenación de la Edificación 38/99, de 5 de noviembre*, no empece a su condición de consumidor, pues las consecuencias de ambas condiciones no se obstaculizan, sino que tienen su eficacia en ámbitos jurídicos diferentes. Ya que el promotor puede ser una persona física que recibe directa y finalmente el producto de la obra (consumidor). De hecho, la D.A. Segunda de la L.O.E. excluye de la obligación de garantizar los daños materiales de una obra al "autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio">>.

¹²⁹ Incluso alguna sentencia como la SAP A Coruña 59/2012, de 29 de noviembre de 2011(Roj: SAP C 932/2012) ha llegado a aceptar la cesión del precontrato inmobiliario, al declarar que el negocio cedido no es una compraventa, sino un mero pacto preliminar o preparatorio.

otras derivadas de las obligaciones impuestas al promotor de vivienda (principalmente por la LOE)¹³⁰.

Por su parte, la cesión de contrato ha sido definida por nuestra doctrina como <<el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la íntegra posición en el contrato que ocupa>>¹³¹. Y nuestra jurisprudencia ha analizado esta figura en varias sentencias, de las que destaca la STS 587/84, de 23 de octubre¹³², que analiza esta figura y dispone que << en nuestro Código Civil no se contiene una regulación específica de la figura jurídica de la cesión de contrato, si por el contrario de la cesión de créditos, contemplada en el capítulo séptimo del Título Cuarto del Libro Cuarto del dicho Código, dentro del contrato de compraventa, bajo el epígrafe «de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales», tanto en el campo de la doctrina como en el de la jurisprudencia, la cesión de contrato si está plenamente configurada, tanto en cuanto a su alcance como a sus efectos, y así, doctrinalmente, la cesión del contrato entraña la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presuponiendo, por ende, la existencia de obligaciones sinalagmáticas, que en su reciprocidad se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes, de aquí que tenga el carácter de un contrato trilateral, en el que necesariamente han de intervenir -aunque en sus efectos tengan distinta proyección el cedente, el cesionario y el cedido, cuya presencia es inexcusable, a fin de prestar su aquiescencia o consentimiento de la cesión ...>>

Su principal efecto es que el cedente trata de quedar liberado de las obligaciones derivadas del contrato originario, dado que el cesionario adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas del mismo, siempre que no sean de carácter personalísimo, como si él mismo hubiera sido el contratante¹³³.

La cesión de contrato es posible gracias al principio de autonomía de la voluntad, pero para que se produzca requiere la voluntad de todos los intervinientes.

Y, en nuestro caso, tenemos que diferenciar entre:

- Las relaciones entre el cedente (primer comprador) y el cesionario (el comprador final). Este último ocupa la posición contractual del cedente, con transmisión de las facultades del mismo.

¹³⁰ La STS de 30 de junio de 1997 (RJ 1997/5406) analiza una compraventa de vivienda realizada a través de compradores intermedios y afirma que <<los nuevos propietarios, al adquirir de los anteriores, se subrogan en todas las acciones que garantizan el dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, ya que, tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia, pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora y, por tanto, el comprador de una vivienda que la adquiere de quien fue comprador de ella al promotor está activamente legitimado para reclamar de este lo debido según el primer contrato de compraventa>>.

¹³¹ LACRUZ BERDEJO J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Madrid, Dykinson, 2000, Tomo II, Vol.1, pág. 531.

¹³² Roj: STS 131/1984.

¹³³ La SAP A Coruña 59/2012, citada anteriormente, analiza esta figura jurídica y reproduce literalmente los fundamentos jurídicos de la STS 587/84.

-Las relaciones entre cesionario y el promotor. Ambos pueden oponerse las excepciones inherentes a la naturaleza de la obligación, así como las personales¹³⁴. Pero en el caso de las excepciones personales que afectaban al promotor y al cedente, habrá que diferenciar: las personales que podía oponer el cedente, en principio se transmiten al cesionario (aunque habrá que interpretar la voluntad de las partes), mientras que las que podía oponer el promotor, en principio, parece que no pueden ser opuestas, dado que consintió la cesión¹³⁵.

En otro orden, por lo que respecta a las relaciones entre el promotor y el primer adquirente, estas han sido analizadas por la reciente STS 597/2012, de 8 de octubre¹³⁶, en que un matrimonio adquiere dos viviendas para transmitir las antes de su terminación, buscando un rápido beneficio, pero (como consecuencia de la crisis del sector) las viviendas se terminan sin haberlas transmitido y el banco no les concede un préstamo hipotecario, debido a su avanzada edad. Dice la sentencia¹³⁷ que, merced a esta actividad, asumen un riesgo que no puede ser desplazado al promotor.

Por último, entendemos que la existencia de cláusulas contractuales que permiten al comprador la cesión del contrato a un tercero no implica necesariamente la existencia de una cesión de contrato por parte del adquirente original a otro posterior¹³⁸, puesto que para ello se precisa una concreta comunicación y aceptación (al menos tácita) por parte del promotor¹³⁹. Si no existiera esta aceptación nos encontraríamos en presencia de dos transmisiones independientes.

¹³⁴ A este respecto, la STS 587/84 afirma que <<si la reciprocidad de obligaciones ha desaparecido, por haber cumplido una de las partes aquello a lo que venía obligada, podrá haber una cesión de crédito, si cede el cumplidor; o una cesión de deuda si cede el que no ha cumplido, sin que en tales supuestos sea exigible el consentimiento del deudor>>.

¹³⁵ LACRUZ, Op. cit. Pág. 534.

¹³⁶ Roj: STS 6202/2012.

¹³⁷ <<Esta Sala, aceptando el criterio expresado con claridad en la sentencia recurrida entiende que los compradores adquirieron con fines especulativos, lo que les podía haber generado una rápida ganancia, obteniendo un precio superior al pactado con la promotora que había dirigido el arduo proceso de construcción, pero los compradores cuando se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios con la consiguiente disposición urgente de la inversión, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptado que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora que ningún beneficio obtiene de las posteriores ventas. Es decir, los recurrentes pretenden aceptar los beneficios de la especulación pero repercutiendo en la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, lo que es contrario a la buena fe (art. 1258 del C. Civil) y viola el art. 1105 del C. Civil .

Por lo expuesto, no se infringe el art. 1184 del C. Civil al concurrir culpa del deudor al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra>>.

¹³⁸ Que admite diversas denominaciones, tal y como pone de manifiesto la citada SAP A Coruña 59/2012, que afirma: <<Efectivamente hay una compra por subrogación, cesión de derechos, reventa, pase, novación subjetiva o como quiera denominarse, ya que a efectos jurídicos y prácticos es lo mismo>>.

¹³⁹ Cfr. DIAZ MARTINEZ A., <<Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda>>, en *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Navarra, Aranzadi, 2013, Tomo II, pág. 1078, que cita varias sentencias contradictorias en esta materia, dado que algunas entienden que la mera inclusión en el contrato de cláusulas que facultan la cesión a un tercero implica la negación de la cualidad de consumidor al primer comprador, por evidenciar un propósito negocial inmediato (SS AP La Rioja de 3 de abril de 2012 -RJ 2012, 162239- y 25 de enero de 2013 -RJ 2013, 90765- y Madrid de 19 de febrero de 2013 -RJ 2013, 118860); mientras que otras

D) Otros contratos inmobiliarios previos a la compraventa

Creemos oportuno incluir en esta sede unas breves reflexiones respecto al denominado precontrato inmobiliario por lo habitual que resulta, pues es común que el consumidor y usuario acceda al mercado hipotecario a través de mediadores: las agencias inmobiliarias.

Como la tendencia es que las promotoras tiendan a concentrarse y profesionalizarse, estas suelen tener un contrato de compraventa tipo (o contrato masa) y no facultan a las agencias inmobiliarias a contratar en su nombre y representación.

Por este motivo, el comprador suele firmar primero el denominado precontrato inmobiliario con la agencia inmobiliaria y, en un momento posterior, el contrato de compraventa de vivienda en construcción con la promotora¹⁴⁰.

En el otro lado de la balanza podemos situar aquellos supuestos en los que, estando el mercado inmobiliario en alza, aparecen compradores de vivienda que tan sólo pretenden ocupar un eslabón de la cadena de transmisiones de la vivienda, buscando una plusvalía, y sin tener que quedar vinculados en el futuro.

Entendemos que este último supuesto no tiene encaje en el presente estudio pues la calificación de consumidor o usuario podría quedar, cuando menos, muy difusa, pese a la amplitud otorgada al término por el vigente TRLGDCU.

También existen serias dudas respecto a la naturaleza jurídica del contrato citado, pues en la mayoría de los casos nos encontraremos frente al contrato atípico que la jurisprudencia ha denominado <<contrato para persona que se designará>>, entendido como contrato atípico aquel en el que el estipulante se reserva la facultad de designar, dentro del plazo conferido, a una persona para que ocupe su posición en la relación jurídica que le une a la otra. Si el estipulante no hiciese uso de esta facultad, entonces quedaría como definitivo obligado¹⁴¹.

(SAP La Rioja de 2 de mayo de 2012 -RJ 2013, 313989-) requieren la existencia de otros indicios que lo corroboren.

¹⁴⁰ LACRUZ BERDEJO J.L. y otros autores, Rev. F.R.H., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Vol. I*. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 387: define la figura del precontrato como el “acuerdo entre dos partes por el que una sola, o las dos recíprocamente, prometen un futuro contrato cuyos extremos principales han dejado previstos total o parcialmente”.

¹⁴¹ Afirma la SAP Madrid 478/2011, de 14 de noviembre (Roj: SAP M 14420/2011), que la esencia negocial de la promesa bilateral de compra y venta ex artículo 1451 del CC radica, haciendo referencia a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, <<en deferir para un momento posterior la perfección y entrada en vigor del contrato, quedando mientras tanto solamente ligadas las partes por el vínculo que produce el precontrato, que contiene el proyecto o ley de bases del siguiente y que consiste estrictamente en quedar obligado a obligarse (STS 28-11-1994), pero también que los efectos de la promesa de compra y venta, recíprocamente aceptada, no pueden diferenciarse, en esencia, de los que produce la compraventa (STS 26-6-1973), que sus efectos son los mismos que los del contrato perfecto, si consta que esta fue la verdadera intención de los contratantes, siendo solo dable rechazar la equiparación del compromiso mutuo de vender y comprar con el contrato de compraventa, si apareciese patente la voluntad de las partes de excluir los efectos de la venta (STS de 6-6-2000)>>.

Respecto a la naturaleza jurídica del precontrato inmobiliario, podemos distinguir tres posiciones¹⁴²:

- La tesis tradicional, para la que el precontrato es un negocio jurídico en virtud del cual las partes quedan obligadas a celebrar, en un momento posterior, otro contrato. Para esta, la obligación nacida del precontrato es una obligación de contratar.
- La tesis de Roca Sastre, para quien del precontrato surge la obligación de colaborar para establecer las directrices que las partes deben desarrollar en un momento posterior, por lo que el contrato es igual que el precontrato, pero desarrollado.
- Y una tercera tesis, sostenida por De Castro, que lo concibe como una fase del iter contractual (a la que denomina <<promesa de contrato>> y que viene a suponer una etapa preparatoria del contrato en la que las partes convienen un contrato futuro, es decir, un negocio en virtud del cual se cede la facultad de exigir el contrato proyectado. De este modo, el contrato existe desde un inicio, pero queda al arbitrio de las partes el momento de su exigibilidad o cumplimiento.

Al margen de cuestiones más teóricas, en el campo que nos ocupa, parece que debemos averiguar cuál es la verdadera voluntad de los contratantes, que se sitúa por encima de la calificación jurídica que le hayan podido conceder, pues es habitual el denominarlo también como contrato de reserva, de arras, de depósito o promesa de venta. No obstante, trazaremos las líneas definitorias de cada uno de ellos¹⁴³, para poder distinguirlos:

- Respecto al contrato de reserva, pese a no estar definido por el legislador y encontrar su base en el principio de autonomía de la voluntad y su definición en la evolución jurisprudencial como tal, podemos concebir aquel mediante el cual, el promotor, que desea construir en el futuro, concede a los futuros adquirentes el derecho prioritario a adquirir viviendas del residencial o el derecho a escoger entre las mismas una de ellas al precio de mercado que se establezca en el momento de la compra. De esta manera, el promotor se obliga a no disponer de los inmuebles durante el tiempo pactado y la diferencia con el contrato de compraventa es que aquí todavía no se definen con claridad los elementos esenciales del contrato de compraventa¹⁴⁴.

¹⁴² Tal y como reconoce SÁNCHEZ HERNÁNDEZ C., <<El precontrato inmobiliario>> en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, Tecnos, 2006.

¹⁴³ Siguiendo el esquema trazado por ESTRUCH ESTRUCH J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción*, Navarra, Civitas, 2009.

¹⁴⁴ Y a tal efecto citamos la SAP León de 28 de mayo de 2004 (JUR 2004/176369), que analiza esta cuestión, considerando que en realidad se trataba de una compraventa, a luz de la intención de las partes y atendiendo a la circunstancia de que se establecieron los elementos esenciales de la compraventa. Por su parte, la SAP Córdoba 214/2004, de 28 de septiembre (JUR 2005/52296) pone de manifiesto que se <<confunde la perfección y la consumación de la compraventa (y el desfase temporal que puede existir entre uno y otro momento) con la existencia de precontrato y ulterior contrato definitivo, cuando es el caso, que suponiendo tales “documentos de reserva” un perfeccionado contrato de compraventa (aunque la cosa no haya sido entregada), no puede unilateralmente ni desconocerse su existencia vinculante para ambas partes, ni modificarse ninguno de

- Respecto al contrato de arras, sin perjuicio del análisis que efectuaremos en el apartado siguiente, tenemos que adelantar que más bien se trata de una cláusula inserta en otro contrato (generalmente de compraventa) y en virtud de la cual el comprador entrega una cantidad de dinero; se trata de un pacto accesorio respecto del contrato principal de compraventa.

- Respecto al contrato de promesa de venta¹⁴⁵, se trata de un contrato preparatorio del posterior de compraventa y su finalidad es acordar, definitivamente, la ulterior transmisión de la vivienda proyectada, una vez construida, a cambio de un precio cierto¹⁴⁶. Y en el caso que nos ocupa, de consumidores y usuarios que compran una vivienda sobre plano, con entrega diferida de la misma, los efectos inter partes de la promesa de compraventa y de la compraventa en la inmensa mayoría de casos han de equipararse. No obstante LACRUZ BERDEJO se cuestiona si, llegado el caso de hacer efectiva su obligación, caso de negarse el promitente, puede ser

los elementos esenciales como el precio, o introducirse condiciones resolutorias que en modo alguno fueron objeto de conocimiento y aceptación precisos por la contraparte>>.

¹⁴⁵ Respecto al mismo, destaca la SAP Murcia 21/2012, de 24 de enero, (Roj SAP MU 127/201), que analiza esta figura (por contraposición al contrato de compraventa) y afirma que << El contrato de promesa de venta está expresamente previsto en el artículo 1451 C.c . configurándose el mismo, tal como señala la STS de 24 de junio de 2011, como " El tipo de precontrato bilateral, en el que ambas partes tienen el derecho y el deber de poner en vigor el contrato, incluso mediando una cláusula penal y, en el presente caso, un plazo en el que debe perfeccionarse el contrato definitivo, lo que implica la vigencia del mismo. Esta promesa de vender y comprar es difícilmente distinguible del contrato típico de compraventa, distinción que habrá de deducirse de la voluntad de los contratantes. La jurisprudencia ha destacado la interpretación restringida de este precepto (sentencia de 18 de julio de 2006) y la necesidad de atender a la voluntad de las partes (sentencia de 22 de abril de 1995), y los efectos vienen a ser los mismos que la compraventa, si consta que esta fue la verdadera intención de las partes (sentencia de 6 de junio de 2000), si bien son figuras distintas (sentencia de 20 de abril de 2001); ... Se trata, por tanto, de un denominado contrato preparatorio o precontrato. Como señala la STS de 28 de noviembre de 2005, con cita de la sentencia de 24 de julio de 1998, "la esencia del llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o "pactum de contrahendo" es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un "quedar obligado a obligarse". Partiendo de la doctrina jurisprudencial anterior en relación a la promesa de venta, tanto si se acude a una interpretación literal del contrato al amparo del artículo 1281 C.c . como si se acude a interpretar la voluntad de los contratantes en los términos del artículo 1282 C.c . resulta la misma calificación jurídica del contrato suscrito entre ambas partes con fecha 15 de octubre de 2007. Atendiendo a la literalidad de las estipulaciones contractuales, resulta evidente que se cumplen todas y cada una de las exigencias de la promesa de venta, pues están absolutamente identificadas los elementos básicos del futuro contrato de compraventa (la cosa y el precio), así como la forma de pago de dicho precio. Igualmente, de dicha literalidad se deduce que la voluntad de las partes radica en celebrar una promesa de venta y no una compraventa perfecta" .

¹⁴⁶ A este respecto, ATAZ LOPEZ J., <<Artículo 1451>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.229; pone de manifiesto, analizando los antecedentes legislativos, que, pese al tenor literal del citado precepto, la finalidad del mismo es precisamente la de establecer que en Derecho español se considera que la promesa de venta es algo distinto de la venta propiamente dicha. En cuanto a la diferencia entre ambas figuras, afirma que la forma más simple de comprender el contrato de promesa y diferenciarlo netamente de la compraventa propiamente dicha, es partir de que la promesa es, en realidad, un precontrato, o sea: un contrato a partir del cual las partes de obligan a celebrar en el futuro un contrato distinto, el cual no se considera todavía celebrado, e incluso es posible que no llegue a celebrarse. Y nuestro Tribunal Supremo reconoce a esta, una vez aceptada por ambas partes, los mismos efectos que los que produce la compraventa (STS de 26 de julio de 2003 -RJ 2003/5144-).

compelido a ello¹⁴⁷. Y aunque reconoce la existencia de posiciones jurisprudenciales encontradas, finalmente opta por admitir el cumplimiento forzoso, por decisión judicial¹⁴⁸.

También llamamos la atención sobre la circunstancia de que el recurso a estas denominaciones suele esconder un denominador común por parte de los promotores, quienes tratan de acudir a estas vías como medio para eludir las obligaciones impuestas por el legislador, en garantía de los consumidores y usuarios, o como medio para tratar de obtener una mayor protección (un mejor o privilegiado punto de salida) ante eventuales problemas con los compradores.

Y, finalmente, en todo caso, deberemos atender, respecto al contenido de los mismos, a lo dispuesto por el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas.

¹⁴⁷ *Nociones de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, Dykinson. 2004, pág. 322.

¹⁴⁸ A este respecto, citamos la reciente STS 755/2012, de 30 de noviembre (Roj. STS 7940/2012), que analiza este precontrato inmobiliario al hilo de una permuta, aunque lo denomina “de opción”, al que reconoce el derecho por parte del optante a exigir el cumplimiento, disponiendo que <<Todo el proceso, que ahora se halla en casación, parte del precontrato de opción, de 13 diciembre 2002, por el que la parte concedente -los hermanos don Juan Ramón y don Ángel Daniel - tiene el deber jurídico de poner en vigor el contrato proyectado y la parte optante -G-125, S.L.- tiene el derecho a exigir el cumplimiento; todo ello dentro de un plazo, pasado el cual el precontrato queda extinguido. Dicho precontrato de opción, de autos, tiene caracteres específicos, aunque el concepto no varía. Tal como dice la sentencia de 21 noviembre 2000 , "implica la concesión por una parte a la otra de la facultad exclusiva de decidir la celebración o no del contrato principal de compraventa" ; en el mismo sentido, sentencias de 5 junio 2003 y 3 abril 2006 . Otras muchas sentencias se han dictado sobre la opción de compra: 23 abril 2010, 7 mayo 2010, 1 de diciembre de 2011>>.

2. ELEMENTOS DEL CONTRATO

1. ELEMENTOS PERSONALES

A) El comprador consumidor

Históricamente el legislador ha concebido las relaciones contractuales como el fruto de una confluencia de voluntades donde ambas partes se encontraban situadas en un plano de igualdad, pero con la industrialización se inició un nuevo modelo no sólo económico, sino también de modo de concebir las relaciones comerciales, marcadas por una concentración de los recursos que ha propiciado una posición de superioridad (o de mejoría de condiciones) del empresario frente a la persona que se sitúa en el último eslabón del proceso productivo: la que compra o adquiere el bien o servicio para sí, por la utilidad que le reporta y no para reincorporarlo al proceso productivo.

Esta tendencia ha propiciado que, desde finales del último tercio del siglo XX, el legislador observase la desaparición de esa igualdad de partes contratantes en pro de una imposición de las condiciones por una parte (el empresario) a la otra (el consumidor o usuario), dando lugar a la “contratación en masa”, en las sociedades consumo.

En este sentido, se ha identificado el derecho de consumo con el conjunto de normas de carácter imperativo e interdisciplinar¹⁴⁹, encaminadas a proteger la actuación de las personas físicas o jurídicas en la realización de actos vinculados con la adquisición, utilización y disfrute de bienes, productos o servicios, actuando como destinatarios finales¹⁵⁰.

Y, en estas circunstancias, conviene recordar, con carácter previo, lo que entendemos por <<actos de consumo>>. Esta labor es ardua, dado que el legislador no nos ofrece concepto alguno.

A este respecto, se ha definido como tal al acto jurídico (negocial) que permite obtener un bien o servicio con vistas a satisfacer una necesidad personal o familiar¹⁵¹.

Y este criterio, el del acto de consumo, con base en lo preceptuado por los art. 1.2 y 3 de la anterior LGDCU, es el que utiliza parte de nuestra doctrina para considerar consumidor al pequeño empresario o profesional¹⁵², al entender que <<lo

¹⁴⁹ LARROSA AMANTE M.A., *Derecho de consumo. La protección legal del Consumidor*, Madrid, El Derecho, 2011, pág. 15, afirma que el Derecho de Consumo es una disciplina muy compleja en la que se mezclan aspectos civiles, mercantiles, penales y administrativos que tienen un elemento común vertebrador: la figura de consumidor como sujeto del mismo. Y esta heterogeneidad provocada por la confluencia de normas de derecho público y privado provoca una evolución de las mismas, hacia mecanismos más eficaces de contratación.

¹⁵⁰ REYES LÓPEZ M.J., <<La normativa autonómica valenciana en materia de Derecho de consumo>> en *Revista de Derecho Civil Valenciano*, 2008, <http://derechocivilvalenciano.com>.

¹⁵¹ LASARTE ÁLVAREZ C., Op. cit., pág. 60.

¹⁵² CABANILLAS SÁNCHEZ A., <<El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios>>, Dir. D.J.L., AAVV, en *Estudios de*

decisivo es el uso o disfrute del bien adquirido: si el bien se adquiere para el uso personal, familiar o doméstico se trata de un acto de consumo, mientras que si es para un uso empresarial o profesional, no lo será>>.

Igualmente, por novedosa, destacamos la definición que ofrece el art. 111-2.m) del Código de Consumo de Cataluña, en virtud de la cual <<relación de consumo>> es *cualquier relación establecida entre, por una parte, empresarios, intermediarios, o la Administración como prestadora de bienes y servicios y, por otra parte, las personas consumidoras. Esta relación comprende la información, la oferta, la promoción, la publicidad, la comercialización, la utilización, la venta, y el suministro de bienes y servicios, así como las obligaciones que se deriven*. Esta definición trata de ampliar al máximo el ámbito de aplicación, al contrario que las definiciones tradicionales (parcas en palabras, pero que han utilizado términos muy amplios), por la expresa mención de unos posibles implicados, así como de los tipos de negocios comprendidos, y que incluye incluso a los actos comprendidos en la fase precontractual, como los de información.

Si pretendemos adentrarnos en el análisis del derecho de consumo, dado que el mismo resulta de aplicación por un marcado carácter subjetivista¹⁵³, la primera pregunta que se nos plantea es qué entender por consumidor o usuario¹⁵⁴.

Si tratamos de buscar una respuesta desde fuera de nuestras fronteras, no obtendremos un tratamiento unitario, puesto que existen conceptos más o menos conexos, pero no una definición única, al depender el concepto de consumidor del grado de evolución en el proceso legislativo, de la protección que el legislador le conceda¹⁵⁵.

Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García. Pamplona, Aranzadi, 2012, pág. 378 y siguientes.

¹⁵³ FONT GALÁN J.I., <<Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias>>, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 25, 2010-2, pág. 50 ya pone de manifiesto que “los contratos con consumidores y usuarios sólo suponen una categoría transversal (no autónoma) subjetivamente circunstanciada por la presencia de un adquirente no profesional o, mejor, que actúa con funciones económicas no profesionales, y de un transmitente o prestador de servicios empresarial o profesional”, poniendo de manifiesto que “lo que aporta como novedad el LGDCU es la sistematización jurídica de ambos propósitos normativos (el reconocimiento legal de las situaciones negocial de desigual poder negociador entre las partes y el compromiso de protección jurídica de la parte débil y vulnerable de la relación) –hasta ahora escasamente articulados– dentro de una nueva política jurídica, cultural y social crecientemente comprometida con la protección negocial de los consumidores y usuarios acorde con las nuevas exigencias dimanantes de las mutaciones operadas en nuestra sociedad y en nuestro sistema económico, tanto en el plano formal como real”.

¹⁵⁴ Y a este respecto, recordamos que BIASCO E., *Análisis de los denominados derechos básicos del consumidor*, en <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/consumidor>, pone de manifiesto que <<En sentido natural y obvio el vocablo *consumidor* define a quien consume bienes y productos; mientras que el vocablo *usuario* define a quien utiliza servicios (públicos o privados); entre “consumidor” y “usuario” existe una relación de género a especie, porque en realidad, el usuario es un consumidor de servicios.–>>.

¹⁵⁵ ALPA, G., El derecho de los consumidores y el “Código del Consumo” en la experiencia italiana, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 11, 2006; afirma que <<la evolución del derecho de los consumidores hacia el derecho de los “ciudadanos” encuentra dificultades, que aumentan a raíz de la noción restrictiva de los consumidores acogida por el derecho comunitario. En pocas palabras, el derecho de los consumidores sigue siendo considerado un derecho “separado” de los derechos nacionales, y un derecho económico en el contexto europeo>>.

- En el ámbito de la Unión Europea no existe una definición legal y única del consumidor, puesto que existen varias, en atención al sector regulado por el legislador. En efecto, el Tratado de Roma de 1957 no incluía un concepto de consumidor, teniendo que esperar hasta el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que, en su art. 13, hace referencia a <<los contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominado consumidor>>. En idéntico sentido se pronunció la Convención de Roma de 1980, aplicable a obligaciones contractuales¹⁵⁶. Y, en general¹⁵⁷, las diversas denominaciones tienden a referirse a la *persona física* que contrata con propósitos ajenos a su actividad profesional o comercial. Como única excepción podríamos citar la Directiva 90/314/CEE que no se limita a las personas físicas y, a lo sumo, al Reglamento 178/2002, que hace referencia al consumidor final (sin especificar nada más). Por su parte, el TSJCE ha aludido reiteradamente, y especialmente a partir de la sentencia de 16 de julio de 1998, asunto <<Gut Springenheide>> (C-210/96, RJTJ p. I-4657) al *consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*. De esta manera, vemos como el concepto no es único y viene referido casi siempre a la persona física y nunca, abiertamente, a la persona jurídica. La inclusión de esta dentro del concepto ha venido de la mano de la jurisprudencia, que ha admitido una ampliación del concepto por parte de los legisladores nacionales, como el español. De igual manera, no podemos concluir sin hacer mención a la Directiva 93/13 de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas (en su art. 8), que ya autorizó la posibilidad de ampliar el concepto, facultando a los distintos estados a adoptar o mantener, en el ámbito de la misma, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado <<con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección>>.

En el ámbito de países de nuestro entorno, destacamos:

- La Irlandesa *Consumer Protection Act* (2007), que define al consumidor como la persona natural que actúa con propósitos no relacionados con su actividad, negocio o profesión¹⁵⁸.
- La Británica *Consumer Protection Act* (2002) no lo define aunque destaca la circunstancia de ser una actuación individual con intención

¹⁵⁶ El art. 5 hace referencia a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, <<para un uso que pueda ser considerado ajeno a su actividad profesional>>.

¹⁵⁷ Y a este respecto, nos remitimos a lo dispuesto por el art. 2 de la Directiva 85/577/CEE, el art. 1 de la Directiva 87/102/CEE, art. 2 de la Directiva 90/314/CEE, art. 2 de la Directiva 93/13/ CEE y Directiva 2000/31/CE.

¹⁵⁸ “Consumer” means a natural person (whether in the State or not) who is acting for purposes unrelated to the person’s trade, business or profession.

personal, familiar o del hogar y no incluye a la persona que está actuando con intención de hacer negocios¹⁵⁹.

- El *Code de la consommation* francés no nos brinda una definición de consumidor, viniendo esta dada, de un lado, por referencia, en la regulación de las cláusulas abusivas, que considera consumidor al no profesional frente al otro contratante, que es un profesional. Por otro, ha sido la jurisprudencia la que ha ido delimitando la figura del consumidor sin que exista un criterio uniforme respecto a los profesionales que no actúan dentro de su campo de trabajo o respecto a las personas jurídicas, dado que ha ido cambiando a lo largo del tiempo, pero no siempre en la misma dirección¹⁶⁰.
- El *Codice del Consumo* N° 206, italiano, que lo define, en su art. 3, como la persona física que actúa con fines no relacionados con el negocio, comercial, artesanal o profesional¹⁶¹.
- La *Ley portuguesa 24/96* para la defensa de los consumidores define al consumidor en su art. 2 como todo aquel al que se le proporcionan bienes, prestan servicios o transmite cualquier derecho, destinados a uso no profesional, por una persona que ejerza con carácter profesional una actividad económica que tiene como objetivo la obtención de beneficios¹⁶². Se consideran incluidos en el ámbito de la presente ley los bienes, servicios y derechos proporcionados y transmitidos por los organismos de la administración pública, por colectividades públicas, por empresas con capital público o empresas de capital mayoritariamente estatal, por las regiones autónomas, autoridad local y por empresas concesionarias de servicios públicos.

¹⁵⁹ “Consumer” means an individual acting for personal, family or household purposes and does not include a person who is acting for business purposes; (“consommateur”).

¹⁶⁰ A este respecto, VILLALBA CUELLAR J.C., <<La noción de consumidor en el Derecho comparado y en el Derecho colombiano>>, Bogotá, de Universitas, N° 119, julio-diciembre 2009; destaca que la Sentencia de 15 de abril de 1982, de la Corte de Casación, hizo por vez primera una interpretación extensiva del concepto de consumidor, incluyendo al profesional. Y este mismo criterio ha sido seguido por otras resoluciones del mismo órgano, de 28 de abril de 1987 (Decisión 85-13674) y 3 de mayo de 1988 (Decisión 85-18466). Sin embargo, en otras ocasiones ha optado por una vía más restrictiva, negando la cualidad de consumidor al comerciante, como en las Decisiones de la Corte de Casación, Sala Civil I, 84-15801, de 15 de abril de 1986; la 92-18227, de 24 de enero de 1995, o la 96-18684, de 30 de enero de 1996.

Respecto a la persona jurídica, el mismo autor destaca que la cuestión tampoco es pacífica, dado que la legislación (con la excepción de la venta a domicilio y el sobreendeudamiento) no viene referida exclusivamente a las personas físicas y, por otra parte, la jurisprudencia tampoco ha optado por un criterio uniforme.

¹⁶¹ Consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

¹⁶² 1 - Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.

2 - Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.

Visto lo precedente, también resulta conveniente partir de la existencia de numerosas nociones de consumidor¹⁶³, dependiendo de la finalidad de la norma que la incorpora:

- Una abstracta, que es la que aparece analizada por la Resolución del Consejo de la CEE de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores, que dispone:

“En lo sucesivo, el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor”

De la misma Resolución queremos destacar que <<no es la utilizada en las normas legales para atribuirle derechos que pueda ejercitar individualmente. Es la noción que hay que tener en cuenta para atribuir derechos a los ciudadanos en general, en su consideración como consumidores>>.

- Otra concreta, que es la que confiere los mismos derechos que sí pueden ejercitar individualmente, y que tiene dos acepciones: una extensa, que equipara el concepto de consumidor al de cliente y que no tiene en cuenta la finalidad del acto de consumo (si está destinado a atender necesidades particulares o viene referido al ámbito empresarial), y otra más limitada, que lo equipara con el destinatario final, por lo que la finalidad viene a ser la satisfacción de una necesidad privada.

Esta segunda acepción, la limitada, es la establecida por el propio TRLGDCU para atribuir al consumidor la posibilidad de ejercitar los derechos que ella misma establece.

De esta manera, tenemos que dirigir nuestra mirada al TRLGDCU que califica al consumidor y usuario como *la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*¹⁶⁴.

Esta calificación debe ser completada con lo expresado en su Exposición de Motivos, que destaca la circunstancia de que esta persona interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios *como destinatario final*, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros¹⁶⁵.

¹⁶³ Siguiendo el esquema trazado, que reproducimos parcialmente, por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A, <<El concepto de consumidor>>, AAVV, Dir. A.A.L., *Hacia un Código del Consumidor*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Manual de Formación Continuada, N° 34, 2.005, pág. 17-38.

¹⁶⁴ Cfr. Art. 3.

¹⁶⁵ Y así cobra sentido la definición del derecho de consumo ofrecida por REYES LÓPEZ M.J., *Manual de Derecho Privado de Consumo*, Madrid, La Ley, 2009, pág. 28; entendido como <<un conjunto de normas que tienen como principal objetivo la regulación de los intereses de los particulares cuando estos actúan en el ámbito de las relaciones de mercado, con el fin de realizar

Por su parte, supone una evolución respecto de la anterior definición ofrecida por la anterior LGDCU (art. 1), para la que los consumidores y usuarios eran <<las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden>>. Esta definición había sido criticada por la doctrina por su complejidad y falta de técnica jurídica¹⁶⁶.

Así pues, pese a existir algunas diferencias entre las dos definiciones, lo cierto es que ambas destacan (aunque en distintos lugares del texto legal –Exposición de Motivos el Texto Refundido y articulado en la anterior redacción) la cualidad de *destinatario final* del consumidor y usuario. Por el contrario, mientras en el Texto Refundido centra su atención en que el consumidor o usuario actúe en un *ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*¹⁶⁷, en la anterior LGDCU sólo se mencionaba esta circunstancia de manera negativa (art. 1.2), al declarar que (habiendo quedado fuera del ámbito de actuación, por no ser destinatarios finales) no son considerados consumidores ni usuarios quienes, utilicen o consuman bienes o servicios para <<reintegrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros>>¹⁶⁸. Estos últimos actos no se entienden realizables fuera del ámbito empresarial o profesional, aunque el texto legal no lo declare expresamente¹⁶⁹.

actividades de carácter privado, tendentes a la satisfacción de intereses de carácter personal y, sin ánimo lucrativo>>.

¹⁶⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A., <<El concepto de consumidor>>, Op. Cit., pág. 29.

¹⁶⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., <<Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias>>, AAVV, Coord. R.B.R.-C., Navarra, Aranzadi, 2009, pág. 89; pone de manifiesto que el legislador del TRLGDCU ha recogido la definición del consumidor ofrecida por el Derecho Comunitario (art. 2 Directiva 85/577/CEE, art. 1.2.a Directiva 87/102/CEE, art. 2 Directiva 97/7/CEE y art 2.e Directiva 2000/31/CE) que han venido definiendo al consumidor como quien actúa al margen o con un propósito ajeno a su actividad profesional. De esta manera, aunque ha existido un alejamiento de la definición tradicional ofrecida por la LGDCU, el legislador del Texto Refundido no ha incurrido en un supuesto de ultra vires (Disposición Final 5ª Ley 44/2006), dado que ha mantenido el concepto ofrecido por el Derecho Comunitario, fruto de una evolución posterior.

¹⁶⁸ Sobre este respecto, aunque anterior a la vigencia del actual TRLGDCU, destacamos la STJCE de 20 de enero de 2005 (Asunto C-464/2001. Caso Johann Gruber) que, resolviendo un asunto en el que un agricultor había adquirido una gran cantidad de tejas, destinando un 60% para techar su vivienda particular y el resto a su granja; analizó el concepto de consumidor a los efectos de la aplicabilidad de la competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil del Reglamento 44/2001. Dice esta resolución que <<Una persona que ha concluido un contrato referente a un uso en parte profesional y en parte ajeno a su actividad profesional no puede prevalerse del beneficio de las reglas de competencia específicas previstas en los artículos 13 a 15 del mencionado Convenio, salvo si el uso profesional es marginal hasta tal punto de tener un papel despreciable en el contexto global de la operación de que se trate, de tal forma que el aspecto extraprofesional que predomine no tendrá incidencia a estos efectos>>.

¹⁶⁹ Y este cambio, respecto de la definición ofrecida por la LGDCU, dadas las limitaciones derivadas de la disposición final 5ª de la Ley 44/2006 (que habilitaba al Gobierno para refundir en un solo texto la LGDCU y la trasposición de las directivas comunitarias dictadas en esta materia y que pudiera dar lugar a un supuesto de ultra vires), fue posible por la adaptación al Texto Refundido del Derecho comunitario.

De la definición ofrecida por el vigente TRLGDCU destacamos, a los meros efectos del presente trabajo:

1.- Que el legislador ha incluido expresamente en la calificación legal de consumidores o usuarios a quienes adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes inmuebles.

Y, pese a que ha desaparecido del vigente texto la expresa referencia a adquisición, utilización o disfrute de inmuebles (tal y como hacía el art. 1 LGDCU), destacamos la circunstancia de que de la calificación ofrecida por el Art. 3 TRLGDCU no se desprende la necesidad de que el consumidor actúe como destinatario final. Tan sólo podemos extraer esta necesidad de lo dispuesto en el citado punto III de la Exposición de Motivos, donde se especifica la necesidad de que el consumidor intervenga con fines privados, contratando como destinatario final, sin incorporar los bienes a procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

Entendemos que un mínimo de rigor legislativo habría aconsejado establecer estos requisitos dentro de la propia definición legal (en el art. 3) y no dejándolos como criterios interpretativos, no directamente vinculantes.

2.- Continuando con esta calificación finalista del legislador, a efectos de simplificar el campo de trabajo del presente, nos referiremos al consumidor o usuario como aquella persona física que adquiere para sí (sin volver a introducirlo en el mercado) un inmueble. Las consideraciones referentes a las personas jurídicas (una vez salvada la discusión sobre su ámbito de aplicación y extensión -que son objeto de posterior análisis-) son idénticas, dado que tan sólo supondría una extensión del ámbito de aplicación y todas las consideraciones que realizamos respecto a la persona física son perfectamente aplicables a la persona jurídica, salvando la circunstancia de que la segunda es un ente ideal.

3.- Incluso, cuando analicemos otras parcelas del Derecho que se encuentran relacionadas con el derecho de consumo, como por ejemplo en materia de condiciones generales de contratación o de publicidad, tendremos que prestar atención a otro concepto de consumidor. A este respecto, destaca la tendencia del legislador a incluir en cada texto legal una definición de consumidor que, a la postre, no difiere en casi nada de la ofrecida por el TRLGDCU¹⁷⁰.

Y tampoco podemos dejar de destacar la extraña circunstancia de que, naciendo (el 16 de noviembre de 2007) el TRLGDCU con una vocación unificadora o integradora, el mismo legislador, muy poco tiempo después (el 13 de diciembre del mismo año), con motivo de la publicación de la Ley 43/2007, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio,

¹⁷⁰ LARROSA AMANTE M.A., Op. cit, pág. 39, destaca la circunstancia de que no exista una noción legal única de consumidor, sino una pluralidad de ellas, en función del ámbito concreto de protección de que se trate. De esta manera el legislador parte de una noción genérica, para perfilar el concepto en función del sector al que venga referido el ámbito de protección pretendido.

ofrezca otra definición de consumidores y usuarios, que coincide con la anteriormente ofrecida por la LGDCU¹⁷¹.

4.- Por otro lado, de la lectura de los artículos 4 a 7 sí se desprende (desde una perspectiva negativa) que la otra parte contratante actúe como un empresario (productor o proveedor) en el marco de su actividad empresarial o profesional¹⁷².

No obstante, conviene destacar ahora la posibilidad de que un empresario o profesional adquiera un bien o servicio. A este respecto¹⁷³, recuerda CABANILLAS que, en base a lo dispuesto por el art. 1967-4º CC1.1 de la Ley de crédito al consumo y art. 2.3 LCGC, éste dispone de dos ámbitos de actuación: uno público o profesional y otro privado, particular o familiar. Sólo cuando actúe dentro del segundo ámbito se le puede calificar como consumidor¹⁷⁴.

5.- Igualmente, destacamos (aunque en la práctica carezca de mayor trascendencia) la circunstancia de que el legislador haya mantenido, con motivo de la redacción del Texto Refundido, la dualidad existente de consumidores y usuarios¹⁷⁵ cuando, en principio, habría bastado una única mención (genérica) a los consumidores. Y ello posiblemente se deba a una mera tradición legislativa, dado que

¹⁷¹ Art. 1. b) 3 <<son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden>>.

¹⁷² Esta figura será objeto de análisis en el siguiente apartado.

¹⁷³ CABANILLAS SÁNCHEZ A., Concepto de consumidor ..., pág. 394.

¹⁷⁴ En idéntica posición se sitúa ESTRUCH ESTRUCH J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 35; cuando afirma que << en principio, y siempre que se actúe fuera de ese ámbito empresarial o profesional, también un empresario o profesional puede ser considerado consumidor a los efectos de lo dispuesto en el Texto Refundido, máxime cuando se trate de la compra de una vivienda y en cuanto a la aplicación de lo dispuesto en la Ley 57/1968>>. Por último, nos remitimos a la STSJCE de 20 de enero de 2002 (cif. nota 60). Por el contrario, MARÍN LÓPEZ, M.J.: <<¿Es consumidor, a los efectos del Texto Refundido de la LGDCU, una Iglesia Evangelista en su condición de usuaria de electricidad?>>, en *Publicaciones del centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2012, niega la condición de usuario a la misma, al entender que no actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, siendo irrelevante si la Iglesia tiene o no ánimo de lucro. A la misma conclusión llega el citado autor en <<¿Es consumidor, a los efectos del Texto Refundido de la LGDCU, el Seminario Diocesano que compra una impresora para uso de dicho seminario?>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2011, al apreciar que no actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, en la medida en que se adquiere para un centro educativo (y sirve para los fines propios del mismo, ya la usen los profesores o los alumnos). Por último, el mismo autor <<¿Puede un Ayuntamiento que compra un ordenador considerarse consumidor a los efectos de la aplicación del régimen de garantías en la venta de bienes de consumo?>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2010; niega dicha cualidad al Ayuntamiento.

¹⁷⁵ En unos casos se refiere a ellos con la conjunción copulativa consumidores y usuarios, como en los epígrafes del Título II, en los Capítulos I a III y en los art. 154, 161 y 162; y otras con la disyuntiva consumidores o usuarios, tal y como hace en los art. 22 a 24, 27 y 28, 36, 38 y 39.

el art. 51 de nuestra Constitución comenzó utilizando esta fórmula, manteniéndola en los posteriores desarrollos legislativos por pura inercia o tradición legislativa¹⁷⁶.

6.- Existe otra definición creada al hilo de la regulación que de esta materia han desarrollado las diversas comunidades autónomas. En este ámbito es común encontrar una noción de consumidor o usuario que, pese a coincidir en lo esencial con la ofrecida por el art. 1 de la LGDCU, no se remite a esta, sino que la modifica (con meros efectos semánticos, dada la amplitud del concepto ofrecido por el TRLGDCU).

A este respecto nos remitimos a la definición ofrecida por los Estatutos de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana¹⁷⁷ y Región de Murcia¹⁷⁸. También queremos destacar la reciente Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña¹⁷⁹, que avanza en el proceso de evolución legislativa, al introducir, en su art. 111-2, junto a la definición de las personas consumidoras y usuarias (que expresamente incluye a los cooperativistas, en las relaciones de consumo con la cooperativa, lo que nos sitúa en el ámbito de las promociones inmobiliarias instrumentalizadas a través de cooperativas) a la denominada <<persona consumidora media>>, entendida como aquella que, <<de acuerdo con un criterio de diligencia ordenada, debería estar normalmente informada y ser razonablemente cuidadosa en las relaciones de consumo, en función de los factores sociales, culturales y lingüísticos>>. Según el propio legislador (tal y como expresa la exposición de motivos), la razón de ser de esta definición es adaptar el concepto de consumidor a las nuevas exigencias de la realidad social para conceder al consumidor y usuario un elevado nivel de protección, pero sin caer en la sobreprotección.

A título particular, dudamos de que este sea el mecanismo adecuado para la finalidad que se predica, mas allá de lograr un incuestionable aumento en la litigiosidad, al tratar de modificar el concepto de consumidor por la inclusión de una determinada diligencia, que tradicionalmente venía manejando nuestra jurisprudencia a la hora de solucionar los conflictos que se le han ido planteando¹⁸⁰.

Finalmente y, dejando al margen los antecedentes más remotos, debemos situarnos en la definición de consumidor y usuario que ofrece el TRLGDCU,

¹⁷⁶ Tal y como mantiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coor.), AAVV, *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Pamplona, Aranzadi, 2009, págs. 97 y 98.

¹⁷⁷ Art. 3, que los define como <<toda persona física o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta, como destinatario final, bienes, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de quienes los produzcan, vendan, presten o distribuyan. No tendrán la consideración de consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que no se constituyan en destinatarios finales, sino que adquieran, almacenen, utilicen o disfruten bienes o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios, incluidos los públicos>>.

¹⁷⁸ Art. 2.2, que considera como tales <<a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional>>.

¹⁷⁹ BOE 196, de 13 de agosto.

¹⁸⁰ Como ejemplo de la dificultad añadida por el precepto, proponemos el análisis que habitualmente se realiza respecto del uso y mantenimiento de la vivienda por parte del consumidor y usuario cuando se reclaman responsabilidades frente a los promotores.

pudiendo destacar la paulatina ampliación del concepto realizada por el legislador nacional, que ha terminado por acoger en su seno los distintos supuestos anteriormente discutidos, como el de las personas jurídicas, que hoy resulta un debate superado.

No obstante, conviene destacar que la voracidad legislativa ha llevado a modificar en muy poco tiempo, y mediante leyes transversales, la definición que, como marco genérico y de cierre, realizaba el TRLGDCU. Y, en concreto, nos referimos a la reciente Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, que (analizando una cuestión transversal) nos ofrece otro concepto de consumidor y usuario (diferenciados) en su art. 2. 10 y 11, que, si bien no aportan nada nuevo, sí que vienen a imponer una modificación legislativa (si atendemos al principio de especialidad normativa y temporalidad¹⁸¹).

a. Referencias al consumidor como persona jurídica

En cuanto a la persona jurídica, y pese a lo expuesto en el numeral segundo del apartado anterior, esta se encuentra expresamente amparada por el TRLGDCU, en el ámbito del presente trabajo, siempre que adquiera inmuebles¹⁸², como destinatario final¹⁸³.

Así, pese a que la anterior Ley 26/1984 no declaraba si la persona jurídica podía ser calificada de consumidor o usuario, y pese a que la normativa comunitaria excluía esta posibilidad, y así lo ha declarado el TJCE¹⁸⁴, lo cierto es que, por la vía del desarrollo legislativo de la LGDCU operado por las Comunidades Autónomas sí que se fue introduciendo esta posibilidad, para convertirla en una realidad. Esta inclusión supone una ampliación de la tutela concedida al consumidor por la

¹⁸¹ El citado art. 2.10 define al “usuario de servicios de pago” (como si existiese alguna diferencia entre este y el usuario de las genéricas relaciones de consumo) como <<una persona física o jurídica que haga uso de un servicio de pago, ya sea como ordenante, como beneficiario o ambos>>.

Por su parte, el art. 2.11 define al “consumidor” como <<una persona física que, en los contratos de servicios de pago que son objeto de la presente Ley, actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional>>. Por último, y respecto a éste, queda por analizar la prevalencia de conceptos, dado que el TRLGDCU incluye a las personas jurídicas y esta ley las excluye.

¹⁸² Y hacemos mención a este término y no al de vivienda, que es el referido por este trabajo, para evitar la polémica que pudiera suscitarse, dado que se puede argumentar que una persona jurídica, como ente ideal, no precisa una vivienda, en el sentido de morada. Sobre esta cuestión, a la que luego nos referiremos, tan sólo queremos referirnos a la teoría del levantamiento del velo, para hacer mención a los pequeños empresarios y profesionales que, merced a las deudas contraídas en una época de crisis o por los avatares de los negocios, se verán forzados en un futuro inmediato a tener que intervenir en el tráfico jurídico protegidos por los ropajes de pequeñas sociedades, dado que ellos (como persona física) permanecerán insolventes a lo largo de su vida (o, como mínimo, hasta la prescripción de las deudas), dado el sistema de responsabilidad universal y a la aparición en registros de impagados, que imposibilitan toda fuente de financiación crediticia.

¹⁸³ El art. 3 TRLGDCU califica como consumidores y usuarios a las personas jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

¹⁸⁴ La STJCE de 22 de noviembre de 2001 (TJCE 2001/330 Caso Calpe/Idealservice) dictada al analizar la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, declara que el concepto de consumidor debe venir referido exclusivamente a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional, de conformidad con la definición ofrecida por el art. 2 b) de la citada directiva. Incluso la STS de 21 de septiembre de 2004 (RJ 2004/5576) se hace eco de la anterior sentencia, declarando el carácter de consumidor o usuario sólo respecto a las personas físicas.

normativa europea, que la permite, al estar dispuesta en directivas comunitarias de mínimos.

Y el art. 3 TRLGDCU sí que incluye en la definición de los consumidores y usuarios a la persona jurídica, destacando la circunstancia de *que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*.

Este concepto de <<destinatario final>> es un concepto jurídico indeterminado, entendiendo por tal, bajo una definición finalista, a la persona jurídica que adquiere el inmueble para utilizarlo o disfrutarlo¹⁸⁵ y no para comerciar con él (integrarlo en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros)¹⁸⁶.

Algunos autores llegan a más¹⁸⁷, negando, en principio, la cualidad de consumidores y usuarios a las personas jurídicas cuyo objeto social incorpore actividades profesionales o empresariales¹⁸⁸ (desde esta perspectiva sólo serían consumidores y usuarios las personas jurídicas que no persigan un ánimo de lucro; por ejemplo, una fundación o una asociación)¹⁸⁹.

Incluso desde esta postura, se llega a defender una solución diametralmente opuesta a la ofrecida por el legislador: pretenden la negación de la condición de consumidor y usuarios con carácter genérico (el negar con carácter general esta cualidad a las personas jurídicas) y sólo como excepción a figuras muy peculiares, como pudieran ser las comunidades de propietarios (por su habitual contratación de servicios de mantenimiento de ascensores, que son objeto de litigio habitual)¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Y a este respecto citamos las STS de 17 de julio de 1997 (RJ 1997/5759), 17 de marzo y 16 de diciembre de 1998 (RJ 1998/1351 y 9640), 18 de junio de 1999 (RJ 1999/4478) y 16 de octubre de 2000 (RJ 2000/9906). La última citada dispone que <<la Ley -art1, apartados 2 y 3- excluye de su ámbito a quienes adquieren bienes sin constituirse en destinatarios finales, para reintegrarlos en actividades empresariales o profesionales>>.

¹⁸⁶ Esta definición ha cerrado una antigua discusión sobre la inclusión de las personas jurídicas, dado que existen varias Directivas que incluyen dentro de su concepto sólo a las personas físicas (la 1993/13/CEE, de 5 de abril, de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la 1997/7/CEE, de 20 de mayo, en materia de contratos a distancia; la 2002/65/CEE, de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros; o la 2005/29/CEE, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales).

¹⁸⁷ CARRASCO PERERA A., <<La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición>>, Centro de estudios de consumo, Universidad de Castilla la Mancha, www.uclm.es.

¹⁸⁸ Y, traspasando el ámbito dogmático, destacamos la consulta CG/07/03 publicada por el Instituto Nacional de Consumo, en la que, analizando el concepto de consumidor al amparo de la Ley de garantías 23/2003, llega a afirmar <<Todo ello, sin perjuicio de la propia configuración de la persona jurídica, como las Sociedades Anónimas y las de Responsabilidad Limitada, que siempre tienen carácter mercantil, lo que las excluye del concepto de consumidor>>.

¹⁸⁹ ECHAIDE IZQUIERDO J.M., *Consumo y Derecho*, Madrid, Esic, 2006, pag. 48; afirma que <<será consumidor o usuario la persona jurídica que sin ánimo de lucro transmita a título gratuito o a precio de coste los bienes o servicios adquiridos para que sean utilizados o disfrutados por sus miembros o por las personas vinculadas a ella; es decir, la persona jurídica que no tenga por objeto o que no realice de hecho una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado>>.

¹⁹⁰ MARTÍNEZ ESPÍN P., <<Aproximación al concepto de consumidor>>, Centro de estudios de consumo, Universidad de Castilla la Mancha. Mantiene que no sólo es necesario con indagar su objeto social, para asegurarnos de que no incluye ninguna actividad empresarial o profesional, sino

Otros pretenden negar la cualidad de consumidores a las personas jurídicas con el argumento de que éstas habitualmente cuentan con más medios que los simples consumidores (personas físicas)¹⁹¹. Quizás piensan más en las grandes sociedades anónimas, aunque parece que desconocen la realidad de las PYMES.

Igualmente, pudiera argumentarse que esta interpretación (restrictiva) pretende desconocer o ignorar la realidad social pues, merced al sistema de responsabilidad existente (que afecta tanto a los bienes presentes y futuros) y a la crisis que arrastramos desde hace algún tiempo, muchos particulares se verán obligados a relacionarse en el futuro a través de personas jurídicas, lo que supondría dejarlos sin el amparo concedido por el legislador.

Así, un pequeño empresario (especialmente en el caso de los trabajadores autónomos) al que su negocio le hubiera generado deudas (como persona física), dado el sistema de responsabilidad universal frente a los acreedores y a los efectos de su eventual inclusión en un listado de morosos, nunca podría tener acceso en un futuro a una vivienda en propiedad, si no es a través de una mercantil. Y si interpretamos estrictamente el término de consumidor y usuario (bien por no permitir la inclusión de pequeñas sociedades o bien por excluir la adquisición de vivienda por parte de una mercantil -dado que, al ser un ente ideal, no precisa una morada-) le estaríamos privando a este particular, que interviene en el tráfico jurídico a través de la pequeña sociedad, de las garantías previstas por el legislador para cuando actúe como particular, siendo el uso de la vivienda el mismo en ambos casos y estando en una posible situación de inferioridad respecto al promotor inmobiliario (si el objeto social de la mercantil no es la compraventa de viviendas).

No obstante, recordamos que, desde una perspectiva comunitaria, el TSJCE no incluye a la persona jurídica dentro del concepto de consumidor, puesto que la normativa comunitaria alude sólo a la persona física.

A esta circunstancia tenemos que unir el problema generado por la falta de homogeneidad respecto a lo que debe entenderse por persona jurídica en los distintos ordenamientos nacionales, puesto que pudiera existir una cierta cercanía en la regulación de las sociedades mercantiles¹⁹². Pero ¿qué ocurre con las civiles? ¿qué tratamiento dispensan los distintos ordenamientos nacionales a figuras como las fundaciones? La respuesta a estas preguntas nos hace ver la complejidad del sistema, así como la dificultad (cuando no imposibilidad) de poder ofrecer una respuesta unitaria.

A este respecto, si se pretende hacer valer la tesis de que las Directivas sólo incluyen unas normas de mínimos en consonancia con lo dispuesto por el art. 153.5 del Tratado (que, por otra parte, parece lo más lógico), nos encontramos con que la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de noviembre de 2001 (caso *Cape/Ideal service*) ya se ha manifestado en su contra, declarando que el concepto de consumidor, tal y como se halla definido en el art. 2, letra b, de la

que además habrá que comprobar que va a desarrollar una actividad sin ánimo de lucro, o que choca con el concepto mismo de sociedad limitada o sociedad anónima.

¹⁹¹ LASARTE ÁLVAREZ C., Op. cit., hace referencia a este razonamiento, en la pág. 70.

¹⁹² Aunque en principio sólo se cita a la Sociedad Anónima Europea.

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas.

La única vía de inclusión dentro del ámbito comunitario viene dada por la interpretación que reconoce a los distintos legisladores nacionales la posibilidad de expandir dentro del concepto a las personas jurídicas, tal y como hacen los legisladores alemán, portugués y español, con la finalidad de dotar de mayor protección a los consumidores y usuarios.

Vemos así cómo el legislador español ha ampliado muy notablemente el ámbito de calificación, de manera inversamente proporcional a la reducción del texto, respecto de la anterior definición de los consumidores y usuarios ofrecida por la LGDCU.

b. Referencias al consumidor como empresario o profesional

Aunque inicialmente pudiera pensarse que se trata de una cuestión ya resuelta por el art. 3 TRLGDCU, que aleja del concepto de consumidor y usuario a las personas <<que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional>>, creemos conveniente realizar unas breves consideraciones al respecto.

El punto de partida de nuestro análisis es el supuesto en que el adquirente de bienes y servicios (en nuestro caso, la vivienda) es consumidor y, a la vez, profesional o empresario.

Este tema ya ha sido resuelto por nuestra doctrina y jurisprudencia¹⁹³, en el sentido de analizar en cada caso cuál es el destino predominante, si el personal o el profesional. En función de su finalidad se le considerará consumidor y usuario (cuando el uso predominante sea el particular) o no (cuando sea el uso predominante sea el profesional)¹⁹⁴.

Y, al margen de lo expuesto, es necesario dejar constancia de que existe una corriente jurisprudencial que analiza una realidad distinta, pero complementaria, y que considera consumidores y usuarios a los particulares que, siendo empresarios,

¹⁹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., Op. cit., pág. 96, afirma que <<en tales actuaciones mixtas el adquirente sólo merece la protección propia de los consumidores cuando el destino manifiestamente predominante del bien o servicio adquirido sea para el uso o disfrute particular>>.

¹⁹⁴ STJCE de 20 de enero de 2005 (Asunto C-464/2001). De igual manera, la STJCE de 3 de julio de 1997 (Asunto C-269/95), que analizó las cuestiones de competencia judicial transfronteriza, ya puso de manifiesto que <<una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras. Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional>>.

actúan en una esfera distinta a la propia de su industria¹⁹⁵. Y esta teoría va teniendo una tímida acogida por parte de nuestra doctrina¹⁹⁶.

Finalmente, la Directiva de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior; aunque no equipara al consumidor con la microempresa, sí que otorga a los Estados la capacidad de establecerla, en atención al concepto ofrecido por la Recomendación 203/361/CEE de la Comisión.

Por ello, entendemos que, de lege ferenda y para un correcto análisis de la cuestión, debería interpretarse la expresión “ajeno a UNA actividad empresarial o profesional” como <<SU>> actividad empresarial o profesional¹⁹⁷. De esta manera, toda actividad que no sea estrictamente el desarrollo del objeto social podrá dar lugar a relaciones de consumo, por aparecer la persona jurídica como destinatario final (y no intermedio, que luego “reintroduce” el producto en el mercado).

Esta tesis encuentra su antecedente en la Directiva 577/85, de 20 de diciembre, sobre contratos negociados fuera de establecimiento mercantil, que, si bien es cierto que viene referido sólo a personas físicas, sí que aclara que <<actúe para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional>>.

Entendemos que la corriente interpretativa excluyente o limitativa de la inclusión del pequeño empresario (por ejemplo un trabajador autónomo) dentro del término de consumidor y usuario debe ser cuestionada, dado que muchas PYMES adquieren bienes y servicios para integrarlos en sus procesos productivos, pero también para utilizarlos, como destinatarios finales. Como ejemplo, podemos pensar en el pequeño comercio que abre una cuenta bancaria, contrata un seguro o adquiere un local comercial. Estos pequeños empresarios (como trabajadores autónomos) se encontrarán probablemente en las mismas circunstancias de subordinación que los “particulares”.

B) El vendedor empresario o profesional

Como contrapunto a la definición de consumidor y usuario, pero de necesaria participación para la aplicación de la norma, nos encontramos con la figura del consumidor, regulada por el art. 4 TRLGDCU.

¹⁹⁵ A este respecto, destacamos la SAP de Teruel de 31 de octubre de 2002 (Roj: SAP TE 236/2002), respecto a un supuesto de contratación de publicidad por parte de un sindicato -pese a los medios técnicos y humanos con los que cuentan-, y la SAP de Córdoba, de 16 de febrero de 2002, referente a la gestión de cobro encargada por una sociedad, ajena al mundo financiero, a una entidad bancaria.

¹⁹⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ A., El concepto de consumidor ..., pág. 395. Incluso afirma que <<el empresario o profesional merece la protección que se dispensa al consumidor o usuario cuando actúa en un ámbito ajeno a su propia actividad empresarial o profesional, es decir, a su giro>>.

¹⁹⁷ Aunque admitimos que, como contrapunto, el Art. 4 TRLGDCU sí que se refiere, respecto a la figura del empresario, a SU actividad empresarial o profesional.

Por lo tanto, tampoco les falta razón a quienes argumentan que *de lege data*, si el legislador (en los Art. 3 y 4 TRLGDCU) ha efectuado esta distinción, respecto al ámbito de aplicación, en función de la cualidad de consumidor y usuario o empresario y refiriéndose a UNA o SU actividad empresarial o profesional, respectivamente; no podemos tratar de unificarlos, por la vía de una interpretación extensiva, contra legem.

El citado precepto lo define como *toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.*

Y lo primero que destacamos (de igual manera que hicimos en el art. 3) es la existencia de una dualidad legislativa que carece de sentido y de trascendencia, al hablar de una actividad empresarial o profesional¹⁹⁸, dado que es difícilmente asimilable un empresario que no busque un beneficio, es decir, que no sea profesional.

El art. 4 TRLGDCU pretende ofrecer una definición expresa de empresario, dado que su antecedente (el art. 1.2 LGDCU) no la ofrecía, teniendo que acudir a esta por remisión al art. 1.1 de la Ley 26/1991, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles (que trasponía el término de comerciante, definido por la Directiva 85/577/CEE).

Visto esto, conviene acudir a la definición ofrecida por nuestra doctrina, para entender por empresarios a *<<quienes desarrollan en el mercado una actividad industrial, comercial, agrícola, ganadera, de caza y pesca, los artesanos y los profesionales liberales. Todos aquellos que directa o indirectamente suministren bienes o servicios a os consumidores>>*¹⁹⁹.

Y, al igual que al referirnos al consumidor, pero aquí con más claro sentido, el legislador hace referencia a la cualidad del empresario como persona física o jurídica.

Por último, también es destacable que el legislador expresamente incluya tanto a la persona (del empresario) pública como privada.

Y, a los efectos del presente, destacamos la expresa mención que realiza el art. 149 TRLGDCU, referente a *quienes construyan o comercialicen viviendas, en el marco de una actividad empresarial.*

C) Otros posibles sujetos que pueden intervenir en el contrato: el mediador inmobiliario

Lo primero que tenemos que destacar de esta figura es que, merced a lo preceptuado por el art. 3 del RDL 4/2000, los API han perdido la exclusividad competencial que su normativa reguladora les otorgaba, en función de lo preceptuado por el art. 1 del Decreto 3248/1969. Merced a esta modificación, actualmente no es preciso ni obtener una cualificación específica, ni estar colegiado.

¹⁹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., Op. cit., pág. 101, afirma que esta mención se debe a un añadido de última hora o sobre el que los legisladores tuvieron alguna duda, como resulta de los art. 67.1.II y 87.6, en que mediante fe de erratas se sustituyó la palabra "*profesional*" por la de "*empresario*", y del art. 87.5.II, donde se mantiene esta dualidad, al hacer referencia a "*las empresas o profesionales*".

¹⁹⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Op. cit., pág. 101.

Esta circunstancia ha motivado que numerosas personas se adentren en el campo inmobiliario careciendo de las mínimas nociones necesarias para el desempeño consciente de su función y sin la existencia de un Colegio Profesional que, al margen de realizar un autocontrol de naturaleza corporativa, pueda responder con seguros profesionales que cubran a los colegiados.

Las obligaciones del mediador inmobiliario han sido definidas por nuestra jurisprudencia, dado que el contrato de mediación o corretaje es un contrato atípico, que esta ha perfilado con el paso de los años y que, en definitiva, consiste en aquél merced al cual el corredor se compromete a indicar al comitente la oportunidad de concluir un negocio con un tercero y a ponerlos en relación para esta finalidad, aunque sin intervenir en el mismo como representante del comitente, en cuyo caso precisa de una autorización expresa.

Igualmente, destacamos la sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, de 2 de octubre de 1999²⁰⁰, que analiza y define contrato de mediación o corretaje, estudiando las relaciones entre el cliente y el mediador.

La regulación de los API (dado que, aunque no existe exclusividad de su titulación, continúan ejerciendo) la encontramos en el RD 1294/2007, de 28 de septiembre, y, de la misma, destacamos los genéricos deberes de los API colegiados, entre los que destacan la de realizar su actividad con eficacia, ética y deontología profesionales, reserva y lealtad, observando la adecuada diligencia en el ejercicio de la profesión. Por su parte, interesa ahora destacar que el art 9.C impone la obligación de <<Observar las disposiciones legales sobre protección del consumidor en materia de compraventa y de arrendamientos inmobiliarios, en cuanto incida en su actividad profesional.>>

Llegados a este punto, destaca la SAP Valencia 83/1999, de 28 de enero²⁰¹, que analizó desde la óptica del derecho de consumo varias cláusulas de un contrato de agencia, y que declara que la <<condición de pago de honorarios aun cuando no se llevara a cabo la venta por no conseguir los "compradores" el préstamo hipotecario supone una auténtica cláusula abusiva>>. Por el contrario, la SAP Lleida 275/2005, de 29 de junio²⁰² analiza las cláusulas que prevén la posibilidad de reclamar los honorarios profesionales la agencia frente a un desistimiento unilateral, por parte del comprador, afirmando que <<la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de las Audiencias consideran que son abusivas este tipo de cláusulas cuando se establecen con carácter discrecional o arbitrario, pero no cuando van anudadas a una causa objetiva relacionada con un incumplimiento imputable a la contraparte>>.

Por su parte, nuestra doctrina²⁰³ destaca la circunstancia de que el comitente no se obliga a retribuir al mediador la mera actividad pregestoria, sino sólo para el caso de que el negocio con tercero llegue a celebrarse, es decir, cuando la mediación es eficaz (en este sentido, SSTS 16/04/1952²⁰⁴, 02/10/1999²⁰⁵), de manera que no

²⁰⁰ BDB TS 10523/1999.

²⁰¹ Roj: SAP V 456/99.

²⁰² Roj: SAP L 949/2005.

²⁰³ CARRASCO PERERA A., CORDERO LOBATO E. y GONZALEZ CARRASCO E., *Derecho de la construcción y la vivienda*. Madrid, Dilex, 2003, pág. 453 y siguientes.

²⁰⁴ RJ 822.

basta la mera celebración de la venta para que nazca el derecho a percibir honorarios (SSTS 21/10/2000²⁰⁶ y 9/03/2001²⁰⁷). De igual manera, tal y como ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Supremo en varias ocasiones (SSTS 5/6/1978²⁰⁸ y 20/11/984²⁰⁹), conviene recordar que el pago de los honorarios corresponde al comitente, no a quien no intervino en el contrato de corretaje y sólo compró del vendedor. También resulta obligado al pago el tercero que aceptó la mediación y se aprovechó de la misma (STS 11/02/1991^{210,211}).

Como punto de reflexión de la relación de consumo entre el agente y el comitente, consumidor y usuario, queremos destacar ²¹² el extremo referente a la renovación tácita del contrato de mediación en exclusiva.

Partiendo del criterio ya asentado por nuestro Tribunal Supremo²¹³ de que la mediación puede pactarse con carácter de exclusiva, pero no indefinido, lo cierto es que esta cláusula ha encontrado acomodo por nuestra jurisprudencia menor, que sí ha admitido la renovación, pero ponderando (a fin de poder alcanzar un equilibrio en las contraprestaciones) las circunstancias del caso, como el poder dar por concluida la relación por parte del comitente en cualquier momento, una vez superado el primer período. A este respecto, también conviene tener presente que el Agente, en principio, tendrá derecho a percibir los honorarios profesionales pactados si la perfección del contrato estuvo propiciada por su actividad profesional, aunque se materializase una vez concluido el plazo de contratación²¹⁴.

Por último, conviene tener presente que el mediador suele relacionarse con el comprador de vivienda en construcción desde una doble perspectiva: a veces se le presenta como un profesional (o una empresa) que tiene relaciones contractuales con el consumidor, pues es contratado por este²¹⁵. Otras veces se le presenta al

²⁰⁵ RJ 7007.

²⁰⁶ RJ 8811.

²⁰⁷ RJ 2732.

²⁰⁸ RJ 2218.

²⁰⁹ RJ 5619.

²¹⁰ RJ 1193.

²¹¹ Por su parte MORENO HELLÍN J., <<La intermediación en la compraventa inmobiliaria>>, AAVV, Dir. M.A.L.A., *Derecho Inmobiliario: problemática actual*. Madrid, CGPJ, 2010, Tomo I, pág 348; analiza esta figura y se plantea el problema suscitado a raíz de los contratos privados celebrados en época de bonanza, merced a la labor mediadora de los API, que han sido parcialmente retribuidos, con las iniciales cantidades entregadas, pero que posteriormente estas operaciones no han fructificado, pues al otorgamiento de escritura existe un incumplimiento de alguna de las partes .

²¹² Siguiendo el esquema trazado por GONZÁLEZ CARRASCO M.C., <<El carácter de consumidor de una empresa de mediación inmobiliaria. Posible carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, 2006.

²¹³ Op. Cit. STS 2 de febrero de 1963, RJ 2458; y 21 de mayo de 1992, RJ 4278.

²¹⁴ Op. Cit. SAP Asturias de 3 de febrero de 1999, AC 3262; AP Zaragoza 11 de abril de 2000, AC 3160, SAP Cádiz de 10 de febrero de 1999, AC 4206; SAP Málaga de 4 de marzo de 1999, AC 4152.

²¹⁵ Op. Cit. En este trabajo, que da respuesta a la consulta realizada por el Centro de Estudios de Consumo, se plantea si puede considerarse consumidor al propietario de un piso que, para agilizar la venta de una vivienda, contrata los servicios de intermediación inmobiliaria de una empresa profesional en el sector. La respuesta dada es que “en contra de lo que una primera lectura del precepto pueda sugerir, el propietario que, en el marco de una relación no habitual, acude a este tipo de intermediación inmobiliaria *es destinatario final* en el sentido de la norma indicada ... El servicio de intermediación inmobiliaria es una relación de consumo, esto es, tiene como destinatario final al

consumidor como un interviniente en el proceso edificatorio, el último eslabón de la cadena, con relaciones contractuales con el promotor.

2. ELEMENTOS OBJETIVOS

A) La vivienda en construcción

El objeto del contrato es una cosa futura, *emptio rei sparatae*²¹⁶; por tal, se entiende aquellas cosas futuras que no tienen existencia real y positiva en el momento en que se presta el consentimiento para contratar sobre ellas, esto es, cosas corporales o incorporeales (derechos, créditos) que todavía no existen, *in rerum natura*, en ningún sujeto, pero que pueden nacer.

Este tipo de objetos se encuentran expresamente admitidos por el art. 1.271 CC, al afirmar que pueden ser objeto de contrato las cosas <<*aun las futuras*>>. Frente a nuestra concepción, el art. 1.472 del Codice de 1.942 atribuye a la venta de cosa futura efectos meramente obligatorios hasta la existencia de la misma, momento en que se verificarán los efectos reales del contrato²¹⁷.

En este sentido, afirma ALBALADEJO²¹⁸, que el concepto de cosas futuras hace referencia a todas aquellas que, siendo físicamente posibles, no tienen existencia coetánea al momento en que se perfecciona el contrato. Y la validez del contrato sobre cosa futura sólo depende de que esta no sea imposible en cuanto a su existencia y a que quede referida a aquellas que están *in commercium*²¹⁹.

propietario comitente cuando, a diferencia del corretaje mercantil o cualquier tipo de mediación interempresarial, el cliente no utiliza el servicio de intermediación como eslabón de una cadena de comercialización, sino como necesidad impuesta por la conveniencia de desprenderse de un bien para destinar el producto al ahorro privado o para adquirir otro que reemplace a éste en su cualidad vivienda familiar o simplemente vacacional.>>.

²¹⁶ Y a este respecto, Cfr. la sentencia dictada por la AP Sevilla el 15 de octubre de 1997 (AC 1997, 2279), según la cuál: <<La compraventa de viviendas en proyecto o en construcción, que se denomina usualmente venta sobre plano, en cuya virtud una de las partes se obliga a entregar una vivienda, en proyecto o construcción en el momento de concertar el contrato, una vez terminada y a cambio de un precio en dinero o signo que lo represente, ha venido siendo configurada como regla general por nuestro Tribunal Supremo como una modalidad de compraventa de cosa futura, siendo lo normal que el contrato revista la modalidad de «emptio rei sparatae» (Sentencias de 30 octubre 1989 [RJ 1989/6976], 1 julio 1992 [RJ 1992/6498] y 22 marzo 1993 [RJ 1993/2529]); se trata de un contrato complejo en cuanto que el vendedor asume la obligación de construir o promover la construcción de la cosa a entregar y por ello se encuentra sometido a alguna de las normas propias del contrato de ejecución de obra, particularmente el artículo 1591 del Código Civil, combinadas con las de la compraventa>>.

²¹⁷ Y ello obedece al sistemas consensualista de la transmisión del dominio, imperante en Italia y Francia, frente al sistema abstracto alemán. En el primero la propiedad y demás derechos reales se transmiten por el mero consentimiento, sin necesidad de entrega (art. 1376 del Codice civile y 711 del Code francés); en el segundo, se distingue entre un negocio dispositivo específico (de manera que la transmisión de la propiedad se produce mediante la celebración de un negocio transmisivo en el que las partes manifiestan su intención de que se produzca la transmisión) y un negocio traslativo (anterior) que sólo es fuente de obligaciones, pero no produce efectos traslativos.

²¹⁸ RAMS ALBESA J., <<Artículos 1271 y 1272>>, AAVV, Dir. M.A.G. y S.D.A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1993, Tomo XVII, Vol. 1-B, pág. 459.

²¹⁹ A este respecto, ATAZ LOPEZ J., <<Artículo 1445>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.183; cuestiona el estatus jurídico de

Así, se ha señalado que²²⁰, siendo la compraventa un contrato que se perfecciona por el mero consentimiento, nada obstaculiza que surja una compraventa de cosa futura, perfecta desde el momento en que comprador y vendedor presten mutuamente consentimiento²²¹.

El diccionario de la Real Academia Española define la vivienda como el << *lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas* >>²²².

Si buscamos una definición de origen legal, podemos recurrir a la normativa que, con carácter sectorial, la analiza. Así, podemos observar cómo la LAU la define como << *edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario* >>.

Igualmente, la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, se refiere a las viviendas como << *destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien de residencia de temporada, accidental o circunstancias* >>.

Finalmente, el legislador autonómico entiende por tal, según le art. 2 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la vivienda de la Comunidad

las denominadas <<viviendas ilegales>>, situadas fuera de ordenación, dado que su existencia es innegable pero, por otro lado, el legislador prohíbe su inscripción registral. En este caso observa que la jurisprudencia viene admitiendo la resolución contractual, lo que equivale a descartar la eventual nulidad, por inexistencia o imposibilidad del objeto.

²²⁰ BADENES GASSET R., *El contrato de compraventa*, Barcelona, Bosch, 1995, Tomo I. pág. 142.

²²¹ Y así, la STS 416/2012, de 19 de julio (Roj: STS 5760/2012), que analiza el contrato de compraventa de vivienda en construcción, reconoce que <<El contrato otorgado entre JUDIALBER y la recurrente debe ser calificado como compraventa de cosa futura. Este es aquel contrato por el que una de las partes se obliga, a cambio de un precio en dinero o signo que lo represente, a entregar una vivienda o local en proyecto o en construcción, una vez terminada. Constituye una modalidad característica de la compraventa de cosa futura, al menos como regla general. Así lo consideró este Tribunal en las sentencias de 17 de febrero de 1967 , 3 de junio de 1970 , 28 de noviembre de 1973 y 1 de julio de 1992 , a las que hay que añadir las SSTS 69/2010, de 18 febrero , 199/2007, de 23 febrero y 223/2012, de 30 marzo , entre otras. El contrato en el que se combina la obligación de construir por parte del comprador, con la de entrega de un piso o apartamento una vez construido el edificio es un contrato complejo, que requiere que la cosa futura no sea imposible en cuanto a su existencia. Esta Sala ha calificado este tipo de compraventa dentro del tipo emptio rei speratae, es decir, como un contrato conmutativo que, a diferencia de la modalidad emptio spei, que es un contrato aleatorio, "[...] presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar [...]" (STS de 30 octubre 1989). La STS 649/1992, de 1 julio dice que "no se trata de una inexistencia total, a modo de venta de esperanza ("venditio spei"), sino de la concurrencia de una futuridad prevista, sin condicionalidades convenidas expresamente, pendiente únicamente de su consolidación mediante la efectiva y materializada función constructiva; lo que presupone indudablemente en el vendedor la obligación de hacer entrega al comprador de lo enajenado, una vez alcance realidad exterior, con el deber de desplegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en el que se obligó -que por ello no reviste naturaleza precontractual (Sentencia de 17 de junio de 1986)-, ya que el comprador adquirió el local en función de su terminación, pues expresamente se pactó que el resto del precio, -aún debitado-, de 3.250.000 pesetas sería efectivo a la entrega del local de referencia">>.

²²² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Espasa Calpe, Madrid, 2001, Pág. 2312.

Valenciana: <<Toda edificación habitable, destinada a residencia de personas físicas, y que reúna los requisitos básicos de calidad de la edificación, entorno y ubicación conforme a la legislación aplicable, y que sea apta para la obtención de la licencia municipal de ocupación o, en el caso de viviendas protegidas o rehabilitadas de protección pública, la cédula de calificación definitiva>>.

De estas definiciones podemos afirmar que lo que destaca es su destino: el servir de residencia, siendo sinónimos los términos de vivienda y residencia.

Por el contrario, la única diferencia destacable la encontramos en la extensión del término, dado que en unos casos se habla de necesidad permanente de vivienda, y en otros se amplía a la residencia estacional o segunda vivienda.

En idéntico sentido, conviene recordar (art. 4.3, 5.1 y 5.5 del RD 515/1989, de 21 de abril) que el ámbito de protección otorgado por el legislador no se circunscribe a la vivienda en sentido estricto, sino que esta protección se amplía a sus accesorios y elementos comunes, quedando así incluidos tanto los garajes, como los trasteros, piscinas, jardines, etc., dada la trascendental importancia de estos elementos en el conjunto de la compraventa que, entre otros motivos, pueden llevar al comprador a decantarse por la adquisición de una vivienda en detrimento de otra en función de estos.

Al margen de lo anterior, dado que el objeto de nuestro estudio es la vivienda que todavía no se ha ejecutado, conocida como compra “sobre plano”, resulta evidente la importancia de este elemento del contrato, por lo que lo analizaremos desde varias perspectivas.

a. Identificación plena de la vivienda

Para poder identificar plenamente la vivienda tenemos que acudir, junto a la normativa autonómica propia del lugar donde se encuentre ubicada aquella, a lo dispuesto por los siguientes preceptos:

- El artículo 3 del citado RD 515/1989 impone la obligación, aun cuando no figure expresamente en el contrato celebrado, de describir la vivienda expresando su superficie útil²²³, ofreciendo una descripción general del

²²³ Destacamos la SAP Sevilla 322/2012, de 20 de junio (Roj: SAP SE 2587/2012) que, a su vez, hace referencia a la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2.002, y que analizan la incidencia de la descripción (por útiles o construidos) de los metros de la vivienda. Declara que: <<En efecto, el piso vendido, por documento privado, al recurrido, por la sociedad anónima demandada y recurrente, en régimen de propiedad horizontal y en fase de construcción se afirma tiene una extensión conforme manifiesta la inmobiliaria de ciento dieciséis con ocho metros cuadrados (116,8), sin expresión de si dicha superficie corresponde a los metros construidos o los metros útiles, de manera, que cuando el demandado comprueba al poner a su disposición el piso, que la superficie aprovechable es sólo de noventa y seis con sesenta metros cuadrados (96,60), solicita la resolución del contrato con lo demás efectos restitutorios. No cabe soslayar que tratándose de un contrato que cae por sus características dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, resultaba imperativo, en relación con la venta de viviendas, que la oferta y, con mayor razón, el documento contractual, expresara la superficie útil (Real Decreto 515/1989, de 21 de abril) del piso que se vendía. Omitida esta circunstancia, la mera referencia a superficie, sin precisiones, sitúa en las previsiones de la proposición dos, del artículo 10 de la citada

edificio donde se encuentra, de las zonas comunes y de los servicios accesorios²²⁴.

- art. 9 del citado Real Decreto, que impone la obligación de entregar, a costa del vendedor, toda la documentación referida con motivo de la oferta y publicidad de la venta de viviendas, anteriormente referida.

De esta manera, vemos como el legislador se esfuerza por que quede identificada plenamente la vivienda, no sólo por su superficie, sino por su perfil y características, ampliando esta identificación a la relación de la vivienda con el conjunto en que esta se integra, dado que es esta la razón que muchas veces lleva a decantar la adquisición de una concreta vivienda, en detrimento de otras.

Es digno de mencionar que, aunque no consten expresamente en el contrato, serán exigibles los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, su ubicación, servicios e instalaciones (Cfr. art 3 RD 515/1986).

En otro orden, destacamos que, pese a que los compradores de vivienda en construcción habitualmente son legos en la materia, por lo que suelen tener mucha dificultad para entender e interpretar la documentación técnica, existe la obligación de indicar el nombre y domicilio del arquitecto director de la obra, por lo que, junto al papel importantísimo de identificación y descripción de la vivienda, anteriormente expuesto, el comprador de la vivienda podrá requerir al técnico la entrega del proyecto, o aclaración de aquellos extremos que desease (Cfr. art. 5.6 RD 515/1986).

Por último, cabe recordar la necesidad de que en el contrato de compraventa se haga expresa mención de la circunstancia de que la vivienda se encuentra en construcción o si la edificación ha concluido (Cfr. art 2 RD 515/1986).

b. Calidad de la vivienda

La compraventa de un bien futuro, sobre plano, presupone la compra de una vivienda mucho antes de que comience la construcción de la misma; por ello, cobran especial trascendencia los planos que acompañan a todo contrato de compraventa,

Ley general, en cuanto que las dudas en la interpretación deben resolverse en contra de quien las ha redactado. Consecuentemente, la entrega a la recurrente de un piso con una superficie menor, en mas de veinte metros cuadrados (20), de la esperada, frustra el fin del negocio y supone un cambio cualitativo en la prestación que altera el sinalagma contractual y ha de equiparse a un "aliud pro alio">>

²²⁴ Y este extremo resulta de gran importancia, destacando al efecto la SAP Madrid 531/2011, de 21 de noviembre (Roj.: SAP 14125/2011), que reproduce igualmente la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente referida, de 20 de marzo de 2002, que, resolviendo recurso de casación en un supuesto en que se había vendido un inmueble en construcción señalando el contrato unos metros cuadrados y puesto a disposición del comprador el inmueble construido con una superficie de metros útiles relevantemente inferior, argumenta: "No empece a las consecuencias que se derivan de esta declaración la referencia al "cuerpo cierto" que ni siquiera podía ser visualizado al no estar construida la casa al tiempo de la perfección del contrato, ya que la entrega de la prestación debida es un "prius" que no debe confundirse con la "aleatoriedad", dentro de ciertos límites del "cuerpo cierto", que, en el caso, además, viene connotado por la determinación de una cabida que no podía ser objeto de entrega y, que tenía carácter esencial para el comprador".

dado que son el principal elemento objetivo que se le ofrece al comprador para poder determinar la identidad de la vivienda²²⁵.

Junto a la descripción e identificación de la vivienda, existe la necesidad de especificar la calidad de la misma, dado que esta no sólo puede suponer la adquisición de una vivienda en detrimento de otras, sino que se trata de una circunstancia que se encuentra en íntima relación con el precio final.

A este respecto, nos remitimos a lo dispuesto por:

- Art. 4.4, por remisión del art. 9, ambos del RD 515/1989, según el cual se deberá entregar al adquirente de la vivienda a la firma del contrato de compraventa, una referencia a los materiales empleados en la construcción de la vivienda, incluidos los aislamientos térmicos y acústicos, y del edificio y zonas comunes y servicios accesorios.
- El art. 3 de la LOE, que nos describe el Código técnico de la edificación como el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios y de sus instalaciones, de tal forma que permita el cumplimiento de los requisitos básicos descritos por la propia Ley, que aparecen divididos en tres grupos: los relativos a la funcionalidad, a la seguridad y a la habitabilidad.

Esta obligación es igualmente requerida por la legislación de las Comunidades autónomas, dada la importancia y trascendencia de la misma²²⁶.

Así, en el ámbito de la Región de Murcia, la Ley 8/2005, para la calidad de la edificación de la edificación, establece que se entiende como calidad de la edificación, a efectos de esta Ley, el conjunto de características inherentes al proceso de la edificación y a su resultado para cumplir los requisitos de preceptivo cumplimiento en virtud de disposición legal o reglamentaria y las voluntariamente aceptadas, expresadas en los contratos o implícitas en las buenas prácticas consolidadas en el sector (Cfr. art 3). Esta Ley, en su siguiente artículo, establece tres tipos de requisitos, con distinto nombre a los utilizados por la LOE pero análogos: los relativos a la edificación, los relativos a la seguridad y los relativos a la habitabilidad.

En el ámbito de la Comunidad Valenciana: el punto de partida tiene que ser la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de vivienda, que establece unas genéricas condiciones de calidad de la vivienda, estableciendo que las viviendas reunirán los requisitos básicos de calidad de la edificación, entorno y ubicación conforme a la legislación estatal y autonómica de ordenación de la edificación, relativos a la funcionalidad, seguridad y habitabilidad, y por la normativa que reglamentariamente se establezca (Cfr. art 3).

²²⁵ Cfr. ECHEVARRIA SUMMERS F.M., <<El contrato de compraventa de vivienda sobre plano>>, en *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Navarra, Aranzadi, 2013, Tomo II, pág. 1108.

²²⁶ Cfr. SAP Alicante 63/2009, de 5 de febrero (Roj. SAP A 1078/2009).

c. Información sobre su uso y conservación

La Ley de Ordenación de la Edificación establece la obligación de entregar a los compradores de viviendas la documentación relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones (Cfr. art 7). También establece la obligación de los propietarios de conservar en buen estado la edificación, mediante un adecuado uso y mantenimiento, así como recibir, conservar y transmitir la documentación de la obra ejecutada y los seguros y garantías con que esta cuenta.

Por otra parte se recogen las obligaciones de los usuarios, sean o no propietarios, la utilización adecuada de los edificios o de parte de los mismos²²⁷, de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento, contenidas en la documentación de la obra ejecutada (Cfr. art 16).

Encontramos necesaria la aportación de esta documentación²²⁸, entre otros motivos (aparte de la expresa obligación legalmente impuesta de entrega) por la circunstancia de que, para el caso de una transmisión de la vivienda por parte del comprador a un tercero (pese a que en principio no nos encontremos en presencia de una relación de consumo, por ausencia del carácter de empresario de vendedor), este tendrá acceso, al menos, a la documentación enumerada en el art. 7 LOE.

Igualmente, a los efectos de poder reclamar la responsabilidad derivada de defectos en la construcción a todos los agentes intervinientes en el proceso edificatorio, el libro del edificio les proporcionará un criterio objetivo de determinación de los sujetos intervinientes en el proceso edificatorio.

Además, llegado el caso de una eventual reclamación del comprador a los agentes de la edificación, el adecuado uso y mantenimiento que este haya dado a la vivienda será objeto de detenido análisis (dado que los daños causados por el mal uso o falta de conservación no sólo provocan la exención de los agentes de la edificación (Cfr. art 17.8 LOE), sino que incluso provocará la pérdida de las garantías legalmente establecidas (Cfr. art. 19.9 e LOE). De esta manera, el libro del edificio se nos presenta como el límite a los deberes de conservación.

Junto a este mandato, si atendemos a lo expresado en el certificado final de la dirección de obra, cuyo impreso se encuentra normalizado merced a lo dispuesto por la Orden de 28 de enero de 1972²²⁹, se expresa por parte del arquitecto: *debe señalar la edificación consignada ha sido terminada según el proyecto aprobado y la documentación técnica que la desarrolla, por mí redactada entregándose a la propiedad en correctas condiciones para dedicarse, **debidamente conservada**²³⁰, al fin que se destina.*

²²⁷ Puesto que la obligación de uso adecuado, en el caso de edificaciones sometidas a un régimen de propiedad horizontal, deviene obligado respecto de los elementos comunes, por aplicación de lo dispuesto por el art. 9 LPH.

²²⁸ En este sentido, GONZÁLEZ CARRASCO M. C., CORDERO LOBATO E. y CARRASCO PERERA A.: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Pamplona, Aranzadi, 2005.

²²⁹ BOE núm. 35, de 10 febrero, rect. BOE núm. 48, de 25 febrero.

²³⁰ GONZÁLEZ CARRASCO M. C., CORDERO LOBATO E. y CARRASCO PERERA A., Obr. Cit, pág. 446, recuerdan el mandato de conservar en buen estado la edificación y se cuestionan qué debe entenderse por <<buen estado>>, poniendo en relación este concepto con los requisitos esenciales de la edificación descritos por el art. 3 LOE, llegando a la conclusión (desde una

En el caso de transmisión de la vivienda, es obligatorio el facilitar al consumidor y usuario, junto a la documentación referida por la propia norma, la prevista por la Ley de Ordenación de la Edificación o normativa autonómica que resulte de aplicación (Cfr. art 67 TRLGDCU)²³¹.

En este apartado, queremos incidir en la circunstancia de que, al margen de la escueta enumeración que realiza el art. 7 LOE, luego desarrollada en mayor o menor medida por la legislación autonómica, el citado precepto prevé la posibilidad de entregar otra documentación, dado que actúa como un límite mínimo.

En este sentido, citamos (con la reserva de las limitaciones impuestas por el legislador autonómico):

– En el ámbito de la Comunidad valenciana, la Ley 3/2004, de 30 de junio, prevé la obligación de entregar a cada uno de los propietarios de las diversas viviendas que conforman un edificio libros parciales, referentes a su concreta vivienda o local, de manera que éste conozca su existencia y posibilidad de consulta. También dispone que el edificio resultante deberá quedar documentado, incluyendo sus características técnicas, el nivel de calidad alcanzado así como las instrucciones de uso y mantenimiento adecuadas al mismo²³²; incluso prevé la inclusión de instrucciones para el mantenimiento e información para casos de emergencia o evacuación (Cfr. art 21). Por su parte, el Decreto 25/2011, de 18 de marzo, del Consell, por el que se aprueba el libro del edificio para los edificios de vivienda, viene a desarrollar el mandato genérico, regulando con detalle el libro del edificio, en el que se encuentra el archivo de la documentación de uso y mantenimiento²³³. Por

perspectiva negativa) de que la edificación deja de estarlo, <<cuando sea incapaz de satisfacer aquellas exigencias esenciales>>, tal y como también recoge el legislador autonómico.

²³¹ En este sentido, destacamos la SAP Barcelona de 16 de febrero de 2006 (SP/SENT/488477), que establece el contenido insuficiente del libro del edificio que contiene sólo las normas de uso y mantenimiento del edificio, prescindiendo del resto de documentos citados por el art. 7 LOE y normativa autonómica que lo desarrolla (en su caso, el art. 25 de la Llei de l'habitatge). Igualmente, la SAP Madrid de 19 de noviembre de 2011 entiende que es suficiente la entrega del libro del edificio con la documentación legalmente establecida y anteriormente citada, <<sin que sea preciso la entrega de ninguna documentación distinta de la obligada, ni en el contrato privado de compraventa, ni en el documento público (...)>>.

²³² Este precepto incluso prevé el desarrollo reglamentario del libro del edificio, que deberá contener: documentación administrativa y jurídica: datos de identificación de los agentes intervinientes en la obra, acta de recepción de obra, autorizaciones administrativas y cuantos otros documentos se determinen en la normativa de desarrollo. Documentación técnica: el proyecto final de obra, así como la información de carácter técnico sobre el edificio, sus elementos constructivos, materiales e instalaciones que se determinen en la normativa de desarrollo. Documentación de uso y mantenimiento. Información sobre las condiciones de utilización del edificio, así como las instrucciones para el mantenimiento adecuado del mismo, sus elementos e instalaciones.

²³³ El artículo 9 regula el archivo de la documentación de uso y mantenimiento y dispone el contenido de las citadas instrucciones, que incluirán: <<a) El uso adecuado, así como las modificaciones que se realicen durante la vida útil del edificio. b) Las precauciones para no afectar la seguridad, habitabilidad o durabilidad del edificio. c) Las prescripciones, obligaciones y prohibiciones para evitar prácticas indebidas o peligrosas>>. 2. De igual manera, las instrucciones sobre mantenimiento desarrollarán las operaciones de mantenimiento con los siguientes epígrafes: a) La conservación, en la que se indican las operaciones que han de realizarse habitualmente, como las de limpieza, saneado superficial, regulación de equipos, u otras destinadas a mantener un elemento en

último destacamos la obligación del promotor de entregar el libro del edificio, tanto a los distintos compradores de las viviendas (por entrega –art. 14.4- de la carpeta de la vivienda o local, debiendo quedar reflejado en la escritura de compraventa) como a la propia comunidad de propietarios, a través de su legal representante (art 14.5), mediante requerimiento de entrega al presidente o al administrador, o por referencia a la disposición que del mismo se tiene en el Registro de la Propiedad correspondiente.

– En el ámbito de la Ley 8/2005, de 14 de diciembre, de la Región de Murcia, destacamos:

Por un lado, las obligaciones dimanantes del art 15, que determina la documentación que ha de contener el denominado libro del edificio, necesario para la obtención de la licencia de primera ocupación, estableciendo la obligación del promotor de formalizarlo y entregarlo debidamente cumplimentado a los adquirentes, quienes tienen la obligación de su depósito, actualización y transmisión, pudiendo delegar su custodia al Administrador de Fincas.

Por otro lado, el art. 16 prevé la inclusión en el libro del edificio de la <<carpeta de calidad>>, que contiene la justificación documental del control de calidad realizado. Igualmente, el art 17 prevé la inclusión en el mismo libro del edificio de la denominada <<carpeta de uso, mantenimiento y emergencia>>, cuyo desarrollo deja en manos de la Administración regional.

d. Certificación de eficiencia energética

La eficiencia energética es una de las características esenciales de las que, en virtud de lo dispuesto por el art. 18.2 TRLGDCU, los consumidores tienen el derecho a ser informados²³⁴, a fin de poder realizar un juicio comparativo de una vivienda con respecto al resto²³⁵.

Se trata de un requisito de reciente exigencia, dado que el RDS 235/2013, de 5 de abril, introduce con carácter general las exigencias que previamente había

buen estado de uso b) La inspección, con evaluaciones periódicas del estado de conservación de los elementos del edificio, estimando la necesidad de una intervención y el tipo de esta. c) La intervención, que incluye las reposiciones que estuvieran programadas o, en caso necesario, la reparación o sustitución de un elemento o de alguna de sus partes componentes.

²³⁴ No obstante, RUEDA PÉREZ M., en los *Comentarios acerca del nuevo Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, sobre el procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de los edificios*, en la sesión celebrada en Valencia el día 2 de mayo de 2013, resta importancia a la defensa de los consumidores y usuarios, al centrarse en el aspecto energético y medioambiental, amparado por la RDGRN de 2 de abril de 2013 (BOE 23 de abril 2013), que manifiesta que <<no estamos ante medidas enmarcadas en la política general de la Unión de protección a los consumidores sino ante exigencias derivadas de los objetivos de preservación del medio ambiente y política energética>>.

²³⁵ El preámbulo del citado RD dispone que <<el real decreto establece la obligación de poner a disposición de los compradores o usuarios de los edificios un certificado de eficiencia energética que deberá incluir información objetiva sobre la eficiencia energética de un edificio y valores de referencia tales como requisitos mínimos de eficiencia energética con el fin de que los propietarios o arrendatarios del edificio o de una unidad de este puedan comparar y evaluar su eficiencia energética>>.

dispuesto la Directiva 2002/91/CE e introducido parcialmente la Ley 2/2011, de economía sostenible.

En las edificaciones de nueva construcción la certificación energética se realiza en dos momentos: el de la certificación del proyecto, que queda incorporado al proyecto de ejecución, y la del edificio terminado, que deberá ser coincidente con la del proyecto.

Y, a los efectos del presente trabajo, conviene tener presente que la etiqueta energética²³⁶, que se obtiene con el certificado, se incluirá en toda oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta y que, cuando el edificio se venda antes de su construcción, el vendedor facilitará la calificación energética del proyecto y después del edificio terminado²³⁷. Por su parte, también destacamos la idea de que este certificado, al margen de constar en el libro del edificio (art. 7 LOE), deberá estar a disposición de todos los compradores de vivienda cuyos contratos se celebren a partir del 1 de junio de 2013.

Las certificaciones tienen una validez máxima de 10 años, siendo el propietario responsable de su renovación.

Respecto a las consecuencias de su falta de obtención o de entrega, junto a la infracción administrativa pertinente, en materia de eficiencia energética, constituye una infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios, de acuerdo con lo dispuesto por los apartados k) y n) del art. 49 TRLGDCU²³⁸.

Por su parte, la doctrina se ha cuestionado la relevancia jurídico privada de esta regulación (al igual que se realiza con la obtención de la licencia de primera ocupación)²³⁹, pero, dado que no parece concederle gran importancia a las características energéticas, llega a las siguientes conclusiones:

- Que el incumplimiento de los estándares de eficiencia constituirá un incumplimiento contractual, facultando al comprador sólo a instar las acciones en solicitud de cumplimiento, con su correspondiente indemnización por los daños y perjuicios, aunque inicialmente no parece que permita instar la resolución contractual.

- Que, si se han incumplido las obligaciones de información, el comprador puede incurrir en un error sobre las cualidades del inmueble, pero este no puede anular el contrato, al entender que no reviste la esencialidad requerida por error anulatorio (Art. 1266 CC). Como mucho dará lugar a la indemnización por daños y perjuicios del art. 1270 CC.

²³⁶ Art. 12 del RD 235/2013.

²³⁷ Art. 14 del RD 235/2013.

²³⁸ CORDERO LOBATO E., <<La certificación energética de los edificios>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco. 2013, pág. 8, se cuestiona la referencia al apartado k), <<dado que no encaja propiamente en la hipótesis de omisiones de información>>, destacando que no existe infracción de consumo cuando el vendedor no actúa en el marco de su actividad profesional .

²³⁹ Idem.

Por último, no podemos dejar de citar las conclusiones alcanzadas por el Colegio notarial de Valencia²⁴⁰, en su sesión de 2 de mayo de 2013, que destacan la circunstancia de que el certificado de eficiencia energética, que en esa Comunidad es requisito para la obtención de la licencia de primera ocupación, es considerado un requisito de inscripción, por carecer de trascendencia real, que no debe ser objeto de control por parte del fedatario público que y puede ser exonerado por el adquirente, debiendo quedar constancia en el título del cumplimiento de este requisito o de su exoneración.

B) El precio. Las cantidades entregadas a cuenta

Otro de los elementos objetivos esenciales del contrato es el precio²⁴¹. Dada la especial protección que el legislador concede a la vivienda, este va más allá de la genérica mención que del mismo realiza el art. 1445 CC, así como las aclaraciones que nos brindan los preceptos siguientes²⁴².

BADENES²⁴³ establece como requisitos del precio el que sea verdadero (es decir, que los contratantes tengan la intención de pagarlo y percibirlo) o real (no irrisorio²⁴⁴), cierto o determinado (que se fije en el contrato –que es lo habitual en el contrato de compraventa de vivienda en construcción- o bien se precise el elemento por el que posteriormente se determinará, sin necesidad de un nuevo convenio) y consistente en dinero.

Su fijación no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1449 CC y 85.10 TRLGDCU), sin que nuestro ordenamiento exija que este sea justo²⁴⁵. A este respecto, pese a lo dispuesto por el art. 38 CE, que proclama la economía de mercado, históricamente (dado que en la crisis actual del sector inmobiliario sí que

²⁴⁰ RUEDA PEREZ M., en los *Comentarios acerca del nuevo Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, sobre el procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de los edificios*, en la sesión celebrada en Valencia el día 2 de mayo de 2013

²⁴¹ LACRUZ (*Derecho de Obligaciones*, Vol. II, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 17) y CASTÁN (*Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, Reus, 1952, pág. 72) lo califican como el elemento más característico de la compraventa, dado que configura al contrato de oneroso y, dentro de los contratos de esta clase, lo diferencia de otros en que la contraprestación es distinta, como la permuta. Por último, con respaldo en el criterio jurisprudencial, nos recuerda que la inexistencia del precio determina la ausencia de causa y ocasiona la nulidad absoluta del negocio. Por su parte, TORRES LANA J.A., <<Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo>>, Tratado de la compraventa, AAVV, Dir. A.C.P., Pamplona, Aranzadi, 2013, pág. 1017, reconoce que la norma básica del art. 1500 CC se ha quedado corta para la realidad actual, motivo por el que tanto el art. 60.2.b TRLGDCU incluye en la información precontractual <<el precio final completo>>, como el art. 4.7 RD 515/1989 impone su mención.

²⁴² CASTÁN (*Derecho Civil Español, Común y Foral*. Madrid, Reus, 1952, pág. 72) señala como requisitos del precio el ser verdadero, cierto o determinado y consistente en dinero.

²⁴³ BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, Barcelona, Bosch, 1995, pág. 191.

²⁴⁴ GARCÍA GIL F. J., *La compraventa de vivienda con préstamo hipotecario*. DAPP. Pamplona, 2005, pág. 74, añade que si el precio existe pero es vil o irrisorio, o simulado, la venta deja de ser tal y el acto degenera en donación (si concurren los requisitos de este contrato) o es nulo.

²⁴⁵ LACRUZ BERDEJO J.L., *Elementos de derecho Civil*, Madrid, Dykinson, 2002, T. II, Vol.2, pág. 20; pone de manifiesto esta circunstancia, afirmando que no es requisito de la compraventa que el precio sea justo, con cita de la STS de 1 de octubre de 1990, aunque el precio pactado se aleje del objetivo ello es intrascendente y la venta no es impugnabile por este motivo, sin perjuicio de la impugnabilidad por otros motivos, como la ausencia de precio (simulación) o la concurrencia de vicios del consentimiento en su fijación.

parece haber modificado esta práctica y ahora podemos encontrar ejemplos de lo contrario) no ha sido fruto de una confluencia de voluntades, sino más bien impuesto por el promotor, dejando el margen de negociación para aspectos secundarios, como la inclusión (gratuita o rebajada) de ciertas mejoras, a modo de trabajos extra o sustitución de algunos materiales por otros de mayor coste.

A este respecto, partiendo de la obligación que impone el RD 515/1989 (Cfr. art 4) a quienes se dediquen a la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta de viviendas de tener a disposición del público el precio total de la vivienda, tenemos que destacar las obligaciones más concretas que dimanar de la citada norma²⁴⁶ (Cfr. art 6), que obliga a tener una nota explicativa donde conste el precio total de la venta (que debe incluir los honorarios de agente, si procede, así como el IVA o impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en su caso) al que se deducirán las cantidades entregadas a cuenta. Igualmente deberá constar en la citada nota la forma de pago, con indicación del tipo de interés aplicable para los supuestos de pagos aplazados, diferenciando las cantidades que corresponden por principal e intereses, así como la fecha de vencimiento. También deberán constar los medios de pago y si se prevé la subrogación del consumidor en el préstamo al promotor y se indicará con claridad el notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha prevista de su otorgamiento, datos de su inscripción en el registro de la propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades²⁴⁷. Por último, deberá quedar constancia de las garantías ofrecidas al comprador por las cantidades entregadas a cuenta.

También se establece (Cfr. art 60 TRLGDCU) la obligatoriedad de informar al consumidor o usuario del precio completo, incluidos los impuestos, destacando la obligación del empresario de desglosar el importe de los incrementos o descuentos que pudieran resultar de aplicación, de los gastos que se repercutirán al consumidor y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.

Cantidades entregadas para la adquisición de la vivienda

Merece una especial mención la obligación de garantizar, mediante seguro o cuenta especial, las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento de su efectiva devolución y la remisión a la legislación de las Comunidades Autónomas, respecto a la sanción por incumplimiento de esta obligación, que en la práctica suele implicar la impunidad, pues pocas son las que han regulado una sanción específica.

²⁴⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*. Madrid, INC, 1994, pág. 105; analiza este precepto, destacando la importancia que le concede el legislador a esta información, tratando de <<evitar que exista oscuridad sobre lo que el comprador ha de abonar en concepto de principal y de intereses>>.

²⁴⁷ De esta manera, el legislador trata de evitar que el comprador carezca de la información suficiente del préstamo que, en su día, no fue suscrito por él, pudiendo encontrarse, por ejemplo, que al subrogarse abone un tipo de interés reducido, merced (por ejemplo) a un período de carencia concedido por el banco al promotor, transcurrido el cual, sufre un fuerte incremento o, al menos, se acerca a los tipos usuales del mercado hipotecario, por lo que deja de ser ventajoso para el adquirente.

Este último aspecto es importante dado que, sin el desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas (la Ley de la Región de Murcia es de 5 de junio de 2006, la de la Comunidad Valenciana de 20 de octubre de 2004 y la LOE de 5 de noviembre de 1999), existía una genérica obligación de afianzar las cantidades entregadas, pero si los promotores desatendían esta, más allá de la exigibilidad de la misma por la vía judicial (que, sin duda, se resolvería con posterioridad a la finalización de la vivienda) no tendría consecuencia alguna.

Actualmente, tanto la Ley 8/2005(Cfr. art 28 d) como la Ley 1/2008 (Cfr. art 5), en el ámbito de la Región de Murcia configuran como infracción muy grave <<la falta de garantías y aseguramiento obligatorio de los edificios>>, cuya sanción es una multa de 6.001 a 30.000 €. Por su parte, la Ley 8/2004, en el ámbito de la Comunidad Valenciana, regula esta materia, estableciendo la obligación de contratación de un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato, en los términos establecidos por la Ley 57/1968 y LOE. En cuanto al régimen sancionador, califica como infracción grave <<la falta de contratación de los seguros obligatorios establecidos legalmente para todo tipo de viviendas>>, estableciendo una sanción de multa de 600 a 3.000 €.

Al margen de la sanción administrativa, queremos resaltar que, a nuestro entender²⁴⁸, la falta de cumplimiento de esta obligación faculta al comprador para instar la resolución, no sólo por incumplimiento de una obligación legal indisponible sino, y muy especialmente, por la siguiente idea: si el vendedor cumple con el mandato del legislador y entrega la garantía por las cantidades recibidas más los intereses oportunos, llegado el momento previsto para la terminación de la vivienda el comprador (si le interesa) podrá reclamar al garante estas cantidades, sin que la Ley prevea motivos de oposición. Cuando el vendedor no presta esta garantía hurta sin motivo esta facultad al comprador de viviendas y le fuerza a quedar a la mera voluntad del vendedor, quien posiblemente tampoco ahora cumplirá con sus obligaciones (salvo que le sea económicamente más rentable esta opción), o lo que es peor, le está forzando a tener que acudir ante los tribunales, con el coste económico y temporal que ello implica, pese a haber entregado (generalmente) elevadas sumas de dinero a cuenta y encontrarse con la necesidad de poder habitar la vivienda lo antes posible.

En la legislación italiana²⁴⁹ podemos observar como el Decreto Legislativo 122/2005, de 20 de mayo, impone al constructor-vendedor la obligación de constituir una garantía (aval bancario o seguro) de devolución de las cantidades entregadas a cuenta. La diferencia entre ambas normas estriba en que el Derecho italiano prevé la devolución de las cantidades como una sanción frente al constructor incumplidor, que no atiende a la exigencia legal de nulidad relativa del contrato.

Por último, dado que el incumplimiento de esta obligación ha sido últimamente esgrimido como causa de resolución, cuando la vivienda ya está terminada (y el comprador ve que no puede obtener un préstamo hipotecario para su

²⁴⁸ Y puesto que no se trata de una cuestión pacífica, sobre la que existe jurisprudencia contradictoria.

²⁴⁹ DÍAZ MARTÍNEZ A., <<Los modelos de tutela del adquirente de vivienda no terminada en los Derechos italiano y español: contratante débil o consumidor. Aplicación a formas de adquisición distintas a la compraventa>>, en *Revista de Derecho Privado*, Reus, enero-febrero 2011, pág. 3 a 34.

financiación, ni transmitir la vivienda a un tercero -por falta de compradores y por una bajada de precios-), conviene tener presente la respuesta jurisprudencial. Dicen las SAP Alicante de 8 de julio de 2009 y 14 de julio de 2010 que <<no cabe admitir como causa de resolución un incumplimiento pretérito de la obligación legal de garantía respecto de un contrato ejecutado porque, de lo contrario, se daría carta de naturaleza a una forma de inseguridad jurídica durante el plazo de prescripción de la acción resolutoria durante el cual una parte, por razón de un incumplimiento formal, adquiriría una posición de dominio más propia de un desvío legal>>. En muy parecida línea, puesto que no conceden trascendencia resolutoria a este incumplimiento cuando la vivienda esté terminada (por entender que lo pretendido por la norma es garantizar la conclusión y entrega de la vivienda), encontramos las SAP Murcia 90/2012²⁵⁰, de 5 de marzo y otras de 20 de abril de 2011 y 11 de mayo de 2010.

3. ELEMENTOS FORMALES

A) La forma no esencial en la compraventa

La forma es la manifestación externa que adopta el acuerdo de voluntades en que el contrato consiste²⁵¹ y nuestro Código Civil (art. 1258 y 1278) establece el principio general de libertad de forma en la contratación²⁵², al que no escapa el contrato de compraventa de vivienda, que es típicamente consensual²⁵³, dado que no se exige elemento formal alguno para su perfección.

No obstante, queremos destacar dos circunstancias:

1ª) El hecho de que rija este principio de libertad de forma respecto del contrato de compraventa de vivienda en construcción es compatible con las obligaciones que, respecto al contenido del mismo, establece el legislador, cuando el contrato se celebra entre un empresario y un consumidor y usuario²⁵⁴. Una cosa es la libertad de forma y otras son las limitaciones a su contenido.

2ª) La interpretación conjunta de los art. 1279 y 1280 CC²⁵⁵ nos lleva a concluir que tienen valor jurídico los contratos que no revisten la formalidad de la escritura pública y que el otorgamiento de la misma es necesario para poder recibir la protección ofrecida por el art. 34 de la Ley Hipotecaria²⁵⁶. Así, la forma exigida en el

²⁵⁰ Roj: SAP MU 590/2012.

²⁵¹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ J.L., *Derecho de Contratos*, Barcelona, Bosch, 2003, pág. 30.

²⁵² Al contrario que otros legisladores, como el italiano (Art. 1350 Codice Civile).

²⁵³ Por lo que el momento de perfección del contrato es aquel en que se presta el consentimiento respecto de los objetos sobre los que recae: la cosa y el precio.

²⁵⁴ Por ejemplo, las derivadas de lo dispuesto por el RD 515/89.

²⁵⁵ BADENES GASSET R., *El contrato de compraventa*, Barcelona, Bosch, 1995, Tomo I. pág. 260.

²⁵⁶ Y así lo declara la STS 291/1995, de 27 de marzo (Roj STS 1839/1995), que resolvió un litigio en el que uno de los litigantes solicitaba la elevación a público de un contrato privado de compraventa de un inmueble y el otro la protocolización del mismo y, tras diferenciar ambos afirma que <<A mayores razones, aunque el contrato privado reúne las condiciones y requisitos necesarios de validez (arts. 1261 y 1445 del Código Civil), el compromiso de su constatación pública obliga en

art. 1280 es presupuesto de eficacia, pero no de existencia, pues, de otro modo, carecería de sentido lo dispuesto por el art. 1279 CC²⁵⁷.

Así, como señala nuestra doctrina²⁵⁸, aunque se puede comprar mediante documento privado, nadie se arriesgará a entregar el precio de la compraventa de la vivienda si no se otorga escritura pública y esta se inscribe en el Registro de la Propiedad pues, de no hacerlo, la inseguridad sería total, dado que el comprador sólo ostentaría un título, pero no existiría el modo a su favor, sin poder acceder al Registro y obtener su protección erga omnes.

B) La escritura pública de compraventa

A tenor de lo dispuesto por el art. 1279 CC <<Si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias del contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez >>.

Desde una perspectiva temporal, identificamos el momento de otorgamiento de la escritura pública de compraventa como aquel en que, una vez concluida la construcción de la vivienda y regularizada ésta, se transmite al comprador, a cambio del pago final de la misma²⁵⁹.

En este momento destaca la figura del notario, a quien se le atribuyen tres tipos de funciones: asesoramiento de las partes contratantes, advertencia sobre la legalidad vigente y otorgamiento del documento, dando fe pública de su contenido²⁶⁰ (art. 1216 a 1224 CC).

sus términos a las partes, pues resulta preciso para el acceso al Registro, conforme los preceptos 1537 del Código Civil, 2.1, 3.1 y concordantes de la Ley Hipotecaria, siendo derecho que adquirió el recurrente por el documento de referencia, que, precisamente no necesita su efectiva protocolización, si bien en su contenido negocial esencial deberá ser respetado en la escritura pública a otorgar, salvo que los litigantes acuerden otra cosa, conforme autoriza la normativa reglamentaria notarial, tratándose como se trata de ejecución de un contrato lícito y válido, llenándose una forma, que si bien no afecta a la eficacia en sí del negocio, sino a su formulación documentaria pública en su consecuencia de amparar en lo posible los derechos del comprador, con lo que se da de esta manera cumplimiento efectivo al pacto accesorio de instrumentar públicamente la compraventa llevada a cabo>>.

²⁵⁷ FLIQUETE CERVERA A., <<Perfección, forma y prueba de los contratos>>, AAVV, Dir. M.J.F.D.D., *Instituciones de Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 2002, Tomo III, Vol.1, pág. 555.

²⁵⁸ FLIQUETE CERVERA A., Op. Cit., pág. 556.

²⁵⁹ Por su habitualidad en la práctica, pese a que teóricamente admite otras opciones.

²⁶⁰ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA L.M., *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*. Madrid, Civitas, 1990, pág. 51. Por su parte, la SAP Valencia 684/12, de 10 de diciembre (Roj: SAP V 5560/2012), que analiza el régimen de la responsabilidad civil del notario, dada su condición de profesional del Derecho y funcionario público, destacando que <<Como funcionarios públicos ejercen la fe pública notarial en dos ámbitos: primero, en el de los hechos que el Notario percibe por sus sentidos, y segundo, en el de la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes. Como profesionales del Derecho les corresponde el asesoramiento a quienes reclaman su ministerio de los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen>>.

Y a este respecto recordamos que, por imperativo de lo dispuesto por el Art. 1 del Reglamento Notarial, estos *<<tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar>>*²⁶¹.

Igualmente, el art. 23 LCGC establece este mismo mandato, aumentado por la obligatoriedad de velar por el cumplimiento de los requisitos establecidos por los art. 5 y 7 de la referida Ley²⁶² y añade que, además (párrafo tercero), *<<el Notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes>>*²⁶³.

De conformidad con lo precedente, el art. 81.2 TRLGDCU establece la obligación de estos, cuando se encuentren en el ejercicio profesional²⁶⁴ de sus

²⁶¹ La STS 1223/2007, de 28 de noviembre (RJ 2007/8124), que distingue la faceta pública de la privada de dichos profesionales, al afirmar que *<<tal y como se ha venido reiteradamente poniendo de manifiesto -vid. al respecto Resoluciones de la Dirección General de Los Registros y del Notariado de 16-1 (RJ 1996\5041) y 11-3-1996 (RJ 1996\1853) , etc. (alguno de cuyos párrafos se transcriben a continuación)-, para dilucidar la referida naturaleza se hace necesario distinguir, dentro de la actividad que el Notario presta al que solicita sus servicios, entre: 1. Las actividades de asesoramiento previo, en las que el Notario asesora, y en algunos casos puede llegar hasta aconsejar, sobre los medios legales más adecuados para que el negocio jurídico que se le somete surta efectos; 2. Las actividades de redacción y dación de fe de la escritura pública; y 3. La posible gestión o tramitación del documento, para que mediante el desenvolvimiento de los trámites posteriores al otorgamiento del documento notarial, pueda éste, por sí solo o acompañado de otros que resulten necesarios, cumplir las obligaciones fiscales y surtir sus plenos efectos en todas las esferas registrales y administrativas, quedando inscrito en los Registros jurídicos o administrativos correspondientes>>*.

²⁶² A este respecto, destaca la resolución DGRN de 1 de octubre de 2010 (BOE Nº270, de 8 de noviembre de 2010) en la que se analizó la negativa del Registrador a inscribir una escritura de hipoteca inversa suscrita por la mercantil británica “Manchester Building Society”, entre otros motivos, por entender que la escritura contenía términos oscuros, discrecionales y genéricamente favorables al predisponente, que pudiera atentar contra los deberes de claridad y no abuso de la posición dominante. En esta resolución, se reconocen facultades a los notarios y registradores de control sobre el contenido de las escrituras, aunque advierte del peligro que ello pudiera suponer para la uniformidad del criterio. De igual manera destaca la idea de que el notario es una de las autoridades sujetas a la Directiva 93/13/CEE y, como tal, se encuentra obligado a controlar de oficio las cláusulas abusivas. En idéntico sentido se muestra BALLUGERA GOMEZ, C.: *<<Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II). Comentarios a la STJUE de 14 de marzo de 2013>>* en *Diario La Ley*, Nº8081, 13 de mayo de 2013, Sección Documento on-line, Nº2816/2013, pág. 17.

²⁶³ A este respecto, la STS 729/2009, de 16 de diciembre (RJ 2010/59508), que declara abusivas varias cláusulas tipo de ciertos contratos bancarios, por abusivas para los consumidores y usuarios. De estas sobresalen (pese a no ser el objeto de nuestro análisis) la habitual prohibición de arrendar la vivienda hipotecada, las que suprimen la falta de notificación en caso de cesión de crédito hipotecario, las que suponen causa de resolución anticipada cuando se haya acordado un embargo frente al deudor o resulte disminuida su solvencia y las que igualmente se establece como causa de resolución contractual la no inscripción en el Registro de la propiedad del título.

²⁶⁴ Por su parte, MARTÍNEZ ESPÍN P., *<<Notarios y consumidores>>*, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2006; resuelve, en sentido negativo, la consulta referente a si los notarios, en cuanto profesionales, han de tener hojas de reclamaciones, destacando la doble misión de estos (aconsejar a los particulares sobre los medios jurídicos convenientes para conseguir sus fines y certificar, con valor público, los hechos, actos y negocios que ante él se celebren) deja claro que *<<el Notario no es un profesional en el sentido pretendido por la consulta, sino una autoridad pública en el ejercicio de su función>>*.

funciones públicas²⁶⁵, de informar a los consumidores y usuarios en asuntos propios de su especialidad y competencia²⁶⁶.

En otro orden (dado el limitado ámbito del presente trabajo), al margen de las obligaciones impuestas por la legislación hipotecaria y notarial, destacamos en esta sede la obligación que tienen los notarios, y dejando al margen las tareas de asesoramiento, conviene destacar la prohibición (art. 84 TRLGDCU) de no autorizar (ni inscribir, en el caso de los Registradores) contratos celebrados entre empresarios y consumidores en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de Contratación. A este respecto (y atendiendo a lo dispuesto por el art. 22 LCGC) conviene destacar que esta prohibición alcanza sólo a las sentencias dictadas en procedimientos donde se hayan ejercitado acciones colectivas, no individuales.

Por su parte, el vigente art. 5 LCGC (tras la reforma operada por la Ley 24/2001), en su párrafo segundo, prevé la posibilidad de que los adherentes exijan al notario que no transcriba las condiciones generales de contratación en la escritura, aunque se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo, de manera que el notario deberá comprobar que los adherentes tienen un conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan. Con esta idea lo que se permite es (entre otros motivos) reducir el volumen de las escrituras y, con ello, su coste.

De igual manera, conviene recordar que es una práctica muy extendida, criticada ya por la doctrina²⁶⁷, la inclusión en las escrituras de las denominadas *cláusulas sorpresivas*, que (como tales) no son adecuadamente advertidas por el notario, y también son calificadas de abusivas, pues el consumidor no puede formar adecuadamente su voluntad al respecto.

²⁶⁵ No obstante, estas tareas son más formales que reales, puesto que las escrituras de compraventa suelen obedecer a formatos tipo predeterminados por un programa informático, que cumplimenta el oficial de la notaría, y al que las partes suelen resultar ajenas, pues no suelen ser tenidas en consideración en su formulación, sólo respecto a ciertos datos.

Lo precedente no excluye las cautelas que necesariamente ha de tomar el notario, en beneficio del adquirente, ni desmerece su labor, al menos en lo que respecta a la faceta de fedatario público, tanto por lo que respecta a la fecha del otorgamiento como a la identidad de los contratantes y su capacidad. Igualmente dará fe de que lo relatado se corresponde con lo expresado por los contratantes.

²⁶⁶ MARTÍNEZ ESPÍN P., <<Aproximación al concepto de consumidor>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, 2006, , www.uclm.es/cesco. Ante la pregunta de si se le puede exigir al Notario, en cuanto profesional, hojas de reclamaciones, cartel anunciador, exposición pública y visible de precios, destaca que <<el notario no es un profesional en el sentido pretendido por la consulta, sino una autoridad pública en el ejercicio de su función>>. Finalmente, manifiesta que no le es de aplicación la normativa general sobre precios de productos y servicios del RD 3243/2000, sino la de su arancel (RD 1426/1989 y las disposiciones que lo complementan) y que, como centro de titularidad pública, en virtud de la normativa vigente en Castilla-La Mancha, se encuentra excluido de la obligación de tener libro de reclamaciones, debiendo trasladarse éstas al Colegio Notarial.

²⁶⁷ GONZÁLEZ CARRASCO M.C., <<Cláusula sorpresiva incorporada a la escritura de venta por la que el adquirente de vivienda declara conocer y asumir el importe de la deuda generada por el consumo de suministros energéticos de los anteriores propietarios>>, en *publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2010.

Así, en virtud del control de legalidad que éstos ejercen²⁶⁸, nos encontramos con que, por una parte, los notarios no deberán autorizar documentos²⁶⁹ en que se incluyan cláusulas contrarias a cualquier norma prohibitiva o imperativa. Por otra, nos encontramos con la circunstancia de que este juicio de valoración queda reservado a los órganos jurisdiccionales.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión en el sentido de aclarar que los notarios sí pueden autorizar este tipo de documentos, pero realizando las advertencias de rigor. Por lo tanto, no se pueden negar al otorgamiento por la mera circunstancia de que, a su entender, se vulnere alguna norma prohibitiva o imperativa, quedando reservada esta posibilidad sólo para el caso de que nos encontremos ante un supuesto de los declarados mediante sentencia, inscrita en el Registro de Condiciones Generales de Contratación.

A nuestro entender ésta ha sido una de las principales causas de los problemas actuales arrastrados desde la denominada <<burbuja inmobiliaria>> y, en concreto, en el ámbito del mercado hipotecario, dado que ni notarios (ni, por su parte, los registradores) han advertido eficazmente a los consumidores y usuarios, ni les han aconsejado adecuadamente, ni tampoco han supuesto un límite a determinadas prácticas abusivas por parte de promotores y entidades financieras, limitándose a introducir lacónicas advertencias²⁷⁰ que han vaciado de contenido el sistema garantista establecido por el legislador.

En el ámbito de la Comunidad Valenciana, la Ley 8/2004 establece (Cfr. art 6) la obligatoriedad al otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva en

²⁶⁸ BALLUEGA GÓMEZ. C., <<Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013>>, en *Diario La Ley*, Nº8081, Documento on-line 2816/2013, 13 de mayo de 2013, pág. 17; nos recuerda -por referencia a la RDGRN de 1 de octubre de 2010 (BOE 270, de 8 de noviembre de 2010)- que el notario es una de las autoridades que está sujeta a la Directiva 93/13/CEE y obligada a control de oficio de las cláusulas abusivas.

²⁶⁹ Destaca la RDGRN de 1 de octubre de 2010 (BOE 270, de 8 de noviembre de 2010, pág. 93669) que analiza un supuesto de negativa a inscribir una escritura de hipoteca inversa, donde se afirma que <<con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que dentro de su ámbito material de aplicación, desarrolla un conjunto de normas cuya ratio es garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y proteger a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados en dicho mercado, y que en su artículo 18.1 reafirma el control de legalidad de notarios y registradores al señalar que «En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los Notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley». Termina esta sentencia recordando que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, <<la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, autoridades entre las que deben incluirse tanto notarios como registradores. >>

²⁷⁰ A este respecto, era habitual encontrarnos advertencias tan vagas como <<advierto a los otorgantes que el presente instrumento contiene condiciones generales de la contratación>>, siendo anecdóticas las referencias concretas a la posible vulneración de la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios.

construcción, de ajustarse la descripción del edificio y la vivienda tanto a la licencia municipal de edificación como al proyecto en base al cual se concedió la anterior. Para el caso de declaración de obra nueva terminada, la declaración de la edificación deberá ajustarse a lo precedente así como a las posteriores modificaciones, que deberán estar autorizadas por la autoridad municipal, debiendo acompañar a la escritura las licencias municipales, con sus modificaciones, las certificaciones técnicas y las de terminación de obras, así como las garantías previstas por la LOE por los daños materiales que se ocasionen por vicios o defectos en la construcción.

En la actualidad, el R.D. Ley 8/2011, de 1 de julio, *de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa*, ha modificado el régimen de las declaraciones de obra nueva en construcción, estableciendo la obligación de los notarios de exigir *la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo.*

En el caso de las escrituras de declaración de obra nueva terminada, impone la obligación de exigir, además de la certificación expedida por técnico competente que acredite la finalización de esta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos:

a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y

b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente.

C) La inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad

El acceso de la escritura pública al Registro de la Propiedad supone la última fase del iter para llegar a conseguir la protección que brinda nuestro sistema registral de publicidad organizada.

A este respecto, dado que el objeto del Registro es la inscripción de derechos reales sobre bienes inmuebles, excluyendo de esta los pactos personales, ofrece una especial protección a los consumidores en cuanto a los efectos reales de las cláusulas contenidas en los contratos de adhesión, donde el desequilibrio entre las partes es notorio.²⁷¹

²⁷¹ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA L.M., *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, Madrid, Civitas, 1990, pág. 54.

Y, de conformidad con lo dispuesto por los art. 18 y 258.2 LH, los registradores están obligados a denegar la inscripción de las cláusulas abusivas, pese a la inscripción del resto del contrato, basando su calificación conforme a ley, sin necesidad de una previa declaración judicial²⁷².

No obstante, esta protección, a la luz de las cuestiones referentes a nuestro sistema hipotecario analizadas por la STJCE de 14 de marzo, ha sido más teórica que real, dado que la práctica nos demuestra que han sido muy habitual el acceso al Registro de los títulos que contenían cláusulas abusivas y, por ende, viciadas de nulidad, sin que nadie se opusiera, en una frenética actividad que había desatendido los derechos de los consumidores, ahora ensalzados pero tradicionalmente ignorados.

Y desde esta perspectiva pudiera plantearse la responsabilidad civil que pudieran tener los notarios que autorizaron escrituras con evidentes (por obvias) cláusulas abusivas, que luego han desplegado sus efectos en contra del consumidor, así como la de ciertos registradores, que no pusieron reparos a su inscripción, posibilitando la posterior ejecución de los títulos.

Así, recordamos que, por imperativo de los arts. 222, 253 y 258 LH, los Registradores de la Propiedad tienen una triple obligación:

1º.- Informar a los consumidores y usuarios sobre los derechos y deberes que les asisten respecto al procedimiento de inscripción, recursos, etc.

2º.- Denegar la inscripción de cláusulas abusivas.

3º.- De control de la información general.

Como concreción de este sistema garantista²⁷³, por lo que respecta a la protección que otorga el Registro de la Propiedad, recordamos que el art. 20.1 LOE

²⁷² BALLUEGA GOMEZ. C., <<Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013>>, en *Diario La Ley*, Nº8081, Documento on-line 2816/2013, 13 de mayo de 2013, pág. 18; pese a realizar una ligera (auto) crítica a los registradores, pretende reducir su responsabilidad, al introducir, de lege ferenda, una modificación de la LH, al promover la inclusión de una declaración expresa <<que diga que los registradores denegarán la inscripción de aquellas cláusulas nulas por abusivas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82 TRLGDCU y ello sin necesidad de previa declaración judicial de nulidad>> .

²⁷³ La anteriormente citada RDGRN de 1 de octubre de 2010 (BOE Nº270, de 8 de noviembre de 2010), al analizar el control de legalidad que puede realizar el Registrador, reconoce la posibilidad de rechazar la inscripción de aquellas cláusulas que hubieran sido declaradas nulas previamente, mediante resolución judicial firme, *pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que exprese dicha tacha), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p.ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial. Por su parte, la STS 792/2009, de 16 de diciembre (Roj: STS 8466/2009), que analiza la abusividad de determinadas cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios suscritos con las principales*

prohíbe que se inscriban las escrituras de declaración de obra nueva que no hayan acreditado y contengan testimonio de las garantías establecidas por el art. 19 de la citada Ley, superando así la anterior situación que sólo condicionaba la inscripción de este tipo de escrituras al cumplimiento de la legalidad urbanística (RD 1093/1997, art. 46). Esta circunstancia provoca que sean los registradores, y en última instancia la DGRN, quienes interpreten la extensión del citado art. 19.

Sobre este extremo, se ha puesto de manifiesto:²⁷⁴

1º.- Cuando la vivienda se construye en régimen de autopromoción, al individuo que declara una única vivienda para uso propio, merced a la modificación operada en la LOE por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, no se le exige la suscripción del seguro previsto por el art. 19 LOE. Una vez que la vivienda se encuentra terminada, resulta impensable que alguna aseguradora asuma este riesgo sin haber podido comprobar la idoneidad de la obra durante su construcción. Por lo tanto, la facultad que la Ley concede al adquirente, de exigir este seguro al autopromotor por el tiempo que reste desde la terminación de la vivienda hasta la conclusión de los diez años, carecerá de aplicación práctica, siendo habitual que las partes se vean forzadas a hacer uso de la excepción que el legislador prevé: la expresa exoneración por parte del comprador al vendedor.

2º.- Nuestra legislación notarial e hipotecaria permite declarar una obra nueva tanto en construcción (por lo tanto antes incluso de que efectivamente tengan comienzo las obras) como una vez que esta ha concluido. Las garantías del art. 19 LOE sólo son exigibles para la inscripción de la segunda²⁷⁵. Esta circunstancia ha provocado una perversión del sistema, dado que lo habitual (salvo cuando los bancos hipotecantes han forzado una solución contraria) ha sido que en los últimos años los promotores han registrado las edificaciones como obras nuevas en construcción, muchas veces de la mano de los mismos bancos, como medio para financiar la construcción. Una vez concluidas físicamente las viviendas, las han transmitido, mucho antes de que constase la terminación de la obra (que suele retrasarse por problemas burocráticos), logrando así burlar el sistema garantista y provocando que sólo transcurridos varios años (momento en que muchas veces ya ni existe la entidad promotora) los adquirentes puedan comprobar que el promotor (vendedor) ni ha otorgado el acta notarial de final de obra ni ha suscrito las garantías legalmente previstas, no pudiendo hacerlo (por el motivo anteriormente expuesto) una vez que la obra ya se ha concluido, por negarse las aseguradoras, quedando desamparados dichos adquirentes.

entidades financieras (BBVA, Caja Madrid, Bankinter y BSCH), incide en el control que han de ejercer los registradores y pone de manifiesto que <<para que accedan al Registro cláusulas que van a participar de los efectos legitimadores y de fe pública, resulta imprescindible que se actúen los filtros de legalidad sancionados por el legislador y con carácter inexcusable, el control de legalidad, dada la autonomía e independencia que conlleva tal función, siendo decisivo el argumento que proporciona la Sala Primera del Tribunal Supremo, y que recogen las Resoluciones DGRN al reconocer el papel decisivo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial y diferenciar entre nulidad y no inscribibilidad de una cláusula>>.

²⁷⁴ En este sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*. Valladolid, Lex Nova, 2007, pág. 329 y ss.

²⁷⁵ Vid la Resolución de la RDGRN de 20 de marzo de 2000 (BOE 91, de 15 de marzo de 2000).

Por su parte, el citado R.D. Ley 8/2011, de 1 de julio, en su art. 24, también ha modificado este aspecto del régimen de las declaraciones de obra nueva, concediendo mayor participación al registrador de la propiedad, no sólo por hacer velar por el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los notarios para el otorgamiento de las citadas escrituras, sino que además les obliga a informar a las autoridades municipales de las declaraciones de obra nueva terminada inscritas, que vengán referidas a edificaciones declaradas por antigüedad y que se encuentran fuera de ordenación²⁷⁶.

Igualmente, el citado RD Ley 8/2011, en su art. 25, modifica el art. 51 de la Ley del suelo, en el sentido de declarar inscribibles determinadas circunstancias de evidente interés para el comprador de la vivienda y que, por pertenecer al ámbito sancionador administrativo, permanecían ocultas, aflorando sólo en un momento final, cuando ya se había transmitido la vivienda.

En otro orden, queremos destacar los intentos del legislador por coordinar el Registro y el Catastro, dada la habitual divergencia entre las fincas registrales y las parcelas catastrales, que recientemente se han visto impulsados por la Ley 2/2011, de 4 de marzo de, de Economía Sostenible²⁷⁷. Esta situación crea no pocos problemas a los compradores de viviendas, dada la parquedad de las descripciones registrales²⁷⁸, reducidas generalmente a la mínima expresión en la descripción ofrecida por la nota simple, que es el referente del título, a fin de garantizar su inscripción.

En efecto²⁷⁹, el Registro de la Propiedad (art. 605 CC y 1 LH), siendo un sistema de acceso rogado, tiene como finalidad la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario y del crédito territorial, mientras que el catastro (que se basa en un sistema de acceso necesario, por actuación de oficio) se encarga de aportar fehacientes descripciones de la finca y se garantiza la realidad física de la misma, su existencia, ubicación e idoneidad.

Y la última modificación legislativa de la Ley del Catastro (operada por el Real Decreto 417/2006, de 7 de abril) intenta conjugar ambas instituciones, por tratar

²⁷⁶ Tratando así de facilitar el control por parte de las autoridades municipales, dada la habitualidad con que, en tiempos de expansión del mercado inmobiliario, se recurría al fraude de ley (cuando no a la conducta abiertamente delictiva) de declarar edificaciones (en algunos casos incluso inexistentes) en virtud de certificados de antigüedad que, al ser adquiridas por los consumidores y usuarios (a veces en la creencia de que se trataba de viejas edificaciones recientemente reformadas) eran objeto de sanción administrativa, incluso de demolición.

²⁷⁷ BOE de 5 de marzo.

²⁷⁸ Y a la habitual parquedad descriptiva de las declaraciones de obra nueva se unen las limitaciones impuestas por los programas informáticos habitualmente utilizados por los registros, que tampoco permiten una extensa redacción, así como la circunstancia de que la descripción de la vivienda se realiza en atención a la declaración de obra nueva, donde no constan muchos elementos (como el nombre de las calles, en el caso de nuevas urbanizaciones) y, pasados los años, no se modifica.

²⁷⁹ OSUNA NAVAJAS M.I. y ROMERO VELASCO M., <<Identificación de finca y parcela en el registro y catastro. Referentes históricos y subsanación de discrepancias tras la Ley 2/2011 de Economía Sostenible>>, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2011-2, N°27, pág. 56, afirma que “así como el Catastro al otorgar una titularidad está otorgando una serie de derechos y obligaciones jurídicas de tipo administrativo y fiscal, el Registro lo que hace es declarar la titularidad dominical de una finca registral y lo hace con efectos frente a terceros, de tal forma que sus declaraciones prevalecen frente a las que no están inscritas; por ello la confianza que proporciona el Registro en las transacciones inmobiliarias que el Catastro no concede”.

de colaborar en la seguridad que pretende el Registro, mediante la incorporación de la referencia catastral a toda finca objeto de inscripción y aportación de la cartografía oportuna, mediante certificación descriptiva y gráfica²⁸⁰.

Así, son dos instituciones diferentes pero llamadas a complementarse, para dotar de efectividad a las finalidades perseguidas, de manera que el Catastro puede aportar la base física y material al Registro, mediante la identificación exacta y con todas las características del inmueble, mientras que el Registro puede aportar al Catastro la certeza de la titularidad jurídica y el origen de los actos jurídicos inscribibles²⁸¹.

Por último, respecto a la facultad de control de la legalidad reconocido a los registradores²⁸², algunos autores reconocen esta facultad (aunque no exista sentencia declarativa) al amparo de lo preceptuado por el art. 18 LH. No obstante, conviene destacar que dicha facultad sólo se extiende a los pactos que tengan trascendencia real (y por lo tanto, tengan acceso a la inscripción en el Registro, tras la calificación)²⁸³.

²⁸⁰ Pretende así el legislador que, al otorgar escritura de compraventa, el comprador pueda tener presente no sólo la información registral, sino también la descripción ofrecida por el Catastro. De igual manera, el Notario autorizante ha de comprobar el estado de deudas, por impago del IBI, que no consta en el Registro de la propiedad, pero de las que responde la vivienda.

²⁸¹ Op. Cit. Pág. 68.

²⁸² Tal y como reconoce GONZÁLEZ PACANOWSCA I., <<Cláusulas no negociadas individualmente>>, AAVV, Coord. R.B.R.C., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*. Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 883 a 1180.

²⁸³ Sobre este extremo, CARRASCO PERERA A., <<Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores>>, *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, pone de manifiesto que "la RDGRN 19.4.2006 ha puesto fin al flirteo de los Registradores de la Propiedad y el control contenido de cláusulas sujetas a inscripción. Interpretando correctamente que el art. 258.2 LH, la DG sostiene que un Registrador no puede practicar un control de contenido de cláusulas contractuales que no han sido declaradas nulas por sentencia firme". Por el contrario, el Colegio de Registradores ha reconocido esta labor, con motivo de la entrada en vigor en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social (Cfr. http://www.registradores.org/detalle_noticia.jsp?DS48.PROID=23152), llegando a afirmar que *al margen de la existencia patológica de cláusulas nulas, la calificación registral se va a seguir proyectando tras la nueva ley sobre todos aquellos extremos cuyo control minucioso la sociedad no sólo no discute, sino que exige: el examen de la persona que otorga el acto, su capacidad, el cumplimiento del tracto, las exigencias de forma, el control del rango entre los derechos, la consideración de los obstáculos que surgen del Registro, la comprobación de los requisitos necesarios para la cancelación, la ordenación de la ejecución, la detección de contradicciones entre las cláusulas del contrato, de errores materiales, etc.*

4. ELEMENTOS ACCIDENTALES

A) Arras

Las arras o pacto de arras han sido calificadas doctrinalmente como un elemento accidental, que hace referencia a la suma de dinero o cosa fungible que, sin constituir el total del precio, se entrega en el momento de la conclusión del contrato²⁸⁴.

Respecto a las arras, partimos de lo dispuesto por el art. 1.454 CC, que dispone que << Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas>>. Y así, siguiendo la línea de los códigos francés²⁸⁵ e italiano²⁸⁶, concede a las mismas un carácter penitencial²⁸⁷.

Y lo primero a destacar es que generalmente no se las considera un contrato en sí²⁸⁸, sino “un mero pacto o estipulación necesaria respecto de un contrato principal, cualquiera que sea la función que a la misma se atribuya”²⁸⁹.

No obstante lo anterior, nuestra doctrina y jurisprudencia establecen tres tipos de arras: las confirmatorias, las penitenciales y las penales²⁹⁰.

²⁸⁴ CASTÁN TOBEÑAS J., *Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, Reus, 1952, T. 4, pág. 75.

²⁸⁵ Que en su art. 1.590 dispone que <<si la promesa de venta se he hecho mediante arras, cada uno de los contratantes es dueño de desistir de la misma. Quien las dio, perdiéndolas; quien las recibió, restituyéndolas dobladas>>.

²⁸⁶ Que en su art. 1.217 establece que <<si no resultara ser otra la voluntad de los contratantes, lo que se da anticipadamente al celebrar un contrato se considera como una garantía para el resarcimiento de daños en caso de incumplimiento de lo vendido, y se llama arras. La parte no culpable, si no prefiere obtener el cumplimiento de lo convenido, puede hacer suyas las arras recibidas o pedir el doble de las que dio>>. Por su parte, el art. 1.230 afirma que <<si el convenio establece que quien deje de cumplirlo habrá de pagar una determinada suma como indemnización, no se puede asignar a la otra parte una suma ni mayor ni menor. Lo mismo tiene lugar si la determinación de los daños se ha hecho en forma de cláusula penal o mediante arras entregadas al tiempo de celebrar el contrato>>.

²⁸⁷ Tal y como destaca BADENES GASSET R., *El contrato de compraventa*. Barcelona, Bosch, 1995, Tomo I, pág. 321, conviene no confundirlas con la suma de una entrega de dinero, en el momento de la conclusión del contrato, como anticipo del precio, puesto que en este caso no hay arras y, por lo tanto, ninguna de las partes tiene la facultad de rescindir el contrato.

²⁸⁸ GARCÍA CANTERO G.<<De la naturaleza y forma de este contrato>>, AAVV, Dir. M.A.G. y S.D.A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid, Edersa, 1991, Tomo XIX, pág111, destaca la esta idea del pacto accesorio, mostrándose partidario de la aplicación analógica del art. 1.155 CC, que implica que las causas de ineficacia del contrato llevan consigo la ineficacia de la cláusula penal, en su calidad de pacto accesorio al principal.

²⁸⁹ Y así, la STS 515/2011, de 29 de junio (Roj. STS 4275/201) que, a su vez, cita las de 31 de julio de 1992, 12 de diciembre de 1991, 9 de marzo de 1989 y 30 de abril de 1988, entre otras muchas.

²⁹⁰ Y, a este respecto, la STS de 21 de junio de 1994 (RJ 1994/4968) las describe como sigue: la jurisprudencia de la Sala viene admitiendo la existencia de las siguientes clases: a) Penitenciales, que son las que parece contemplar el artículo 1454 del Código Civil, concebidas a la manera de multa o pena, correlativa al derecho de las partes de desistir, a su arbitrio, del contrato. b) Confirmatorias, que son índice o expresión de un contrato con fuerza vinculante, no facultando, por tanto, para resolver la obligación contraída y, normalmente, se corresponden con las entregas o anticipos a cuenta del precio, de lo que es ejemplo el supuesto previsto en el artículo 343 del Código de Comercio, y c) Penales, que funcionan de modo similar a la cláusula penal del artículo 1154, como resarcimiento, en este supuesto anticipado, para el caso de incumplimiento y siempre con la posibilidad de reclamar ese estricto

Las primeras tienen la función de **confirmar** la celebración de un contrato y el dinero entregado en su virtud se entiende realizado a cuenta del precio, de modo que si el comprador no cumple, el vendedor podrá exigir el cumplimiento y reclamar, en su virtud, lo que resta del precio, o interesar la resolución, con indemnización por los daños y perjuicios causados, sin que la cuantía de las arras vincule al montante indemnizatorio, salvo que expresamente los contratantes expresen lo contrario. La tendencia del Tribunal Supremo es entender que, en general, las arras deberán entenderse de este tipo²⁹¹.

Las arras **penitenciales o de desistimiento**, son las reguladas por el art. 1454 CC, de carácter excepcional e interpretación restringida según nuestra jurisprudencia, vienen a suponer el coste del desistimiento, pues cada una de las partes puede desistir libremente del contrato, perdiendo el comprador lo entregado o comprometiéndose el vendedor a tener que devolver el duplo de lo percibido; por el contrario, si ninguna de las partes desiste, lo entregado por tal concepto se supone entregado a cuenta del precio de la compraventa. La facultad de desistimiento no precisa ejercitarse judicialmente, siendo suficiente una mera comunicación fehaciente a la otra parte.

Por último, las arras **penales** son las reguladas por el art. 83 Cco, y suponen una garantía del cumplimiento del contrato, al servir de pena convencional entregada anticipadamente y las partes carecen de la facultad de desistir libremente, pues cualquiera de ellas puede exigir el cumplimiento; al igual que en los otros supuestos, en caso de cumplimiento, se supone entregado el dinero a cuenta del precio de la compraventa, aunque en este supuesto, además, garantiza el cumplimiento del contrato²⁹².

cumplimiento de la obligación pactada. Así mismo, del conjunto de la doctrina jurisprudencial emanada de esta Sala se evidencian las declaraciones siguientes: -las arras o señal del artículo 1454 tienen carácter excepcional, que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales en que se establezcan, de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en tal sentido.-La norma contenida en el precitado artículo es meramente supletoria e interpretativa de la voluntad de las partes, sin tener alcance alguno imperativo o prohibitivo, precisándose para su correcta aplicación que conste, de una manera clara y evidente, que tal fue la intención de las partes, debiendo entenderse, en caso contrario, que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, para confirmar el contrato celebrado>>.

²⁹¹ LACRUZ BERDEJO J.L., *Derecho de Obligaciones*. Madrid, Dykinson, 2000, Vol. 1, pág. 257, recoge el criterio jurisprudencial tradicional y pone de manifiesto que <<cuando no se establezcan expresamente como precio de arrepentimiento o como pena, tendrán las arras entregadas al acreedor valor de arras confirmatorias ... Si el obligado cumple, habrá una simple imputación al precio (o procederá la devolución del objeto) y, si incumple, parece que habrá una especial afección de las arras a la indemnización de los daños y perjuicios, pero, de suyo, no se pierden automáticamente>>.

²⁹² ATAZ LOPEZ J. <<Artículo 1454>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.264; atendiendo a los antecedentes legislativos, critica la redacción del artículo 1454, otorgándole sentido al entender que las arras son penitenciales, salvo que quede clara que fue otra la voluntad de las partes. Por ello, dado que reconoce que el criterio jurisprudencial considera lo contrario, le concede al precepto *el raro honor de ser la única norma de naturaleza dispositiva que sólo se aplica si se prueba que así se pactó, cuando la regla para este tipo de preceptos es que se apliquen salvo pacto en contrario*.

Visto lo anterior, resulta evidente la distinción entre el contrato de compraventa y las arras que, según nuestra doctrina²⁹³, suponen un elemento meramente accidental del contrato de compraventa, por lo que no nos detendremos en este extremo²⁹⁴. Por su parte, la diferencia entre las arras y la opción de compra radica en que las primeras establecen el mismo tipo de vinculación contractual para ambas partes, mientras que en la segunda el optante no está obligado a comprar y el concedente de la opción sí está obligado a vender, si se ejercita la opción²⁹⁵.

En el ámbito del presente destaca la posible abusividad de las arras, a tenor de lo dispuesto por los art. 87 TRLGDCU, que analiza determinadas cláusulas que declara abusivas por falta de reciprocidad, destacando el apartado segundo, referente a la retención de cantidades ya abonadas por el consumidor y usuario, *por renuncia*, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario.

En principio este precepto viene referido a las arras penitenciales, las del 1454 CC, y requiere la presencia de una reciprocidad²⁹⁶, tanto respecto a la posibilidad de desistir del contrato como a sus consecuencias²⁹⁷.

Las limitaciones impuestas por el art. 85.6 TRLGDCU, referente al establecimiento de una pena desproporcionadamente alta, parece que en principio no presenta problemas²⁹⁸, dado que esta penalización es la genéricamente prevista por el legislador en el citado art. 1.454 CC. Por ello no parece que surjan problemas si, con el establecimiento de este tipo de cláusulas, la indemnización pactada supera el perjuicio causado al vendedor.

No obstante, podría plantearse el supuesto (más o menos frecuente) de que el contrato de compraventa establezca que todas las cantidades entregadas a cuenta

²⁹³ Entre otros, CONCEPCION RODRIGUEZ J.L., *Derecho de contratos*. Barcelona, Bosch, 2003, pág. 312.

²⁹⁴ BADENES GASSET R., *El contrato de compraventa*. Barcelona, Bosch, 1995, T.1, pág. 321, deja claro que <<no deben confundirse las arras con la entrega de una suma de dinero en el momento de la conclusión del contrato como anticipo del precio, porque en ese caso, como no hay arras, ninguna de las partes tiene facultad de rescindir el contrato>>.

²⁹⁵ GUTIÉRREZ ALONSO D., *Litigios Civiles en tiempos de crisis*. Barcelona, Bosch, 2012, pág. 27.

²⁹⁶ La STS 501/2008, de 3 de junio (Roj. STS 3275/2008), analizó esta cuestión, al plantearse en un contrato suscrito por una persona jurídica y un promotor, donde el comprador perdería lo entregado si no se presentaba al otorgamiento de la escritura, pero si el desistimiento era imputable al vendedor, entonces este sólo devolvería el dinero recibido (y no el duplo); declarando el TS abusiva la misma (y, por tanto, su nulidad) al entender que no guarda correlación las obligaciones de las partes y se produce un desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor.

²⁹⁷ Y destacamos la SAP Zaragoza de 20 de diciembre de 2002 (RJ 2003/34738) que consideró abusiva una cláusula que establecía una indemnización para el caso de incumplimiento del comprador, no en atención a la penalización en sí, sino a la falta de reciprocidad, afirmando que <<ni en la expresada cláusula ni en el resto del contrato se establece sanción alguna por el incumplimiento de la parte vendedora, por lo que es palmario que estamos ante una cláusula abusiva cuya nulidad disponen los artículos más arriba transcritos, lo que impide la argumentación que la demandada opone a la demanda en base a la existencia de unas arras penales>>. En el mismo sentido encontramos la SAP Valencia de 3 de junio de 2003.

²⁹⁸ Este tipo de cuestiones, que dan pie a una posterior moderación por parte del juzgador, se suele plantear en litigios relativos a cursos de enseñanza.

tienen el carácter de arras, buscando así huir de la ponderación, por aplicación directa del art. 1454 CC, en claro fraude de ley.

En este caso habría que analizar entonces la propia naturaleza del contrato y cuestionarnos si realmente nos encontramos ante unas arras o ante una cláusula penal de un contrato de compraventa, de manera que las cantidades entregadas tuvieran la consideración de arras o unas meras entregas a cuenta del precio de compraventa. Caso de optar por la segunda opción, entendemos que podría considerarse la posibilidad de plantear una reducción de la penalización, en base al art. 1.154 CC, sobre la base de un cumplimiento parcial, en atención a las cantidades entregadas, perjuicios efectivamente provocados, eventual utilización de la vivienda, etc.

Por último, conviene tener presente, tal y como ha puesto de manifiesto nuestra doctrina²⁹⁹, la necesidad de modificar el criterio mantenido por nuestro Tribunal Supremo³⁰⁰, al declarar abusivas ciertas cláusulas de arras y por tanto nulas, sin suplir la laguna del derecho dispositivo y obligando al vendedor a entregar la vivienda por el precio acordado. Este criterio es generalmente bueno para los consumidores en momentos en que el mercado inmobiliario se encuentra en fase ascendente, pues el comprador no tiene que soportar la mera devolución del dinero por parte del promotor para, a continuación, vender la vivienda por un precio superior; pero en otros, como el actual, marcado por un claro carácter descendente, es diabólica, dado que el comprador no se puede retirar de la venta, dando por perdidas las cantidades abonadas para aprovecharse de un mercado con precios de oportunidad (muy inferiores al suyo).

B) Cláusula penal

La cláusula penal (o pena convencional) ha sido definida por nuestra doctrina como aquella obligación accesoria que las partes agregan a una obligación principal al objeto de asegurar el cumplimiento de esta³⁰¹, imponiendo a cargo del deudor una prestación especial (consistente generalmente en el pago de un suma de dinero) para el caso de que incumpla su obligación o no la cumpla de modo adecuado³⁰².

La función de la misma puede ser triple: la *coercitiva o de garantía*, para estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal ante la amenaza de tener que pagar la pena; la *liquidadora del daño*, en el sentido de evaluar anticipadamente los perjuicios ocasionados; y la *estrictamente penal*, para castigar al deudor con unas consecuencias más onerosas que las que habitualmente lleva aparejada la infracción contractual.

²⁹⁹ CARRASCO PEREA A., <<Pacto de arras, nulidades contractuales y mercado inmobiliario en declive>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2008.

³⁰⁰ Vid STS 501/2008, de 3 de junio (Roj. STS 3275/2008).

³⁰¹ CASTÁN TOBEÑAS J., *Derecho Civil español, común y foral*, Rev. G.C.C., Madrid, Reus, 1988, T. 3, pág. 181.

³⁰² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., <<De las obligaciones con cláusula penal>>, AAVV, Coord. M.A.G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1983, Tomo XV, pág. 449, la define como la sanción (generalmente de entregar una suma de dinero) que se establece por los interesados que ha de sufrir el deudor en el caso de que no cumpla debidamente su obligación.

De esta manera, la diferencia teórica entre las arras y la cláusula penal la encontramos en que las primeras refuerzan el cumplimiento de la obligación a la que se agregan, mediante la entrega de algo que ya está en manos del acreedor³⁰³; mientras que en la cláusula penal la obligación se refuerza, no mediante la entrega de nada, sino mediante la promesa de una prestación que habrá que realizar si aquella no se cumple. Al margen, hay que decir que, mientras que en la cláusula penal siempre es de garantía, en las arras puede ser el dejar una prueba o señal de celebración.

Y nuestra jurisprudencia también ha definido la cláusula penal como la <<promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen privilegiado para el acreedor>>³⁰⁴, estableciendo diferencias entre ambas³⁰⁵.

³⁰³ ALBALADEJO GARCÍA M., AAVV (Coord. M.A.G.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid, Edersa, Tomo XV, 1983, pág. 458.

³⁰⁴ STS 1261/ 98, de 12 de enero de 1999 (Roj. STS 41/1999), que analiza la penalización establecida por retraso en la entrega de la vivienda y hace referencia, por remisión, a otra de 8 de enero de 1945. También destaca la referencia de esta sentencia a la de 16 de abril de 1988 que la define como <<obligación accesoria, igualmente pecuniaria, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual>>.

³⁰⁵ Citamos la SAP Alicante 95/2011, de 2 de marzo (Roj. SAP A 523/2011), que afirma: <<En el supuesto de autos, lo que determina la cláusula VI es que la suma entregada, además de serlo a cuenta del precio, cumpliría una función de arras penitenciales, en tanto expresamente se prevén como multa o sanción a la posibilidad de desistir voluntariamente de un contrato bilateral y sinalagmático (así resulta de la calificación que se le da y de la expresa remisión al art. 1454 CC). Ninguna previsión se contiene en la norma, sin embargo, de adquirir rango de cláusula penal - art 1154 CC -, pues ninguna previsión se hace de que pudiera ser una pena la devolución del precio abonado, en doble cantidad, en caso de procedencia de resolución del contrato y en sustitución de los daños y perjuicios correspondientes. En consecuencia, no puede dársele el efecto de arras penales pactadas a la previsión de devolución doblada de la parte del precio percibido, pues la cláusula contractual se limita, por libre voluntad de las partes, a establecer arras penitenciales para el caso de libre desistimiento de la partes del contrato. Dicho de otro modo, siguiendo el tenor del Código Civil, lo pactado por las partes fue el establecer una penalización correlativa al derecho que se reconocía a ambas partes, de desistir a su arbitrio (esto es, sin necesidad de alegar causa alguna). Y debe distinguirse entre facultad de desistir libremente del contrato proyectado (asumiendo como carga hacer frente a la sanción prevista en tal caso) de lo que representa un incumplimiento culpable del contrato susceptible de integrar el supuesto de hecho previsto en el artículo 1124 del Código Civil. Ahora bien, el demandante instó la resolución contractual, que procede como hemos visto, confirmar con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. No procede para su fijación acudir, por lo antedicho, a la cláusula VI del contrato. Pero sí hay un criterio contractualmente pactado que presenta la voluntad de las partes de fijar de forma antecedente, a modo de cláusula penal, la consecuencia indemnizatoria en caso de incumplimiento. Nos referimos a la cláusula VII donde, con referencia a un posible incumplimiento por parte del comprador de falta de pago de lo convenido, se confiere al vendedor el derecho a instalar la resolución y a retener en tal caso el 50% de las cantidades entregadas a cuenta, por vía de indemnización y cláusula penal. Parece lo razonable ahora extender el efecto pretendido también respecto del incumplimiento por parte del vendedor y si no procede la aplicación del efecto previsto en el artículo 1454 del Código Civil, por venir referido a otra situación diversa - desistimiento voluntario de las partes- sí procede sin embargo extender la cláusula penal prevista también respecto de los incumplimientos del vendedor a fin de equilibrar el contenido contractual, salvando la propia cláusula de una posible tacha de abusividad respecto del comprador-consumidor y, en consecuencia, fijar la indemnización procedente por razón de la culpa en la crisis contractual en el 50% de la cantidad entregada por el actor-comprador>>.

Los problemas que habitualmente se plantean con las cláusulas penales son los mismos que los de las arras y suelen venir referidos a la imposición (dado que el contrato habitualmente lo redacta el promotor) de una pena no equitativa o desproporcionada para el comprador de la vivienda, que entrega una cantidad de dinero a la firma del contrato, con posibilidad de comprometer otras diferidas a lo largo del proceso edificatorio, que pierde si finalmente no realiza el pago final. Por el contrario, resulta habitual que no se establezca pena alguna para el vendedor o, para el caso de establecerse, limitarse a la mera devolución de las cantidades percibidas más el interés legal del dinero.

La SAP Alicante 207/212, de 22 de mayo³⁰⁶, analizando la ineficacia de una cláusula impuesta en un contrato redactado por la promotora, calificado de opción de compra, en el que establecía la posibilidad de que esta se quedase con el dinero entregado como opción (38.000 €) si el comprador finalmente no adquiría el inmueble, pero sin decir nada para el supuesto contrario. La Audiencia modificó el criterio del Juzgado de Instancia, que declaró la validez de la cláusula, al entender que el contrato de opción de compra no había sido impuesto y resultaba unidireccional, quedando protegido el comprador por las consecuencias previstas por la Ley 57/68 (de mera devolución del dinero con sus intereses legales); recogiendo el criterio de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, 395/2011, de 7 de Octubre³⁰⁷, afirma que: "la cláusula que impone un régimen penal en base al incumplimiento que es nulo en cuanto la cláusula, contiene un estatuto no solo diferenciado sino claramente privilegiado para el vendedor pues prevé las consecuencias económicas indemnizatorias en caso de incumplimiento del comprador, bien por incumplimiento propiamente dicho de las obligaciones contractuales, bien por desistimiento unilateral del contrato, que no se contemplan para el caso del incumplimiento del vendedor y, además, se hace con extrema dureza, implicando la pérdida íntegra de lo abonado, sea mayor o menor la parte del precio abonado", añadiendo que "estamos ante una cláusula abusiva y como tal debe ser anulada dado que de mantener la cláusula ampararíamos una evidente desigualdad originaria en el desequilibrio generado por el hecho de que en el contrato, con tal cláusula, no tendrían ambas partes tienen garantizadas sus facultades indemnizatorias a fijar cuantitativamente en consonancia con las circunstancias del incumplimiento de que se trate".

Por último, debemos recordar que nuestra doctrina ha diferenciado dos tipos de efectos, según el incumplimiento de la obligación haya sido total o parcial³⁰⁸: en el primero de los supuestos, el deudor (en atención a lo dispuesto por el art. 1.153 CC) viene obligado a cumplir la pena, sin poder optar entre el cumplimiento o la satisfacción de la pena; por el contrario, el acreedor sí que puede optar por una de las dos opciones (o incluso solicitar el cumplimiento subsidiario). En el caso de incumplimiento parcial el art. 1154 CC concede al Juez facultades para moderar la pena estipulada y, aunque históricamente no ha existido un criterio jurisprudencial

³⁰⁶ Roj. SAP A 1492/2012.

³⁰⁷ Roj. SAP A 3464/2011.

³⁰⁸ CASTAN TOBEÑAS J., *Derecho civil español, común y foral*, rev. G.G.C., Madrid, Reus, 1988, pág. 187.

uniforme respecto a su aplicación de oficio³⁰⁹, la reciente STJCE de 14 de marzo de 2013³¹⁰ parece haber puesto fin a la discusión, reconociendo estas facultades moderadoras, incluso de oficio, cuando se trate de contratos suscritos por consumidores y usuarios con empresarios³¹¹.

3.- EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

1. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR PROFESIONAL

Las obligaciones del vendedor pueden tener origen legal o convencional pero, como este tipo de contratos suelen ser redactados por el vendedor e impuestos al consumidor, nos centraremos en las obligaciones legales, para luego analizar diversos supuestos de ineficacia de cláusulas habituales en la contratación inmobiliaria.

A este respecto, lo primero que debemos destacar es que nuestro Código Civil regula de manera desigual las obligaciones de las partes, pues mientras dedica treinta y nueve artículos a las obligaciones del vendedor, las del comprador las describe en seis.

Y, desde esta perspectiva, nuestro punto de partida es el art. 1.461 CC, que establece las obligaciones principales, de entrega y saneamiento.

A este respecto, dado que nos encontramos ante la venta de una vivienda en construcción (que no existe -incluso a veces, ni se ha iniciado- al momento de suscribir el contrato), como bien futuro, tenemos que diferenciar dos obligaciones

³⁰⁹ Conviene poner de manifiesto que nuestro Tribunal Supremo, en numerosas ocasiones, ha declarado que no cabe la moderación judicial, en casos de incumplimiento parcial, cuando el incumplimiento hubiera sido pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena (STS de 1 de junio de 2009 –Roj. STS 3509/09- y 999/11, de 17 de enero de 2012 –Roj. STS 500/2012-), ni por demora (STS 29 de noviembre de 1997 –Roj. STS 7241/97-).

³¹⁰ TJCE 2013, 89.

³¹¹ Y, aunque el ámbito de aplicación viene referido a los intereses de demora, la SAP Madrid 227/2013, de 10 de mayo (Roj. SAP M 8503/2013), recoge este criterio y afirma que <<sobre esta cuestión a parte de la normativa reguladora de defensa de los consumidores y usuarios, que establece la apreciación de oficio por parte de los tribunales de la nulidad de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores y usuarios, debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declara que los jueces nacionales deben apreciar de oficio, en una intervención positiva ajena a las partes del contrato, el carácter abusivo de las cláusulas contractuales estipuladas en perjuicio de los consumidores>>. Por su parte, también citamos la SAP Murcia 298/2013, de 6 de mayo (Roj. SAP MU 1260/2013) que, llegando a la misma conclusión, por aplicación de lo dispuesto por los art. 83 y 85.6 TRLGDCU, reconoce que <<dicho control judicial "ex officio" vendría avalado por la Sentencia de 4 de junio de 2009 del Tribunal de Justicia Europeo, dictada en la cuestión prejudicial del asunto C- 243/08 , en la que se afirma la imposición del examen de oficio de la abusividad de las cláusulas contractuales, siendo dicha doctrina acogida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de julio de 2010 , al declarar que el control de oficio de la abusividad no tiene que limitarse a las cláusulas accesorias, sino que puede extenderse también a "...las cláusulas esenciales y definitorias del equilibrio contractual, a la economía del negocio">>.

principales para el vendedor: la construcción y la entrega de la vivienda³¹². Junto a estas quedan otras obligaciones que podríamos calificar de accesorias.

A) El deber de información exigido a promotores y constructores.

El derecho a la información se le ofrece al consumidor o usuario con carácter previo a la decisión de adquirir la vivienda, puesto que le condiciona su futura elección. En este sentido, se pretende que quede protegido tanto el derecho a la libre (y consciente) elección como a la reflexión sobre la conveniencia de celebración (o no) del contrato³¹³. El legislador trata así de proteger la libre y correcta formación del consentimiento, configurándolo como un *derecho básico del consumidor* (Art. 8.d TRLGDCU).

Esta configuración, para destacar su importancia, también conviene ponerla en relación, por un lado, con el art. 51 CE y 153 TCE³¹⁴, y por otro, con la legislación autonómica, especialmente los art. 4 y 23 de la Ley 2/1987, que aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, reformado por la Ley 1/2011, de 22 de marzo, así como con el art. 3 de la Ley 4/1996 que aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, posteriormente modificado por la ley 1/2008, de 21 de abril. En estas normas también resulta reconocido el derecho a la información³¹⁵.

³¹² La STS 429/2013, de 11 de junio (Roj STS 3668/2013) viene a analizar esta cuestión desde la perspectiva de un mercado inmobiliario en recesión. Así, al hilo del estudio de las consecuencias de la entrega de la vivienda sin la licencia de primera ocupación, reconoce esta sentencia las dos citadas obligaciones, al afirmar que << se trata, en todos estos casos, de supuestos de compraventa de cosa futura, cuya posibilidad legal deriva de lo dispuesto en el art. 1271 del Cc , y que ha quedado perfilado entre otras, por las sentencias de 17-2-67 y 30-10-89 en las que se expresa que "la compraventa de cosa futura (en su modalidad de emptio rei speratae), como contrato conmutativo que es (a diferencia de la modalidad llamada emptio spei, que es contrato aleatorio), presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que esta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar, de manera que el contrato queda plenamente desnaturalizado, como tal venta de cosa futura, si el supuesto vendedor no contrae o se desvincula de la expresada obligación esencial de entrega, por lo que, así como no hay inconveniente legal ni jurisprudencial (SSTS de 17 febrero 1967 y 3 junio 1970) en calificar de venta de cosa futura a la de una vivienda todavía en construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación como tal vivienda habitable y en la que el vendedor asume la obligación de entregarla al comprador una vez que la ha terminado ...>>. Por su parte, ATAZ LOPEZ J., <<Artículo 1445>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pág. 10.165-10.197; reconoce sin dudas esta doble obligación (de hacer y de dar), lo que le lleva a calificar este contrato de naturaleza mixta y propone regularlo por la figura contractual que le resulta más cercana: la compraventa y el contrato de obra.

³¹³ IZQUIERDO CARRASCO M., <<Derecho a la información, formación y educación>>, en *La defensa de los consumidores y usuarios*, AAVV, Dir. M.R.P. y M.I.C., Madrid, Iustel, 2011, pág. 290, destaca que el desequilibrio informativo existente, e incluso la inexperiencia negocial, trata de paliarse por parte del legislador, mediante la imposición a los empresarios de unos deberes de información.

³¹⁴ A este respecto, REYES LÓPEZ M.J., *Manual de Derecho Privado de Consumo*. Madrid, La Ley, 2009, pág. 145, destaca que <<aunque tradicionalmente podía entenderse que el derecho a la información estaba implícito en determinados preceptos del Código Civil, la elevación a principio básico en el ámbito constitucional ha supuesto un avance incuestionable en la esfera de la protección de los derechos de este sector de la población>>.

³¹⁵ Por su parte, la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de de la CEE sobre una política de protección e información a los consumidores estableció

En Derecho comparado, destaca el Código de consumo francés, cuyo Libro I viene referido a la información a los consumidores y celebración de los contratos, disponiendo su art. L111-1 que <<todo profesional que venda bienes o preste servicios deberá, antes de la celebración del contrato, permitir que el consumidor conozca las características esenciales del bien o servicio>>³¹⁶. Por su parte, la Consumer Protection Act, en el apartado IV.2, relativo a los contratos de prestaciones futuras, establece la obligación (art. 76.12) de contener la información especificada. Finalmente, el Codice de Consumo de 6 de septiembre de 2005, en su Parte II, Título II, regula la información al consumidor, estableciendo la obligación de que la información exprese de modo claro y comprensible.

Nuestra doctrina³¹⁷ ha destacado que este derecho a la información, como mera invocación o declaración, no es un derecho subjetivo, pese a estar constantemente incluido o citado por la dispersa normativa que protege a los consumidores, y queda relegada su naturaleza a la de principio general básico del Derecho de consumo español y europeo³¹⁸.

Precisa, por tanto, para poder desplegar plenos efectos, de un desarrollo posterior, que en España ha realizado desde una perspectiva genérica el TRLGDCU (en continuación con la anterior LGDCU), y que se ha desarrollado, en el campo específico de la compraventa de viviendas por consumidores y usuarios, a través del Real Decreto 515/1989, de la LOE y de la normativa autonómica que desarrolla esta materia, que posteriormente analizaremos³¹⁹.

cinco derechos fundamentales de estos: la seguridad y la salud, resarcimiento de daños, protección de los intereses económicos, representación, información y educación.

³¹⁶ A este respecto, ATAZ LOPEZ J. <<Artículo 1461>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Coord. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.316; pone de manifiesto que *una obligación no mencionada en el artículo 1461 y sin relación con la obligación de entrega, que en los últimos años se viene considerando implícita en las ventas en las que el vendedor actúa como profesional, es la de informar al comprador; lo que no deja de ser curioso, porque la obligación venía mencionada en el artículo 1602 del Código francés, y no fue incorporado al proyecto de 1851 ni tampoco a nuestro Código civil, posiblemente por considerarla una norma superflua.*

³¹⁷ PEÑA LÓPEZ F., <<Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios>>, AAVV, Coord. R. B. R.C., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Pamplona, 2007, Pág. 118, que también cita, en este sentido, a De León Arce.

³¹⁸ LOPEZ FRIAS A., <<El deber precontractual de información del contratista en los contratos de obra con consumidores>>, en las Actas del Congreso "Contrato de obra y Protección de los Consumidores", AAVV, Fase 20 SL, Granada, 2013, pág. 238; pone de manifiesto que <<El tratamiento jurídico del deber precontractual de información ha experimentado un cambio llamativo en las últimas décadas. Ha pasado de no merecer casi ninguna atención específica por parte del legislador ni de la doctrina, a contar con un profuso y variadísimo soporte normativo, particularmente en el ámbito del Derecho de consumo, y a ser objeto de innumerables estudios doctrinales. De suponer un aspecto residual de las relaciones entre los contratantes ha llegado a constituir un elemento clave en el desenvolvimiento del contrato, sobre todo cuando interviene un consumidor>>.

³¹⁹ Sobre la relación entre el RD 515/89 y los Estatutos de Autonomía, a raíz de la citada STC de 26 de enero de 1989 (que después reiteraría en STC de 22 de marzo de 1991, sobre el Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario), es la de respetar la competencia asumida por las CCAA en sus Estatutos sobre protección de los consumidores de vivienda, aplicándose el derecho estatal (RD 515/89) supletoriamente, salvo en las materias que son competencia exclusiva del Estado, como las relativas a las bases de las obligaciones (art. 149.1.8 CE), donde habría que enmarcar a los art. 3.2 y 10 del RD.

A este respecto, desde una perspectiva genérica, lo primero a destacar es que el nuevo TRLGDCU regula la información que el empresario ha de ofrecer al consumidor antes de firmar cualquier contrato, no sólo el específico de compraventa de vivienda en construcción.

En concreto, a tenor de lo preceptuado por el art. 60 TRLGDCU, el empresario deberá informar gratuitamente al consumidor o usuario sobre las características esenciales del contrato, destacando la importancia de las <<condiciones jurídicas y económicas>>, así como de los bienes o servicios objeto del mismo.

Por su parte, el art. 64 TRLGDCU establece la documentación complementaria en la compraventa de viviendas y fija la obligación de entregar, junto a la documentación genérica, <<la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación o norma autonómica que resulte de aplicación>>.³²⁰

Estos artículos vienen a suponer una evolución del anterior art. 13 LGDCU de 1984 que, a su vez, fue modificado por la Ley 44/2006³²¹, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios³²².

Así, mientras el original texto hacía una previsión del derecho a la información, con la obligación de <<incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales>> y sobre determinados extremos, en lo referente a la documentación que debería acompañar al contrato de compraventa de vivienda, establecía que <<se facilitará además al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo>>.

En concreto, respecto a la información que se ha de ofrecer al consumidor³²³, partiendo de los términos utilizados por el legislador original que, en virtud de lo

³²⁰ GONZÁLEZ CARRASCO M.C., <<comentario a la sentencia de 15 de marzo de 2010>>, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Navarra, Aranzadi, N°85, pág. 2255; pone en relación las obligaciones derivadas de los art. 61.1 TRLGDCU y 3.2 RD 515/1989 con el art. 3 de la Ley 38/1999, que establece los requisitos básicos de las edificaciones.

³²¹ REYES LÓPEZ M.J., Op. cit., pág. 147, pone de manifiesto que la anterior regulación ubicaba el contenido del derecho a la información en el capítulo III de la LGDCU, relativo a la protección de los derechos económicos y sociales, mientras que el actual Texto Refundido lo traslada a la regulación de los contratos y al art. 12, que viene referido a la información sobre riesgos de los bienes y servicios, en sede de la protección de salud y seguridad.

³²² Esta norma, tal y como reconoce su exposición de motivos pretende incrementar la protección del consumidor <<estableciendo la necesidad de que la información precontractual obligatoria se facilite al consumidor de forma gratuita, sin costes adicionales. Esta previsión tiene por objeto evitar prácticas lesivas, conforme a las cuales el cumplimiento de las obligaciones legales de los empresarios no sólo suponen costes adicionales a los consumidores, sino una retribución adicional al operador, mediante la utilización de las nuevas tecnologías. Nuevas tecnologías que, por otra parte, permiten la prestación gratuita de la información mínima exigible, conforme ya está previsto en algunos ámbitos de la actividad económica>>.

³²³ GARCÍA VICENTE J.R., "Artículo 60. Información previa al contrato", AAVV, Coord. R.B.R.C., Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 778, divide las cualidades

dispuesto por el art. 60 TRLGDCU³²⁴, se han modificado sólo aparentemente (pues ahora el legislador requiere que la información ofrecida sea relevante, veraz y suficiente)³²⁵, la información ha de ser:

- RELEVANTE (o eficaz): en cuanto que resulta apta para lograr el efecto que se desea, resultar comprensible³²⁶. En este sentido, ha de resultar clara, sencilla, precisa e inequívoca (por aplicación de los art. 80 y 97 TRLGDCU) o, como afirma el art. 5.5 LCGC, transparente.
- VERAZ: entendida como que dice la verdad. En este sentido, se prohíbe que sea falsa³²⁷, entendida como contraria a la verdad o inexacta (tal y como se deriva por aplicación del art. 65 TRLGDCU), en el sentido de distorsionar la realidad.
- SUFICIENTE: entendida como bastante para lo que se necesita; este concepto debe ser puesto en conexión con la normativa que analiza esta cuestión, principalmente el RD 515/89³²⁸, donde se establece la información que ha de ser suministrada a los consumidores y usuarios en la compraventa de vivienda.

La obligación de información precontractual que impone el legislador supone un mínimo normativo, que resulta habitualmente superado por la normativa que, con

de la información en dos grupos: el que considera a la información como <<mensaje>>, como un acto comunicativo que debe ser comprensible por el destinatario. El segundo hace referencia a su veracidad o corrección.

³²⁴ Y así lo reconocen también muchas sentencias, entre las que citamos la SAP Barcelona de 5 de abril de 2002 (RJ 2005/134685) y SAP Sevilla de 6 de marzo de 2003 (RJ 2003/87745).

³²⁵ Aunque algunos autores, como hacen referencia REYES LÓPEZ MJ, *Manual de Derecho Privado de Consumo*. Madrid, La Ley, 2009, pág. 162; a que, a tenor de la nueva redacción del TR, la información <<tiene que ser veraz y suficiente; aportarse de forma clara, comprensible, adaptada a las circunstancias, ser relevante y gratuita>>.

³²⁶ El Art. 5.3 LCGC habla de que <<garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración>> y el art. 7 del mismo texto, habla de que <<no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa>> su contenido.

³²⁷ A raíz del Estatuto de la Publicidad, inicialmente aprobado por la Ley 61/1964), cuya obligación ha mantenido la posterior Ley 34/1988, general de publicidad.

³²⁸ Sostiene el precepto, en el numeral segundo, “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, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.
- c. Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración.
- d. Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.
- e. Garantías ofrecidas.
- f. Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando esta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.
- g. Existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

3. La información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita.

carácter sectorial, regula cada una de las distintas parcelas que presenta el derecho de consumo³²⁹.

En este sentido, nuestra doctrina ha destacado que en este estadio precontractual, los deberes de información suponen un elemento necesario para la correcta formación del consentimiento, desempeñando un papel activo y positivo, frente a los códigos tradicionales que le han atribuido una función negativa, al tratar de garantizar la libertad del consentimiento siempre que no existiera error o no existiera dolo³³⁰.

Por su parte, la STS de 15 de marzo de 2010 ya pone de manifiesto que *la defensa del consumidor en la adquisición de una vivienda, se articula a través de un conjunto de normas previas y posteriores al contrato, que tienen que ver con la garantía de una información precisa sobre la que va a ser objeto de venta y que va a obligar al vendedor a adecuarse a la normativa publicitaria en vigor, veraz y no engañosa, en el particular relativo a las características físicas y jurídicas de la vivienda*³³¹.

Esta preocupación por la consciente elección del consumidor lleva al legislador (art. 61 TRLGDCU) a declarar la integración de la oferta recibida por el consumidor con la promoción o publicidad desarrollada por el empresario, siempre que incorpore un contenido informativo³³².

³²⁹ Y en este sentido, la SAP Alicante de 20 de julio de 2005 (RJ 2005/197898) afirma que <<tanto el art. 8.1º de la Ley General como el artículo del Real Decreto núm. 515/1989, de 21 de abril, establecen una doble obligación para el promotor, por un lado, de fijar con claridad suficiente publicidad el total contenido de la obligación, especificando las prestaciones propias del producto de forma pormenorizada a fin de no confundir al cliente, y, por otro, de entregar el producto conforme a dichas especificaciones mencionadas, teniendo derecho el adquirente a exigir las aun cuando no figuraran expresamente consignadas en el contrato celebrado>>.

³³⁰ LASARTE ALVAREZ C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Madrid, Dykinson, 2007, pág. 108. Por su parte, LOPEZ MAZA S.: <<Información precontractual obligatoria en la compraventa al consumo>>, en *Tratado de la compraventa*, AAVV, Dir. A.C.P., Aranzadi, Navarra, 2013, Tomo I, pág. 461; pese a reconocer que la consecuencia del incumplimiento depende del caso concreto, propone varias alternativas: si se suministra información falsa o inexacta sabiéndolo el empresario y con ánimo de dañar al consumidor, el contrato podrá anularse por dolo o integrarse las afirmaciones (aunque sean falsas) con el contenido exigible del contrato -art. 61 TRLGDCU-; si se omite total o parcialmente información relevante, el consumidor podrá integrar las omisiones conforme al principio de buena fe objetiva -art. 65 TRLGDCU- o, si resultase esencial para la correcta formación de su consentimiento, alegar el error en el sentido del art. 1266. En cualquier caso, *el legislador ha querido asegurar el cumplimiento del deber de información precontractual del empresario o profesional, concediendo al consumidor esta facultad de resolución, que es distinta de la prevista en el art. 1124*.

³³¹ RJ 2010,2347.

³³² E incluso algunos autores (GONZÁLEZ CARRASCO M.C., <<comentario a la sentencia de 15 de marzo de 2010>>, ya citado), con base en determinadas sentencias (como la citada por la autora, la SAP Valencia de 26 de marzo de 1991 -RGD 1991, pág. 6754-), llegan a afirmar que aún cuando no exista laguna contractual sino contradicción entre publicidad y contrato, la sanción procedente es declarar la nulidad de la cláusula contractual que contradice lo prometido en la publicidad.

Respecto al contenido del deber de información³³³, se subdivide en dos categorías: las “*condiciones esenciales*” del contrato, es decir, las prestaciones principales que definen el contrato, y los “*contenidos accesorios*”, de forma que no forman parte de los primeros, pero que resultan determinantes para la suerte del contrato, bien por ser imprescindibles para tener conocimiento del alcance del compromiso o bien porque sirven para poder conocer la titularidad de ciertos derechos. Y, a este respecto, nuestra jurisprudencia ha declarado en numerosas ocasiones que la publicidad es exigible, con independencia del carácter esencial o no de los elementos constructivos que mencione³³⁴.

Por otro lado, destacamos la circunstancia de que esta enumeración ofrecida por el art. 60.2 TRLGDCU, de obligaciones de información, marcada por su imperatividad, resulta heterogénea y dinámica, pues el propio legislador ya prevé tanto su ampliación por directa aplicación de normativa que desarrolle el concreto negocio jurídico al que venga referido, como la ulterior modificación, en atención a la realidad social³³⁵.

De este modo, la información precontractual ha de venir referida a la identificación de las partes y, en particular, del empresario (ya actúe por sí mismo o a través de un tercero); al sacrificio económico íntegro del contrato (comprensivo del precio total del producto, incluidos los impuestos y gastos oportunos, debidamente desglosados las distintas partidas que comprenda); al tiempo de ejecución (fecha de entrega) y duración del contrato, si es de tracto sucesivo; al procedimiento para el derecho a poner fin al contrato (art. 62.4 TRLGDCU), que es distinto al derecho al desistimiento de los art. 68 a 79, pero idéntico en efectos extintivos; las garantías ofrecidas, convencionales o adicionales; la lengua en que se celebrará el contrato, si es distinta de la que se utiliza en la información previa y, por último, si el consumidor disfruta de un derecho de desistimiento (legal o convencional) y las condiciones para su ejercicio³³⁶.

³³³ En este sentido, GARCÍA VICENTE J.R., <<Artículo 60. Información previa al contrato>>, AAVV, Coord. R.B.R.C., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Pamplona, Aranzadi, 2009, Pág. 775.

³³⁴ Véase la STS 15 de junio de 2000 (RJ 2000/4418), que obligó a indemnizar por la omisión de una piscina, que sí aparecía en la publicidad; la SAP Murcia 23 de enero de 2001 (AC 2011/728), que condenó a dotar al complejo de sauna y piscina cubierta, así como la SAP Lérida 25 de abril de 2004 (RJ 2004/157810), que considera engañosa una publicidad que hace referencia a la existencia de una encimera de mármol, cuando en realidad es de otro material, concretamente <<grainstoneite>>, y la SAP Zaragoza de 4 de abril de 2002 (RJ 2002/153267), que versaba sobre la localización del portal de acceso al edificio, condenando al promotor a cumplir con lo ofertado.

³³⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ A., *La información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, INC, 1994, pág. 53; recuerda que la información ayuda a erradicar de nuestro sistema inmobiliario los supuestos de fraude, y de fraude de la más distinta naturaleza.

³³⁶ Incluso nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia de 15 de marzo de 2010 (RJ 2010/111568), ha reconocido que <<La defensa del consumidor en la adquisición de una vivienda, se articula a través un conjunto de normas previas y posteriores al contrato, que tienen que ver con garantía de una información precisa sobre lo que va a ser objeto de la venta y que va a obligar al vendedor a adecuarse a la normativa publicitaria en vigor, veraz y no engañosa, en el particular relativo a las características físicas y jurídicas de la vivienda. Se trata de un contrato que cae por sus características dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente en el momento de la adquisición (en la actualidad: arts. 60 y 61,1 TRLGDCU), que aparece desarrollado en el art. 3,2 RD 515/1989, de 21 abril, con evidentes reflejos constitucionales, en el que la oferta en un sentido amplio, incluida la publicitaria y,

Es digno de ser destacado que la exigencia de esta información documentada, tanto en el ámbito del anterior art. 13.2 LGDCU, como el del actual art. 64 TRLGDCU, viene referida a la compraventa de vivienda nueva, pero no a las segundas y ulteriores transmisiones (la conocida como segunda mano); la justificación de esta circunstancia reside en que el riesgo del segundo comprador es menor, dado que ya puede comprobar, física y jurídicamente, el estado de la vivienda.

Igualmente, la modificación a la Ley General de Publicidad operada por la Ley 29/009 prohíbe expresamente la publicidad ilícita, destacando, a los efectos del presente, la calificación como tal de toda aquella publicidad *que infrinja lo dispuesto por la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios*.

Y, en otro orden, el art. 65 TRLGDCU establece la integración del contrato *también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante*.

Así, de esta manera, el legislador ofrece variadas soluciones al problema de la falta de información³³⁷: la primera, consistente en integrar las afirmaciones el contenido exigible del contrato -art. 61 y 116.1.d TRLGDCU-. La segunda, consistente en que, cuando sea dudoso el contenido de la información, se realiza una interpretación contra proferentem -art. 80.2 TRLGDCU). La tercera, consiste en reemplazar los contenidos omitidos o manifiestamente inexactos por aquellos predispuestos por el legislador. Por último, se establece un derecho de resolución - Art. 112 TRLGDCU-.

Y, dentro el específico campo del contrato de compraventa de vivienda en construcción, el Art. 64 TRLGDCU establece la obligación, para la primera transmisión de viviendas, de facilitar <<además>> la documentación prevista por la LOE o norma autonómica que resulte de aplicación. Su antecedente lo encontramos en el art. 13.2 LGDCU.

Respecto a la documentación prevista por la LOE, señala REYES LÓPEZ³³⁸, que, puesto que el RD 515/89 continúa vigente, la remisión a la LOE viene referida (tal y como reconoce la propia exposición de motivos de la LOE) a garantías suficientes respecto a la calidad de la edificación, a los requisitos técnicos de lo construido (relativos a la funcionalidad, habitabilidad y seguridad estructural en caso de incendio y de utilización); así como al establecimiento de un seguro de daños o caución.

con mayor razón, el documento contractual, determinan el derecho del comprador a recibir, a costa del vendedor, la copia de diversos documentos sobre el objeto y precio del contrato. Se trata, en definitiva, de que tenga una representación cumplida de lo que va a adquirir y que el vendedor asuma la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta ha alcanzado existencia real y física cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y en la publicidad que se integran en el contenido del contrato>>.

³³⁷ GARCÍA VICENTE J.R, Op. Cit.

³³⁸ REYES LÓPEZ MJ, *Manual de Derecho Privado de Consumo*. Madrid, La Ley, 2009, pág. 171.

Y este precepto ha sido duramente criticado puesto que, desde una perspectiva formal (como regula la venta de viviendas nuevas una vez entre en vigor la Ley) debería haberse localizado en sede de disposiciones transitorias. Por otro lado, en cuanto al fondo, se trata de una norma vacía³³⁹, dado que tan solo establece un reenvío a la LOE y normativa autonómica. Y, siendo una norma de reenvío, olvida que esta materia se encuentra específicamente regulada por otra norma, vigente, el RD 515/1989, de 21 de abril, que protege al consumidor en cuanto a la información a suministrar en la compraventa de vivienda y su arrendamiento.

En atención a lo expuesto, paralelamente, debemos acudir a lo establecido por el RD 515/1989 sobre protección de los consumidores en cuanto a la información que se les debe suministrar en la compra y arrendamiento de viviendas³⁴⁰. Este Real Decreto amplía el listado de información que ha de suministrarse a los compradores, les concede un mayor grado de protección, al definir con mayor nitidez el objeto del contrato y pretende que, junto a la correcta formación del consentimiento, exista un equilibrio entre las prestaciones de ambas partes³⁴¹.

No cabe duda de que, cuanto mayor sea el grado de descripción de la vivienda y la información suministrada, mayor será la protección que (al menos teóricamente) el legislador otorgará al comprador.

El problema es que la mayoría de compradores de viviendas carecen de unos conocimientos mínimos para interpretar la documentación referida por el legislador, dado su carácter marcadamente técnico. Cuando aparecen los problemas, en la mayoría de los casos, la vivienda se encuentra total o prácticamente terminada, el comprador ya ha desembolsado una enorme cantidad de dinero y (como la vivienda la adquirió para satisfacer una necesidad) la carencia de una vivienda se ve entonces agudizada, encontrándose hasta recientes fechas con que la misma vivienda ya ha sufrido un incremento en el precio, por el mero paso del tiempo. En todo caso, si los problemas no se resuelven amistosamente (o, al menos, por vías alternativas a la judicial) se le presentará el problema de que tiene, o bien que tomar la vivienda como se la entregan o bien que acudir a los Juzgados, en cuyo caso tendrá que hacer frente a iniciales gastos, armarse de paciencia y esperar que la promotora no se vea incurso en procedimientos concursales.

³³⁹ IZQUIERDO CARRASCO M., <<Derecho a la información, formación y educación>>, en *La defensa de los consumidores y usuarios*. Madrid, Iustel, 2011, pág. 308, sobre los mismos argumentos, llega a la conclusión de que <<se trata de un precepto que no añade nada y que sería perfectamente prescindible>>.

³⁴⁰ Téngase presente que, en virtud de lo dispuesto por la Disposición Adicional 2ª del citado RD 515/89 y en virtud de la Sentencia 15/1989 dictada por el Tribunal Constitucional el pasado 26 de enero de 1989, los preceptos contenidos en este (excepto los Art. 3.2 y 10) no resultan de aplicación directa en las Comunidades Autónomas que asumieron constitucionalmente las competencias plenas en materia de defensa de los consumidores y usuarios, a tenor de sus Estatutos de Autonomía.

³⁴¹ Y a este respecto, también merecen ser destacadas, aunque posteriormente las analizaremos, las previsiones que establece el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, que pretende introducir medidas específicas de seguridad en el sector inmobiliario, a través (entre otras) de medidas de protección registral, <<cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario>>.

No obstante lo anterior, merece ser destacado el esfuerzo que realiza el legislador para proteger al consumidor y evitar futuros conflictos, al exigir una clara descripción de la vivienda en construcción³⁴².

Al margen, el legislador, en cada una de las dos Comunidades en las que nos centramos, ha analizado esta cuestión sin aportar novedades significativas, con continuas remisiones a la legislación nacional que, a menudo, reproduce.

A estos efectos, destacamos, en la Comunidad valenciana, la Ley 8/2004, que en su art. 9 se remite expresamente a lo preceptuado por la LGDCU y el RD 515/1989, especificando que la información se ajustará a las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda, no inducirá a error a los adquirentes y usuarios ni silenciará datos fundamentales, de conformidad con la normativa a la que se remite.

La citada Ley establece la necesidad, cuando se trate de venta de viviendas en proyecto o en construcción³⁴³, de que el vendedor acredite diversos extremos³⁴⁴.

Paralelamente, la Ley 8/2005, de 14 de diciembre, para la calidad en la edificación en la Región de Murcia, establece³⁴⁵ una serie de exigencias informativas

³⁴² Este esfuerzo ha sido reconocido también por nuestra jurisprudencia y así la SAP Murcia de 11 de diciembre de 2002 (JUR 2003/113417), que acoge el criterio de la STS de 10 de octubre de 1997 (RJ 1997/7069) afirma que <<conforme a lo expuesto, es una especial obligación del promotor de la edificación tener a disposición de los adquirentes de la vivienda y facilitarles la documentación completa sobre todas las características físicas y jurídicas de la misma, sobre los materiales a emplear, superficie, ubicación, etc. Al no hacerlo en el presente caso (la carga de la prueba de lo que hicieron corresponde a dicho promotor, al tratarse de una obligación específicamente impuesta al mismo) ha incumplido una obligación con trascendencia en la determinación del objeto adquirido, lo que lleva consigo la inexistencia del contrato por falta uno de los requisitos del mismo, o, si se quiere, la nulidad del mismo, como consecuencia de lo establecido en el art. 2.3 último párrafo, de la LGDCU>>.

³⁴³ Y nuestra doctrina (CABANILLAS SANCHEZ A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*. Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1995, pág. 56; que cita a BERCOVITZ) destaca la simplicidad del legislador, pues quedan excluidos los supuestos de compraventas de viviendas previamente rehabilitadas que, aunque no constituyen una primera transmisión, sí que guardan grandes paralelismos. Respecto a las segundas y ulteriores transmisiones (dejando a salvo el caso de la rehabilitación) se supone que, si se ha dado cumplimiento a la norma en la primera transmisión, merced a la obligación de recepción, conservación y transmisión de la documentación de la vivienda (art. 16 LOE), no se plantearían mayores problemas.

³⁴⁴ Art. 14 << a) La disponibilidad de los terrenos, proyecto técnico y licencia de obras. b) La escritura de declaración de obra nueva en construcción y constitución del régimen de propiedad horizontal así como certificación registral en la que consten, las cuotas de participación en los elementos comunes y los estatutos de la comunidad de propietarios o proyecto de estatutos de la junta de comunidad de propietarios. c) Previsión de los plazos de finalización y entrega de las viviendas una vez acabadas>>.

³⁴⁵ Art. 18 << Los promotores o propietarios estarán obligados, en las operaciones de venta y cesión de uso, a facilitar suficiente información al adquirente o usuario sobre las condiciones esenciales de los edificios, debiendo contener en todo caso aquellas referidas a dimensiones, características, de calidad y uso a que se destina.. Asimismo, se deberá informar al adquirente o usuario sobre los porcentajes de participación en elementos comunes, los seguros con los que cuenta el edificio y la disposición de los documentos acreditativos de la obra que obligatoriamente se deben transmitir como garantías del proceso edificatorio, incluyendo el Libro del Edificio en el estado de formación en que se encuentre>>.

para que el comprador–consumidor logre identificar plenamente la vivienda objeto de compra.

Por su parte, en el ámbito legislativo de países de nuestro entorno, como es el caso de Italia, el legislador ha tratado de proteger el derecho a la información, destacando el Decreto Legislativo 122/2005, de 20 de mayo, que, en su art. 6³⁴⁶, establece el contenido obligatorio de los contratos suscritos, como medio de garantizar un adecuado grado de información por parte del comprador de vivienda.

La información a suministrar al consumidor, según lo establecido en el RD 515/89, se puede agrupar en varios puntos, que ahora analizamos³⁴⁷.

a. Identificación de los sujetos

Dado que el legislador trata de proteger al consumidor, todos los esfuerzos se dirigen a identificar plenamente al vendedor (art. 4.1), así como de darle a conocer quién es el arquitecto y el constructor (art. 5.6). A este respecto, el nuevo TRLGDCU insiste en la idea de identificar plenamente al empresario vendedor.

Entendemos que esta información es de gran trascendencia, vista la parquedad en la redacción de los contratos (generalmente interesada por el vendedor), pues así el consumidor o usuario podrá saber contra quién dirigir su acción e incluso exigir la documentación técnica del proyecto, para poder conocer en profundidad las características de la vivienda³⁴⁸. A este último respecto, destacamos (por condenable) la postura de algunos colegios profesionales que, cuando el arquitecto no facilita cierta información o documentación (y recordemos la importancia de los tiempos en el proceso edificatorio) y el consumidor se dirige a ellos en su reclamación, muestran su negativa, con el pretexto de que, en virtud de las obligaciones derivadas de la propiedad intelectual³⁴⁹, sólo se encuentra legitimado para su entrega el promotor, derivando la cuestión a la exigibilidad por la vía jurisdiccional. Quizás cambie la situación con la aplicación de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, conocida como Ley Ómnibus, que diluye en gran medida la

³⁴⁶ Este precepto hace un reenvío a los art. 2659.1 y 2826 del Codice.

³⁴⁷ En este sentido se expresa PICATOSTE BOBILLO J., <<Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de vivienda>>, AAVV, Dir. A.Z.L., *Hacia un Código del Consumidor*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Manual de Formación Continuada, Nº 34, 2.005, pág. 487-670.

³⁴⁸ GÓMEZ CALLE E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, La Ley, 1994, pág. 104, destaca otra circunstancia relevante, la referente a la solvencia del empresario, que puede ser también determinante para el consumidor a la hora de adquirir una vivienda, especialmente en las épocas de incertidumbre, tanto en el sector inmobiliario como en el financiero.

³⁴⁹ Pese a que existen resoluciones que ya han rechazado esta tesis, como la STS 235/2002, de 18 de marzo (Roj: STS 1941/2002) que afirma que <<la alegación de la recurrente sobre la imposibilidad de entrega de Proyectos y Memorias sin que se viole la propiedad intelectual de los Arquitectos, amén de que con ella se defienden sin idoneidad procesal presuntos derechos de personas ajenas al proceso, resulta inocua al objeto pretendido, pues la vulneración aducida sólo se produciría en la coyuntura de reproducción o plagio, como también lo es la cuestión de que los proyectos abarcan urbanizaciones distintas, ya que la reclamación ejercitada se contrae a los relativos a la edificación de la comunidad actora>>.

importancia de los Colegios Profesionales, así como el control que, en algunos casos, estos ejercen sobre sus colegiados³⁵⁰.

b. Documentación administrativa

Hace referencia tanto a la situación urbanística de la parcela como a las autorizaciones legalmente exigidas para la edificación de la vivienda³⁵¹, así como para su ocupación (incluidas las zonas comunes y servicios accesorios)³⁵².

Destacamos, por su trascendencia práctica, la importancia de tener que aportar (por imperativo legal) la licencia de construcción, dado que, teóricamente, sin esta no se puede comenzar el proceso constructivo, circunstancia que queda finalmente en manos del Ayuntamiento, que suele relajarse una vez que ya ha cobrado la pertinente tasa. A este respecto, es importante destacar que, si no existe:

1º) Puede que la vivienda nunca se llegue a legalizar;

2º) Puede que suponga la realización de ciertos cambios al proyecto presentado como base para su concesión, en cuyo caso, teóricamente, debería ser objeto de ulterior aprobación por el comprador, al haber identificado el objeto del contrato en base a un plano que la Administración ha obligado a modificar.

Por este motivo, el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en su Capítulo V, establece determinadas medidas encaminadas a garantizar la seguridad jurídica en materia inmobiliaria. En concreto:

A) Establece un régimen de silencio administrativo negativo para determinados actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo (Art. 23).

³⁵⁰ Sobre este extremo, y respecto al control que establecen los colegios profesionales a través del visado, destacaremos tan sólo que, merced a la reforma operada por el RD 1000/2010, de 5 de agosto, sobre el visado colegial obligatorio (una vez vigente la citada Ley 25/2009), el principio general es la no obligatoriedad del visado colegial excepto cuando lo exija el cliente o en los supuestos tasados legalmente, en que se impone, o bien por afectar el trabajo a la integridad física o seguridad de las personas, o bien por ser el medio de control más proporcionado. Entre los primeros destaca el proyecto de ejecución de edificación (entendida como tal la definida por el art. 2.1 LOE) y el certificado de final de obra de edificación (previsto para todas las obras que requieran proyecto -art. 2.2 LOE).

³⁵¹ ASÚA GONZÁLEZ C.I., <<Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de la compraventa>>, en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Aranzadi, Navarra, 2013, Tomo I, pág. 358; destaca la histórica falta de utilización, por parte de nuestra jurisprudencia, de la facultad rescisoria prevista por el art. 19.3 de la Ley del Suelo; haciendo ver que esta situación se ha superado en la actualidad, pues se ha ampliado el plazo de ejercicio a cuatro años y parece asentarse la idea de la relevancia de la inexcusabilidad del desconocimiento del comprador.

³⁵² El art. 5.1 exige tener a disposición del público << 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 >>.

B) Modifica el art. 20 LS, en el sentido de obligar a los Notarios, al autorizar las escrituras de obra nueva en construcción, la aportación de la autorización administrativa y el certificado del técnico competente, acreditativa de que lo ejecutado se corresponde con el proyecto concedido³⁵³. Para el caso de existir discrepancias entre la obra autorizada y la ejecutada (cosa bastante común), al autorizar la escritura de declaración de obra nueva terminada, requerirá la certificación del técnico competente que acredite que la obra cumple con la normativa vigente y que cuenta con las autorizaciones administrativas oportunas para garantizar que reúne las condiciones necesarias para su destino. Igualmente obliga al Registrador a ejercer el control sobre estos extremos, para autorizar el acceso de las citadas escrituras al Registro.

C) Modifica igualmente el art. 51 LS, en el sentido de declarar inscribibles tanto la incoación de expedientes sobre disciplina urbanística, actos firmes de aprobación de expedientes de ejecución de ordenación urbanística que modifiquen las fincas registrales y, en general, cuantos actos administrativos puedan modificar el dominio o cualquier otro derecho real sobre las fincas determinadas o su descripción³⁵⁴.

Por último, destacamos lo dispuesto por el citado Real Decreto-Ley, que debe ser complementario al RD 515/89, analizando el problema desde una perspectiva notarial y registral; pues garantiza una información que también resultará muy útil al consumidor y usuario, quien, a la vista de la identificación del inmueble, podrá desplegar su labor de investigación, control y verificación con mayor seguridad.

c. Datos relativos al inmueble y a la propia vivienda

En este apartado es en el que se define la vivienda, siendo de gran trascendencia, por su naturaleza de bien futuro³⁵⁵. A este respecto, destacan:

A) Deber de expresar si el inmueble se encuentra inscrito en el Registro de la Propiedad, así como los datos identificativos³⁵⁶. Esta información es trascendental a la hora de poder comprobar la titularidad del inmueble, su estado de cargas y, para el caso de estar inscrita la escritura de obra nueva (en construcción), su definición. También resulta muy útil en caso de incumplimiento contractual por parte del

³⁵³ Con ello trata de evitar situaciones en las que un proyecto obtiene licencia pero, en su ejecución, se producen modificaciones, que no se comunican por la dirección facultativa, de manera que la vivienda tiene acceso al Registro de la Propiedad y luego, una vez transmitida la vivienda, surgen problemas urbanísticos con el Ayuntamiento, generalmente al expedir la licencia de primera ocupación.

³⁵⁴ Con lo que pretende evitar que se produzcan situaciones en las que los compradores de viviendas adquieren las viviendas guiados por la información ofrecida por el Registro de la Propiedad y luego se ven sorprendidos por procedimientos administrativos, de legalidad urbanística, que les resultan del todo ajenos.

³⁵⁵ Cfr. SAP Murcia 439/2002, de 11 de diciembre (RJ 2003/113417) declaró la nulidad de un contrato de adquisición de vivienda en construcción, por falta de determinación del objeto adquirido (sobre la base de lo dispuesto por el art. 2.3 LGDCU) al no incorporar al mismo la documentación completa sobre las características físicas y jurídicas de la vivienda.

³⁵⁶ Vid art. 4.2 RD 515/1989 y reiteramos las consideraciones del Real Decreto-ley 8/2001.

vendedor a la hora de interesar medidas cautelares de aseguramiento, pues desde el comienzo, el bien se encuentra plenamente identificado;

B) Plano general del emplazamiento de la vivienda así como de ésta misma³⁵⁷. Respecto al primero resaltamos la importancia de la ubicación de la vivienda en el conjunto inmobiliario³⁵⁸, la localización dentro del edificio o la urbanización³⁵⁹, puesto que, entre otros motivos, puede decidir la compra de una vivienda dentro del conjunto en detrimento de otras³⁶⁰. Respecto al segundo, destaca la importancia no sólo de la superficie total, sino de cada una de las estancias, que puede indicar si las distintas habitaciones o dependencias son aptas para el destino que le piensa dar el comprador³⁶¹;

C) Descripción de la vivienda con expresión de la superficie útil, que difiere de la construida³⁶² (que es siempre mayor). A este respecto, conviene destacar que,

³⁵⁷ El art. 4.2 establece la obligación de tener a disposición del público y autoridades <<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>>.

³⁵⁸ Destaca la STS de 30 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3995) que analiza la posición de unos compradores de vivienda sobre plano a los que inicialmente la promotora mostró un edificio aislado, con amplios viales, espacios verdes y una orientación perfecta para disfrutar de la luz, pero que acabó construyendo sobre un talud, que privaba de vistas a los propietarios, cercano a una zona de circulación de vehículos y con otro edificio en la zona prevista inicialmente como zona verde. Afirma ésta que <<la oferta en un sentido amplio, incluida la publicitaria y, con mayor razón, el documento contractual, determinan el derecho del comprador a recibir, a costa del vendedor, la copia de diversos documentos sobre el objeto y precio del contrato. Se trata, en definitiva, de que tenga una representación cumplida de lo que va a adquirir y que el vendedor a suma la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta ha alcanzado existencia real y física cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y en la publicidad que se integran en el contenido del contrato>>.

³⁵⁹ Cfr. SAP Zaragoza de 4 de abril de 2002 (JUR 2002/153237), referente a la imprecisión en cuanto a la ubicación del portal de acceso al edificio, y que condenó al promotor a cumplir con lo ofertado; y la SAP Murcia de 11 de diciembre de 2002 (RJ 2003/113417) que destaca la especial obligación del promotor de tener a disposición y facilitar a los compradores la documentación completa <<sobre los materiales a emplear, superficie, ubicación, etc.>>.

³⁶⁰ Así, la STS de 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8260) condenó a la promotora (vendedora) a entregar la <<zona verde con el cerramiento de sus linderos oeste y sur>>, por no haber entregado ésta aquello que se había anunciado y, por tanto, se había obligado.

³⁶¹ La STSJ Navarra 12/1998, de 8 de octubre (RJ 1998/8598) pone de manifiesto que <<en las ventas sobre plano de viviendas en construcción, las viviendas no tienen una existencia actual, sino futura, aunque gráficamente prefigurada y en vías de conformación. En ellas, el consentimiento se contractual se otorga en contemplación a las características –orientación, configuración, distribución, superficie, etc.- resultantes del plano incorporado al contrato, que en estos casos no sólo tiene una función descriptiva del objeto contractual, sino que ejerce también un papel objetivamente normativo para el promotor-vendedor, en cuanto le obliga a construir o hacer construir viviendas vendidas de forma que reúnan aquellas condiciones>>.

³⁶² Que se define por la Orden ECO/805/2003 como << la superficie del suelo delimitado por el perímetro definido por la cara interior de los cerramientos externos de un edificio o de un elemento de un edificio, incluyendo la mitad de la superficie del suelo de sus espacios exteriores de uso privativo cubiertos (tales como terrazas, balcones y tendedores, porches, muelles de carga, voladizos, etc.), medida sobre la proyección horizontal de su cubierta. No se considerará superficie útil la superficie ocupada en planta por cerramientos Interiores fijos, por los elementos estructurales verticales, y por las canalizaciones o conductos con sección horizontal superior a los 100 centímetros cuadrados y la superficie del suelo cuya altura libre sea inferior a 1,5 metros. Tampoco se considerará superficie útil la ocupada por los espacios exteriores no cubiertos>>.

según ha manifestado nuestra jurisprudencia³⁶³, si en el contrato de venta sobre plano sólo se hace referencia a una superficie, expresada en metros cuadrados (sin especificar si son construidos o útiles) y, al inspeccionar la vivienda el comprador comprueba que la superficie aprovechable es significativamente menor (por las diferencias entre ambas), dicha confusión no puede beneficiar a quien la generó (el vendedor, redactor del contrato) y faculta, en su caso, al comprador para instar la resolución, al entender que la cabida tiene carácter esencial y, por lo tanto, se ha frustrado el fin del negocio.³⁶⁴

Igualmente, requiere la descripción general del edificio donde se ubica, de las zonas comunes y de los servicios accesorios (art. 4.3), dado que, generalmente, la vivienda no se concibe como un elemento aislado sino como parte de un complejo, donde obtienen gran importancia los elementos comunes, por ejemplo una piscina o un jardín comunitario³⁶⁵,

D) Referencia a los materiales incluidos en la construcción de la vivienda y del edificio, así como de sus zonas comunes y accesorios (art 4.4). Esto es lo que generalmente se conoce como memoria de calidades y, aunque en teoría debería ser un reflejo del proyecto, en la práctica es habitual la utilización de términos ambiguos o amplios en exceso, tales como sanitarios de primeras marcas, gres de primera calidad, etc. A este respecto, si bien sirve para que el consumidor pueda obtener una primera aproximación a la idea final de la vivienda, no la llega a identificar plenamente, aunque sirve de referencia a la hora de una eventual reclamación por incumplimiento, para el caso de que los materiales realmente utilizados sean de inferior calidad a los descritos³⁶⁶, pues la memoria de calidades forma parte del

³⁶³ Cfr. STS de 20 de marzo de 2002 (RJ 2002/2852), en donde se analizaba un supuesto en el que en el contrato de compraventa se hacía mención a que la vivienda tenía una extensión (según la inmobiliaria de 116,8 metros cuadrados, sin referencia a si los metros cuadrados son construidos o útiles; pero la superficie aprovechable real de la vivienda era de 96,50. También destaca la SAP Alicante (Sección 7ª) de 27 de mayo de 2003 (RJ 2003/152665), donde se enjuiciaba la entrega de una vivienda con 32 metros cuadrados menos de lo acordado, y que entiende que se frustra el interés económico del contratante, pues <<lo contrario equivaldría a sostener que el contrato operó en vacío, y sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrían de tener ninguna repercusión, contraviniéndose la fuerza vinculativa de los negocios obligacionales y las consecuencias previstas en los artículos 1258 y concordantes del Código Civil>>.

³⁶⁴ Cfr. STS de 20 de marzo de 2002 (RJ 2002/2852).

³⁶⁵ A estos efectos, la STS 217/2012 de 13 de abril (Roj STS 3065/2012) -si bien es cierto que en sede de responsabilidad por defectos- destaca la importancia de los elementos comunes, al afirmar que <<la no entrega de la piscina, en estado operativo, supone un incumplimiento de amplio calado, un daño relevante pues es un elemento esencial dentro de una urbanización, en sus facetas deportiva y lúdica, para los compradores y sus familias (art. 1101 del C. Civil)>>.

³⁶⁶ Destacamos la STS de 15 de marzo de 2010 (RJ 2010/111568), que cuestiona la eficacia que tiene la circunstancia de unir al contrato de compraventa una memoria de calidades distinta a la que fue inicialmente ofertada. En este caso nuestro TS afirma que *la obligación contraída respecto de las calidades contenidas en la memoria dejó de formar parte de lo que constituyó inicialmente elemento esencial del contrato desde el momento en que los adquirentes de las viviendas otorgaron escrituras públicas una vez construidas a las que se incorporaron las calidades en la memoria uniéndose todas ellas mediante anexo a cada uno de los contratos, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, y en adecuado cumplimiento de la previsión establecida en el artículo 9 del Real Decreto 515/1989 , de tal forma que una cosa es que en ausencia de esta memoria, los proyectos hubieran integrado necesariamente la oferta, haciendo exigible el acuerdo alcanzado, y otra distinta que el contrato haya expresado los cambios introducidos respecto al proyecto y que estos cambios fueran aceptados por los compradores, con conocimiento de lo que compraban, integrándolo normativamente en el mismo, sin que ninguno de ellos utilizara los mecanismos que el derecho ponía*

contenido obligacional del contrato. En cualquier caso, los materiales deberán estar debidamente homologados y cumplir con los requisitos reglamentariamente exigidos;

E) Eficiencia energética. El RD 235/2013, de 5 de abril, establece la obligatoriedad (salvo determinadas excepciones) de facilitar (mediante su puesta a disposición) al comprador de vivienda sobre plano la calificación energética del proyecto y, después, la del edificio terminado³⁶⁷. Esta información permite al comprador una teórica comparación de la eficiencia energética entre los distintos inmuebles ofertados, aunque su relevancia (como elemento que determina una compraventa en detrimento de otra) todavía está pendiente de comprobación³⁶⁸, dado que no parece que este sea un elemento decisivo en la compraventa de una vivienda, máxime cuando existe una regulación técnica de la edificación que impone una eficiencia estándar a modo de mínimo exigible por el comprador;

F) Descripción y trazado de las redes eléctricas, de aguas, gas y calefacción, garantías de las mismas (art. 4.2) y de las medidas de seguridad contra incendios con que cuente el inmueble (art. 4.5). Esta información, a la vez que resulta conveniente para la adecuada utilización de la vivienda, será muy útil a la hora de realizar reformas o proceder a la reposición de materiales;

G) Instrucciones sobre el uso y conservación de las instalaciones que exijan algún tipo de actuación o conocimiento especial y sobre evacuación del inmueble en caso de emergencia (art. 4.5). Las citadas instrucciones se encuentran muy vinculadas con las instrucciones de uso y mantenimiento del libro del edificio, que vienen a configurar el nivel de exigibilidad de los propietarios o usuarios de la vivienda, en función de lo dispuesto por el art. 16 LOE, aunque el legislador no los identifica pues, en el primer caso, limita las instrucciones a supuestos especiales (de actuación o conocimiento) y, en el segundo, nos habla de la documentación relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones (art. 7 LOE), que parece tener un ámbito mucho más amplio;

H) Estatutos y normas de funcionamiento de la Comunidad de Propietarios, en su caso, así como información de los servicios y suministros de la comunidad (art. 5.2). Esta información puede ser muy útil en lo que respecta a limitaciones en el uso de la vivienda o privilegios de determinados inmuebles (por tener asignado el uso exclusivo de elementos comunes o estar excluidos en el pago de determinados conceptos, como el ascensor)³⁶⁹.

a su alcance para demandar la nulidad de alguna de sus cláusulas por no ajustarse los documentos contractuales a las reglas de claridad y sencillez, a que se refiere el artículo 10 del Real Decreto citado, o incluso del pacto contractual sobre calidades, con reserva en su caso de derechos respecto de las posibles diferencias entre las pactadas expresamente y las determinadas inicialmente en la documentación técnica presentada ante la Gerencia de Urbanismo para obtener las oportunas licencias.

³⁶⁷ El art. 11 del citado RD obliga a incluir la etiqueta energética en la oferta promoción y publicidad dirigida a la venta del edificio que, en las edificaciones en construcción, se deberá corresponder con la que aparece en el proyecto básico y de ejecución de obra.

³⁶⁸ CORDERO LOBATO E., <<La certificación energética de los edificios>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2013.

³⁶⁹ A este respecto, conviene recordar que el Art. 5 de la LPH establece la necesidad de que en el título constitutivo conste, junto a la descripción de la vivienda <<la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta

Habitualmente el promotor, antes de iniciar la venta y en virtud de la facultad que le brinda el art. 5 LPH, suele otorgar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal³⁷⁰, y en este título aparecen redactados los estatutos³⁷¹. De esta manera se posibilita el acceso público a dicha información, a través de la publicidad registral, con independencia del deber de entrega que pesa sobre el promotor. Y el problema puede surgir en aquéllos casos en que el promotor, una vez terminadas las viviendas, y si no ha cumplido sus expectativas de venta, antes de otorgar las correspondientes escrituras de compraventa, constituya la Comunidad de Propietarios y convoque la primera Junta General, con el objeto de liberarle o flexibilizar sus obligaciones, pudiendo incluso llegar a modificar el título constitutivo³⁷².

Si la comunidad ya está funcionando -establece el mismo artículo- se facilitará también un extracto de sus cuentas y obligaciones de la vivienda objeto de venta, lo que resulta útil, no sólo para poder hacerse una idea el adquirente de la vivienda del coste que este importe supone, sino incluso de las obligaciones (o limitaciones) de la propiedad;

I) Información en cuanto al pago de los tributos de todas clases que graven la propiedad o utilización de la vivienda (art. 5.3). Estos tributos son:

- El Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), regulado por la Ley 37/1992, de 28 de diciembre y recientemente modificado al alza³⁷³, que grava las transmisiones patrimoniales cuando suceden en el desarrollo de una actividad empresarial. Se trata de un impuesto que repercute la vendedora y asciende al 8% para el caso de viviendas, aunque temporalmente (en

por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o resolución judicial>>. Junto a esta necesaria inclusión de estos extremos, <<el título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad>>.

³⁷⁰ La Ley de la Vivienda valenciana 8/2004 exige, como requisito de las ventas de viviendas en proyecto o construcción, que el vendedor acredite la declaración de obra nueva y la división horizontal ya realizada, así como certificación registral en la que consten las cuotas de participación y los estatutos de la comunidad o el proyecto de los mismos (art. 14). Y a este respecto, hemos de tener presente que los estatutos suelen formar parte del título constitutivo, mientras que la división horizontal, en sentido estricto, no resulta de obligado otorgamiento, declarando la exposición de motivos de la LPH que, a falta de los mismos, las disposiciones legales son suficientes para regir la vida de las comunidades.

³⁷¹ Y así se ha declarado válido por nuestra jurisprudencia, (SSTS 17.7.1987, RJ 5799; 28.4.1986, RJ 2064; 25.5.1984, RJ 2549; 27.2.1987, RJ 1001; 23.3.2004, RJ 2288; STSJ Navarra 15.3.2001, RJ 6143).

³⁷² Y nuestra jurisprudencia ha declarado la nulidad del título otorgado unilateralmente por el promotor-vendedor, una vez inicia las ventas, cuando en el mismo se han impuesto cargas a los propietarios o se les ha privado de derechos en contra de lo estipulado en sus contratos (STS 28.1.1998, RJ 21). A este respecto destaca la STS 601/2013, de 4 de octubre (Roj: STS 4742/2013) que declaró la imposibilidad de modificar unilateralmente los estatutos por parte del promotor, facultando así a los locales comerciales para poder instalar rótulos o letreros luminosos en la azotea, con la excusa de que en el contrato de compraventa se le facultaba para modificar el título constitutivo si así lo aconsejaban razones técnicas o jurídicas.

³⁷³ Disposición transitoria 4ª del RDL 9/2011, de 19 de agosto (BOE núm. 200, de 20 de agosto de 2011).

principio hasta el 31 de diciembre de 2011, aunque posteriormente prorrogado) y sólo para la primera transmisión, se prevé un tipo reducido, al 4%. A lo largo del proceso edificatorio, cada uno de los intervinientes gravará los bienes y servicios prestados, pudiendo desgravarse el soportado, hasta llegar al comprador, que deberá abonarlo al tipo citado. Por último, dejar constancia de que para los garajes y trasteros, si se adquieren de manera independiente de la vivienda y no como anejos, asciende al 18%;

- el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITAJD), regulado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre; es un impuesto que grava tanto la primera transmisión de viviendas como las posteriores, siendo distinto el tipo en ambos casos. Para el caso de primeras transmisiones, que son las que ahora nos ocupan, el tipo lo determinan las distintas comunidades autónomas y, por lo general, asciende al 1%, pudiendo reducirse al 0,1% para el caso de vivienda habitual. Para el caso de segundas y ulteriores transmisiones, generalmente asciende al 7%, aunque puede variar en cada Comunidad;
- el Impuesto (municipal) sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía), regulado por la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, grava los citados incrementos que se ponen de manifiesto con motivo de la transmisión del inmueble durante un máximo de veinte años. Su importe depende de multitud de factores y lo determinan los ayuntamientos, correspondiendo su pago al vendedor, que es el que ha beneficiado por el incremento del precio, a tenor de lo preceptuado por el art. 89.3.c TRLGDCU);
- Y el Impuesto (municipal) sobre Bienes Inmuebles (IBI), regulado por la misma Ley que el anterior, que grava la titularidad del inmueble el primero de enero de cada año y la práctica nos muestra que, dependiendo del volumen (o colapso) de trabajo del catastro, puede tardar incluso varios años en ser recaudado por primera vez³⁷⁴. Su cálculo se realiza teniendo en cuenta el valor catastral del suelo y de la edificación.

d. Datos sobre el precio

El art. 4.7 establece el genérico deber de establecer el precio total de la vivienda y sus servicios accesorios, así como la forma de pago. El art. 6 lo regula, estableciendo la obligación de tener a disposición del público y autoridades competentes³⁷⁵ una nota explicativa³⁷⁶ donde se determine su totalidad (con sus

³⁷⁴ Aunque, dada la ralentización arrastrada por el sector inmobiliario en los últimos años, actualmente no existe un retraso significativo.

³⁷⁵ Habiendo sido criticada la fórmula utilizada por el legislador por nuestra doctrina, entre otros, por CAVANILLAS MÚGICA S., <<La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamientos: El Real Decreto 515/89 de 21 de abril>>, en *Constitución y Derecho*, núm. 6, 1995, pág. 57, quien censura que el legislador se haya conformado con esta fórmula, decantándose por otras más enérgicas como la "poner a disposición", pues entiende, que con la fórmula empleada el empresario cumpliría el mandato con el mero hecho de tener la información, siendo libre de aportarla a quien considere oportuno.

diversos conceptos³⁷⁷, incluidos impuestos y honorarios del mediador, en su caso), forma y medios de pago, así como el afianzamiento de la parte que se entrega, anteriormente referido³⁷⁸.

En esta nota explicativa <<se hará constar que del importe total de la venta se deducirá cualquier cantidad entregada a cuenta por el adquirente o por cuenta del adquirente antes de la formalización de la operación>>.

Finalmente, destacamos que el art. 60.2.b TRLGDCU también incide en la relevancia de la información concerniente al precio completo³⁷⁹, que es, sin duda, uno de los elementos determinantes de la elección de una vivienda en detrimento de otras y, sólo sobre la base de su completo conocimiento, podrá formarse por parte del consumidor y usuario una verdadera y libre voluntad de compra.

e. Datos referentes a la documentación del contrato

Hace referencia a la *forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales*, debiendo constar de modo claramente legible, lo que impide su descripción por remisiones a los siguientes extremos:

A) Que el consumidor no soportará los gastos derivados de la titulación que correspondan legalmente al vendedor. Esta obligación, viene establecida como contrapunto al principio dispositivo, recogido por el Art. 1.454 CC, y viene impuesta por el propio TRLGDCU, en sus artículos 64 y 89³⁸⁰. Este último introduce por la

³⁷⁶ A) Precio total de la venta que se entenderá que incluye, en su caso, los honorarios de agente y el IVA, si la venta se halla sujeta a este impuesto. En otro caso se indicará la cuota que corresponda por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

B) Forma de pago. En el caso de preverse aplazamiento se indicará el tipo de interés aplicable y las cantidades que corresponderá abonar por principal e intereses y fecha de vencimiento de unos y otros.

C) Medios de pago admisibles para las cantidades aplazadas.

D) Si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, con garantía real sobre la propia vivienda, se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de esta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades.

E) Garantías que deberá constituir el comprador por el precio o la parte de él, aplazado. Lo que nos reconduce a la obligación impuesta por la Disposición Adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación

³⁷⁷ Conviene tener presente que, en principio (dado que el art. 1455 CC admite pacto en contrario y en la práctica se suele hacer uso de esta facultad, teniendo una aplicación casi testimonial, puesto que lo habitual es imponer todos los gastos al comprador), los gastos del otorgamiento de la escritura de compraventa son asumidos por el vendedor, y los de la primera copia y los demás posteriores, por el comprador.

³⁷⁸ Cfr. LASARTE ALVAREZ C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson, 2007, pág. 175.

³⁷⁹ Concretamente, el citado precepto se refiere al precio, <<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, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares>>.

³⁸⁰ El Art. 89 califica como cláusula abusiva, en la compra de viviendas:

Ley 44/2006, que declara abusivas las cláusulas que trasladen al consumidor los gastos derivados de la titulación de la compraventa de viviendas, pues pretende, por un lado, el conocimiento pleno e inicial por parte del consumidor de todos los gastos que ha de afrontar con motivo de la compraventa y, por otro, evitar una mayor onerosidad de la compraventa para la parte más débil, máxime cuando no hay motivo (mas allá de la mera conveniencia de quien dispone lo contrario) para establecer un agravamiento extraordinario;

B) Los artículos 1280.1º y 1279 del Código Civil, referente el primero de ellos a la necesidad de constar en documento público *los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles*. El segundo precepto hace mención a la recíproca facultad de compelerse, en estos casos, para otorgar la correspondiente escritura. Ciertamente no alcanzamos a comprender la importancia que concede el legislador a estos dos preceptos, especialmente el primero, y que le llevan a imponer su reproducción en el documento privado, máxime cuando son dos preceptos de facilísima localización para el consumidor y muy complejos, ya que entendemos que poco aportan al comprador profano³⁸¹;

C) El derecho a la elección de notario, que corresponde al consumidor, sin que este pueda imponer notario que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio. Este derecho se encuentra reconocido por el art. 126 del Reglamento sobre Organización y Régimen del Notariado de 1944, reformado por el RD 45/2007, que vino a ampliar el ámbito de actuación de esta previsión, al incluir también a los contratos bancarios, pues con anterioridad se criticó por parte de la doctrina el hecho de que el notario fuera elegido por la entidad hipotecante³⁸². No obstante, en la mayoría de casos se suele acudir al notario elegido por el promotor, que es el que tiene toda la documentación de la obra y agiliza la labor del vendedor. Por su parte, el art. 89.9 TRLGDCU declara abusivas las cláusulas que prevén una renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección del Notario competente para autorizar la compraventa.

-
- a. La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación);
 - b. La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación;
 - c. La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario;
 - d. La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

³⁸¹ Y así alguna resolución, como la dictada por la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Madrid, de 30 de junio de 2001, ha declarado que la mera remisión a los preceptos supone una violación del citado RD 515/1989.

³⁸² Sobre este respecto, GARCÍA PÉREZ C.L., <<Comentario al artículo 89.6 y 89.8>>, AAVV, Coord. R. B. R. C., : *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra, Aranzadi, 2009, pág. 1.151; hace referencia a la sospecha sobre la parcialidad del notario, que tiene la obligación de advertir de la abusividad de determinadas cláusulas contractuales, así como el tratar de evitar las comisiones y gastos de gestión de escritura que en ocasiones repercuten las entidades financieras sobre los clientes, consumidores y usuarios.

f. La fecha de entrega

Según dispone el art. 5 del RD 515/89, *en el caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación.*

Este dato debe ser conectado con la calificación de relevante de la obligación de consignar en el contrato la fecha de entrega (art. 8 c TRLGDCU), así como al art. 85.8 TRLGDCU, que califica de cláusula abusiva la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional.

Visto esto, habrá que delimitar los supuestos en que la mera falta de entrega en la fecha indicada sea motivo de resolución³⁸³. A este respecto, pese a que inicialmente pueda parecer este criterio como el más lógico (siempre que lo interese el comprador –que presumimos cumplidor de su obligación de pago–), lo cierto es que, aún a falta de un criterio jurisprudencial claro, nuestros tribunales tratan de dilucidar si esta circunstancia (la fecha de entrega) fue determinante para la firma del contrato, en cuyo caso sí conceden la resolución, o no, de modo que sólo conceden al comprador la posibilidad de obtener una indemnización por el retraso³⁸⁴.

En los últimos tiempos, de crisis en el sector de la construcción, que ha provocado que muchos compradores no puedan realizar el pago final (por carecer de trabajo o de entidad que les financie) o que no se encuentren interesados (merced a la bajada generalizada en los precios que provoca que, terminada la vivienda, su precio sea inferior a cuando se compró mediante documento privado, en un momento alcista de la economía en general y del mercado inmobiliario en particular), se ha generado

³⁸³ El mismo Tribunal Supremo, (STS 9 de julio de 1986) ha declarado que *la entrega extemporánea de la vivienda puede constituir un mero retraso, una situación de mora o un incumplimiento*. En el primer supuesto, el dato objetivo de la no entrega del inmueble vendido en la fecha pactada carece de consecuencia jurídica; el retraso cualificado en el cumplimiento de la prestación constituye la mora del vendedor – promotor, que dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios causados; y por último, el incumplimiento definitivo en sentido estricto es el único que permite la resolución.

³⁸⁴ Igualmente, la STS de 5-5-1997 nos recuerda que ha de indagarse si el incumplimiento que se predica tiene tal importancia en la economía del contrato que justifique su resolución. El Tribunal Supremo, ya en su sentencia de 5-5-1953, decía que *“este precepto ha de ser interpretado no de manera automática hasta el punto de que cualquier infracción, por mínima que sea conduzca a la resolución del contrato, sino en sentido racional, lógico y moral, y no entra en juego cuando se trate de obligaciones que estando incorporadas a un contrato tienen un puro carácter accesorio o complementario en relación a aquellas prestaciones que constituyen el objeto principal del contrato”* (tesis mantenidas posteriormente, en STS 2-4-1992, 21-9-1990, 10-5-1989 y 22-10-1985), añadiendo la STS de 28-2-1986 que *“para la resolución contractual autorizada por el Art. 1.124 CC es preciso que el incumplimiento sea grave, revelador de una voluntad manifiesta y deliberadamente rebelde al cumplimiento del contrato* (STS 1-12-1989, 13-3-1986 y 28-11-1985”). No obstante, en los últimos años la jurisprudencia del TS ha variado, en el sentido de prescindir de la voluntad rebelde incumplir y, en su lugar, establecer como criterio el de la frustración de la finalidad económica del contrato, tal y como afirma la STS de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10413) que afirma: *“Según consolidada doctrina de esta Sala, no es preciso una actitud dolosa del incumplidor siendo suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, por el incumplimiento inequívoco y objetivo de aquel, como es el que pone de relieve el impago prologando, duradero e injustificado* (Sentencias, entre otras, de 23 de marzo de 1996 [RJ 1996\2586] , 30 de julio [RJ 1997\5958] y 5 de diciembre de 1997 [RJ 1997\8966] y 24 de octubre de 1998 [RJ 1998\8234])>>.

una gran litigiosidad en búsqueda de resolución contractual. El argumento habitual es la falta de terminación de la vivienda en la fecha indicada o incluso de la obtención de la cédula de habitabilidad. El criterio jurisprudencial no es unánime, excepto en lo concerniente al trato de favor que habitualmente se ofrece a los consumidores y usuarios, que ha dado pie a flagrantes abusos por parte de estos y ha adelantado la insolvencia de pequeñas empresas de la construcción³⁸⁵.

Por último, entendemos que (sin perjuicio del análisis que posteriormente realizamos) este debate, a la luz de las disposiciones del Real Decreto 57/1968 (anteriormente referidas) carece de sentido, pues resulta evidente la intención del legislador (y la importancia que le concede a este extremo, siendo entonces una facultad del consumidor el continuar o no con el contrato), al imponer un afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta para el supuesto de que la construcción no se <<termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la Cédula de Habitabilidad>>³⁸⁶.

g. La integración de la publicidad en el contrato

En esta sede destacamos tanto el derecho a la información como la publicidad, que son conceptos cercanos, podríamos decir que incluso complementarios, pero que merecen ser distinguidos.

Así, mientras el Diccionario de la RAE define la información como *comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada*, el mismo define a la publicidad como *el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender una noticia de las cosas o de los hechos*. En opinión de PICATOSTE BOBILLO, se puede establecer dos diferencias entre ambas³⁸⁷:

- Respecto a su *función*: la primera trata de ofrecer ciertos datos necesarios para la adecuada formación del consentimiento; la segunda trata de captar clientes, sirviendo como reclamo;

³⁸⁵ En este sentido, la jurisprudencia más reciente (STS 440/2012, de 28 de junio (Roj: STS 5708/2012), al analizar la posibilidad de instar la resolución del comprador por falta de terminación de la obra en plazo ya pone de manifiesto esta circunstancia, al reconocer que <<Su carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, se ha traducido en que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además de que quien promueve la resolución, haya cumplido las obligaciones que le correspondieran, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un «interés jurídicamente atendible», expresión mediante la cual se expresa la posibilidad de apreciar el carácter abusivo o contrario de buena fe, o incluso doloso, que puede tener la resolución cuando se basa en un incumplimiento más aparente que real, pues no afecta al interés del acreedor en términos sustanciales, o encubre la posibilidad de conseguir un nuevo negocio que determinaría un nuevo beneficio>>.

³⁸⁶ Cfr. DIEZ SOTO C., <<Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda y concurso del promotor>>, en *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Navarra, Aranzadi, 2013, Tomo II, pág. 964, afirma que *la propia Ley 57/1968 configura la fecha prevista en el contrato para la iniciación de obras o para la entrega de la vivienda como un verdadero término esencial, cuya inobservancia por cualquier causa permite al comprador resolver (...)*.

³⁸⁷ Citado por AZPARREN LUCAS A., <<Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de vivienda>>, AAVV, Dir. A.A.L., *Hacia un Código del Consumidor*. Manual de Formación Continuada, N° 34, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, , 2.005, pág. 504.

- Respecto a sus *destinatarios*: la primera parece dirigida a un número de personas limitado, las interesadas en el producto, mientras que la segunda parece dirigida al público en general, al conjunto de potenciales clientes.

No obstante, como decíamos, también son numerosas las interferencias entre ambas, de manera que no se concibe la publicidad sin una información, con las obligaciones en ambos casos (entre otras) de veracidad y exactitud que le vienen impuestas.

Por otra parte³⁸⁸, hay que dejar constancia de que, durante la fase precontractual, los deberes de información se configuran como elementos necesarios para formar o conseguir un correcto consentimiento contractual, desempeñando un papel activo y positivo, en contra de lo que tradicionalmente han requerido los Códigos (que tradicionalmente podría ser calificado de negativo, al requerir sólo que no existiera error, que no existiera dolo ...) en la formación del contrato

En otro orden, la PUBLICIDAD, definida como *toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*³⁸⁹.

De esta destaca su finalidad, que es la de promover la contratación³⁹⁰. Y como pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO hay que diferenciar la que tiene como misión la de ser un mero reclamo, de la que tiene valor informativo³⁹¹.

Todavía se ha precisado más³⁹², al distinguir entre mensajes publicitarios cuya función es la mera promoción, sin constituir oferta contractual (por no contener ninguno de los elementos esenciales del contrato), de aquellos que van más allá, constituyendo una oferta contractual lanzada a una generalidad de potenciales clientes de un determinado producto, con unas determinadas características, en determinadas condiciones³⁹³.

³⁸⁸ Tal y como destaca LASARTE ÁLVAREZ C., *Op. cit.*, pág. 108.

³⁸⁹ Cfr. art. 2 Ley 34/1998 General de Publicidad.

³⁹⁰ PALACIOS GONZÁLEZ M.D., <<La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores: protección frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación>>, en *Revista de Derecho Privado*, Nº1, enero-febrero 2012, pág. 47; afirma que "mientras que la obligación de información busca facilitar al consumidor los conocimientos necesarios sobre las características del servicio que permitan otorgar un consentimiento reflexivo, válido y eficaz, la publicidad persigue promover la contratación".

³⁹¹ DIEZ PICAZO J.L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II*, Madrid, Tecnos, pág. 328.

³⁹² GONZÁLEZ CARRASCO M.C., <<comentario a la STS de 15 de marzo de 2010>> en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Pamplona, Aranzadi, nº85, enero-abril 2011, pág. 2255; afirma que << Publicidad y promoción se refieren indistintamente a mensajes sugestivos dirigidos al consumidor en general, que se ofrecen o se localizan en una etapa previa y separada de la específica perfección contractual. Por el contrario, el término *oferta* se debe, a riesgo de quedar absorbido como declaración de voluntad que contiene los elementos contractuales necesarios y precisos para que la aceptación del destinatario se produzca sin necesidad de nuevo concurso del oferente>>.

³⁹³ Respecto a la publicidad, establece el art. 2 del RD 515/89, en desarrollo de la genérica obligación impuesta por el art. 61.1 TRLGDCU, que <<sin perjuicio del cumplimiento de la Ley de 11 de noviembre de 1988, General de Publicidad, toda oferta, promoción y publicidad dirigida a la

En esta materia conviene recordar la prohibición genérica de publicidad engañosa³⁹⁴, por considerarla ilícita³⁹⁵.

A este respecto, tal y como advierte CABANILLAS³⁹⁶, la inducción a error se define en la Ley por sus consecuencias económicas (afecta al comportamiento económico del destinatario), pero también por una consideración en términos jurídicos. Inducir a error significa, en este caso, fundamentalmente dos cosas: primero, que el mensaje publicitario erróneo incita, si no determina, a contratar. Seguramente el sujeto contrata impulsado por el mensaje que contiene datos falsos y, probablemente, de haber conocido la verdad, no hubiera contratado. Segundo, además significa que el contrato celebrado es un contrato en el que se frustra el interés del consumidor; lo que podía esperar del producto (la vivienda), según la publicidad, no queda satisfecho³⁹⁷.

En cuanto a la vinculación y exigibilidad de la publicidad, nuestros tribunales, han proporcionado fuerza vinculante a los folletos publicitarios, provocando como efecto la protección de la parte más débil (el consumidor), al destacar la relevancia que esta tiene en un contrato como el que nos ocupa, de compraventa de un bien futuro.

Así, la doctrina de la integración publicitaria en el contrato surge a raíz de dos sentencias del Tribunal Supremo: la de 14 de junio de 1976 (RJ 1976/2753) y 27 de enero de 1977 (RJ 1977/121), que dejan atrás un criterio que negaba relevancia negocial a la publicidad, equiparando la publicidad engañosa a un supuesto de dolus bonus, carente de la relevancia necesaria para viciar el consentimiento y, mucho menos para atacar a la validez y eficacia del contrato.

venta o arrendamiento de viviendas se ajustará a las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda, expresando siempre si la misma se encuentra en construcción o si la edificación ha concluido>>. Igualmente, pero desde una perspectiva negativa, dispone el art. 3.1 del citado RD que <<la oferta promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma>>.

³⁹⁴ El art. 4 LGP dispone como engañosa a <<la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a sus destinatarios>>.

³⁹⁵ Sobre este aspecto, BARONA VILLAR, S.: *Tutela civil y penal de la publicidad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

³⁹⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*. Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1994, pág. 151.

³⁹⁷ Así lo han entendido los tribunales y, a tal efecto, citamos la sentencia 102/2005 dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, de 10 de octubre de 2005 (AC 2005/1721), que afirma: <<Ha de recordarse que el carácter engañoso no resulta del carácter efectivo y actual del engaño (lo que ocurriría si las características de las viviendas hubieran cambiado respecto de lo publicitado), sino que basta con que el engaño sea potencial, como ocurre cuando el anunciante, en letra por otra parte casi ilegible extendida en el borde izquierdo del anuncio de abajo a arriba, se reserva la facultad de modificar las características del producto anunciado, con lo cual existe el riesgo de que el producto que se adquiriera sea distinto que el ofertado, produciéndose de este modo un engaño potencial del destinatario de la publicidad>>.

Con posterioridad, el art. 8 LGDCU vino a recoger este criterio jurisprudencial, reconociendo expresamente el principio de veracidad en la información, el principio de conformidad en los bienes y servicios con el contrato y la doctrina de la integración del contrato con el contenido de la publicidad. Y existen numerosas sentencias del Tribunal Supremo que han reconocido lo dispuesto por el legislador³⁹⁸.

Incluso la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que reformó la LGDCU, establece en su art. 2 (que modifica el 8.3 de la citada Ley) que <<la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades y servicios será perseguida y sancionada como fraude ...>>.

Por su parte, en la actualidad, el art. 61 TRLGDCU termina reconociendo la exigibilidad de la publicidad, aun cuando su contenido no figure en el contrato, excepto en los casos en que este tuviera cláusulas más beneficiosas para el consumidor y usuario³⁹⁹.

Por último, cabe citar la STS de 29 de septiembre de 2004⁴⁰⁰, que termina concluyendo la fuerza vinculante de los folletos de publicidad acompañados por los compradores, que integran el contrato. Y en este sentido nos remitimos a lo dispuesto por la STS de 30 de mayo de 2011⁴⁰¹, así como la reciente STS 568/2012, de 1 de octubre⁴⁰², que diferencia entre la oferta y la promoción, estableciendo el grado de vinculación para el promotor. Igualmente, por su mayor amplitud en el análisis y minuciosidad, destacamos varias sentencias de tribunales inferiores, como la sentencia 102/2005 dictada por la Audiencia Provincial de Murcia el 10 de octubre de 2005⁴⁰³, que analiza con detenimiento esta cuestión⁴⁰⁴.

³⁹⁸ Así citamos las STS 826/1988, de 7 de noviembre (Roj: STS 9865/1988), 235/2002, 18 de marzo (Roj: STS 1941/2002) y 514/2003, de 23 de mayo (Roj: STS 3485/2003).

³⁹⁹ <<El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad>>

⁴⁰⁰ Roj: STS 6086/2004.

⁴⁰¹ Esta sentencia (RJ 2011, 3995) declara que <<la relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de un comprador medio es cada vez mayor, como también es mayor la posibilidad de crear una falsa expectativa de que le prive de la posibilidad de ponderar la conveniencia de adquirir una vivienda en unas determinadas condiciones. Lo cierto es que la empresa vendedora no entregó a los adquirentes todo lo que en su actividad publicitaria había anunciado y prometido como objeto de los respectivos contratos de compraventa, y ello les causó un perjuicio evidente cuyas consecuencias jurídicas "son ajenas a las expectativas económicas que el incumplidor pretendía obtener con la actuación civilmente ilícita">>.

⁴⁰² <<El folleto litigioso no responde, o al menos únicamente, a una mera función de promoción, sino que constituye una auténtica oferta publicitaria en tanto que se trata de una información concreta, que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes, y que, si cabe entender que no es oferta en sentido "estricto" (en cuanto que no recoge todos los elementos esenciales SS. 26 de marzo de 1.993 y 28 de enero de 2.000 , entre otras), resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual (art. 1.258 CC), dada su repercusión relevante en la formación del consentimiento>>(Roj: STS 6030/2012).

⁴⁰³ AC 2005/1721.

Así, a la luz de lo preceptuado por el citado art. 61 TRLGDCU, se ha señalado⁴⁰⁵, por lo que respecta a la integración de la publicidad en el contrato, que:

- Si el contrato los descarta expresamente, la publicidad prevalecerá, a menos que el contrato celebrado contuviera cláusulas más beneficiosas para el consumidor o usuario;
- La publicidad será exigible aunque su inexactitud no tenga su causa en la culpa o dolo del anunciante;
- El anunciante queda obligado, no solo por la publicidad objetivamente falsa, sino también por las expectativas que genere por su forma de presentación;
- El consumidor podrá exigir la celebración del contrato en los términos prometidos por la publicidad, sin que pueda negarse el anunciante.

También conviene tener presente que la Ley General Publicitaria 34/1988, de 11 de noviembre, ha reconocido esta protección a los consumidores y usuarios, reformando así a la anterior redacción operada por la Ley 61/1964, de 11 de junio e introduciendo así la Directiva del Consejo de las Comunidades europeas 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de publicidad engañosa. Y esta norma ha de complementarse con el art. 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ <<En efecto, la actividad publicitaria presenta una naturaleza competitiva preferencial, dirigida a provocar la adquisición de bienes y servicios por el público, para lo que se utilizan todos los medios de difusión al alcance. Su misma dinámica, en cuanto es medio e instrumento para la obtención del mayor lucro económico posible, la hace en sí actividad de riesgo, en la que cabe la previsibilidad y exige el necesario control, la actuación más diligente y el imprescindible cuidado, y, sobre todo, el respeto a los derechos ajenos. Las actuaciones no son en sí totalmente neutras e inicuas, ya que pueden resultar enormemente ofensivas y perjudiciales, por las consecuencias económicas graves que suelen ocasionar cuando no se observan elementales principios de ética y, en todo caso, la normativa que las disciplina (v. STS, Sala 1ª, de 30 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4832) ... Toda esa normativa ha permitido a la doctrina hablar de los efectos contractuales de la publicidad y de su integración en el contenido contractual, cuya principal referencia legislativa vino constituida por el citado artículo 8.1 de la Ley 26/1984, si bien, incluso con anterioridad a esta Ley, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1997 (RJ 1997, 121) ya resolvió que servicios detallados en los folletos de propaganda difundidos por una empresa que, ante la carencia de referencia alguna en el contrato firmado, eran vinculantes para la misma de acuerdo con el principio de buena fe en la contratación proclamado en el artículo 1258 del Código Civil. En parecidos términos la sentencia del mismo Tribunal de 9 de febrero de 1981 (RJ 1981, 533) entendió incluidas en el contrato la zona deportiva y piscina porque la pública oferta de venta lo comprendía y lo que sirvió de público y general ofrecimiento indudablemente, y en tanto no se excluya expresamente, es comprendido con base a esa oferta, y por tanto en manera alguna supone interpretación errónea del art. 1253 en relación con el art. 1283, ambos del Código Civil. También puede traerse a colación la sentencia de 21 de julio de 1993 (RJ 1993, 6176), en cuanto que señala la obligación exclusiva de la promotora al finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo establecido en los arts. 1096, 1101, 1256 y 1258 CC y 8 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios>>.

⁴⁰⁵ MORENO-LUQUE CASADIEGO C., <<Protección previa a la contratación de bienes y servicios>>, AAVV, Coords. A. D.L.A. y L.G.G., *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, Tomo I, pág. 211.

⁴⁰⁶ Que considera como <<actos de engaño>> "la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error; a las personas a las que se

De esta manera, junto a las acciones previstas por la LGP (art. 25-33) de cesación y rectificación, así como la resolutoria del art. 1124 CC (cuando se frustre el fin del contrato solicitado), vemos como el legislador ofrece otra herramienta al consumidor o usuario: la integración del contrato⁴⁰⁷.

Algún autor también ha dejado constancia de la vinculación de la publicidad en el contenido del contrato⁴⁰⁸. Incluso otros autores van más allá, reconociendo la exigencia del contenido publicitario, no sólo cuando el contrato ya se ha celebrado, sino incluso en estadios anteriores⁴⁰⁹.

B) Construcción y entrega de la cosa vendida

Dada la especial naturaleza del objeto del contrato, la vivienda en construcción (compraventa de cosa futura en su modalidad de *emptio rei speratae*), al vendedor se le impone la obligación de entregarla, una vez que alcance la realidad (física y jurídica) exterior, con el deber previo de desplegar las actividades necesarias para que dicha existencia tenga lugar.

Y así nuestra doctrina ha admitido que el vendedor asume tanto la obligación de promover la vivienda como la de entregarla⁴¹⁰, diferenciando, dentro de la primera obligación, dos tipos de tareas: la de gestión, que engloba a las de financiación, obtención de los permisos oportunos y eventual contratación de la empresa constructora; y la ejecutiva, que comprende la programación y coordinación de todas las labores que producen el resultado de la obra terminada, tales como dirección facultativa, construcción estricta, terminación y entrega.

dirige o alcanza, sobre la naturaleza (...) características (...) calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas".

⁴⁰⁷ PALACIOS GONZÁLEZ M.D., Op. Cit., destaca la alta protección que brinda el legislador (comunitario y nacional) al consumidor y usuario en el campo de la publicidad y alerta de del riesgo de disminución de este grado de protección, dada la tendencia jurisprudencial (más europea que nacional) a conectar esta normativa con el concepto de consumidor medio -normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz-, que hace descender el grado de protección.

⁴⁰⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1994. "La publicidad se inserta en el contenido del contrato -y, por tanto, es exigible, no por derivación presunta o tácita de la voluntad de los contratantes, sino por la propia fuerza de obligar del ordenamiento jurídico y, en concreto, a través del artículo 1.258 CC y de los artículos 8 LCU y 3.2 del Real Decreto de 21 de abril de 1989, en línea con la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977, que superando la de la sentencia de 14 de junio de 1976, la cual basó la exigibilidad de la propaganda en su función de oferta contractual que vincula al vendedor, considera aplicable el artículo 1.258 CC para fundamentar en la buena fe la integración de un contrato de compraventa de una vivienda en construcción con lo anunciado en unos folletos en los que se afirmaba que no constituían documento contractual, y que comprendían prestaciones, instalaciones y características del inmueble que no figuraban en el contrato celebrado entre la empresa vendedora y el comprador (...) El contenido de la publicidad no sólo sirve para rellenar las lagunas, sino para conformar, en cualquier caso, el contenido mismo y definitivo del contrato, remodelando o eclipsando las cláusulas contractuales expresas a favor de las declaraciones publicitarias más beneficiosas para el consumidor".

⁴⁰⁹ MORENO-LUQUE CASADIEGO C., Op. Cit., pág. 213. PALACIOS GONZALEZ M.D., Op. Cit., pág. 46.

⁴¹⁰ PINTO ANDRADE C., *El contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento*, Barcelona, Bosch, 2013, pág. 65.

Por su parte, nuestra jurisprudencia ha apreciado esta doble obligación en numerosas sentencias, destacando, junto a la obligación de entrega, la de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar⁴¹¹.

De igual manera, nuestro legislador, ya en el campo del derecho de consumo y especialmente en el de regulación del mercado inmobiliario, ha establecido una serie de cautelas para el comprador, tanto en una fase anterior a la perfección del contrato de compraventa, como en la regulación de ciertos aspectos de su contenido, e incluso en un momento posterior, el de consumación, sin olvidar un sistema de garantías, que posteriormente analizaremos.

Respecto a la obligación de entrega, nuestro legislador, a diferencia del francés o el italiano (que siguen el sistema traslativo, por el que la propiedad se transmite sólo con el contrato de compraventa), ha optado por el sistema romano, que exige título y modo⁴¹², de manera que no se transmite la propiedad por la mera perfección del contrato, sino que requiere, además, la tradición.

Y el modo habitual de entrega de la vivienda, una vez terminada, es la tradición instrumental⁴¹³, mediante el otorgamiento de escritura pública, que es la referida por el art. 1462 CC⁴¹⁴.

⁴¹¹ La STS 667/12, de 19 de julio (Roj. STS 5591/2012), aunque dictada por la Sala de lo Penal, analiza esta cuestión y expone el criterio jurisprudencial, en el sentido anteriormente expresado, admitiendo que el vendedor tiene <<la obligación de hacer entrega al comprador de lo enajenado, una vez alcance realidad exterior, con el deber de desplegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en que se obligó>>.

⁴¹² De esta manera, el art. 609 CC reconoce que la propiedad se adquiere por consecuencia de ciertos contratos, mediante la tradición, y el art. 1095 CC establece que el acreedor no adquiere derecho real sobre la cosa hasta que le haya sido entregada. Por último, el art. 1462 entiende entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador.

⁴¹³ Pues, aunque nuestro legislador (Art. 1463 CC) admite igualmente la tradición simbólica (mediante la entrega de las llaves o por el mero acuerdo entre las partes, o si el comprador ya tenía la cosa vendida en su poder por cualquier otro motivo), resulta muy difícil pensar que alguien realice una transacción inmobiliaria (por las grandes sumas de dinero que se suelen abonar, como precio del inmueble) sin otorgar escritura, máxime si atendemos a la circunstancia de que la mayoría de compraventas precisan de financiación, lo que convierte a esta hipótesis en imposible llevada a su práctica, pues cualquier entidad financiera exige el otorgamiento de título y su inscripción, para poder gozar de la protección concedida por nuestro sistema registral.

⁴¹⁴ La STS 167/1994, de 1 de marzo (Roj. STS 14952/1994), analiza esta cuestión, en un litigio en que los compradores reclamaban el otorgamiento de escritura pública que reconociera su titularidad, para su inscripción registral, y los vendedores se oponían, al entender que en el contrato privado de compraventa las partes le concedieron fuerza y valor de documento público, siendo innecesario el otorgamiento de otro posterior. Dice nuestro Tribunal Supremo que <carece de la mínima fundamentación convincente por cuanto, de una parte, implica la consideración del documento privado como escritura pública al efecto de demostrar la existencia de la tradición simbólica admitida en el art. 1462-2º, del Código Civil, y, de otra, interpreta que la voluntad de las partes fue lograr aquella equiparación para así tener por hecha la entrega del piso al comprador, lo cual es inaceptable (...) pero es que, además, la transmisión del dominio no afecta sólo a las partes en el contrato sino que interesa a terceros, siendo esta una de las razones por las que, en el sistema del Código Civil, inspirado en el Derecho romano, la transmisión de la propiedad y demás derechos reales no se opera por la mera perfección del contrato si no es seguida de tradición (art. 609 y 1095), conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala.>>

C) El cumplimiento del contenido de las cláusulas de contrato.

Una vez que el consumidor o usuario ha optado, de entre todas las ofertas existentes, por una concreta vivienda es cuando corresponde suscribir el contrato de compraventa.

Este aspecto es de gran trascendencia, puesto que el contrato (al margen de los derechos legalmente reconocidos al consumidor e irrenunciables por éste) va a documentar la relación jurídica entre las partes teniendo, en principio y a tenor del principio de autonomía de la voluntad, carácter obligatorio para éstas.

Se destaca la existencia de dos momentos en la relación contractual: uno, de *perfección de contrato*, donde lo que trata es de conceder la máxima información al comprador a la hora de formalizar el contrato, pretendiendo que tome conciencia de su situación jurídica, prohibiendo la inclusión en el contrato de cláusulas ambiguas, oscuras o difíciles de entender y que, posteriormente, puedan perjudicar al comprador, consumidor o usuario, y tratando de que se establezca un justo equilibrio entre las partes contratantes. En este estadio hay que analizar tanto la documentación del contrato como el contenido del mismo. En el segundo momento, el de *consumación*, que equipararemos a estos efectos al momento de la *traditio instrumental* que proporciona el otorgamiento de la escritura de compraventa, y la finalidad es diferente, dado que lo que persigue es que se produzca un equilibrio entre las prestaciones.

Y, por el contrario, nuestra doctrina ha puesto de manifiesto la circunstancia de que, habitualmente, cuando el consumidor decide comprar un inmueble, fundamenta su elección básicamente en atención al precio y a las características de la vivienda, es decir, a los aspectos económicos del contrato⁴¹⁵; los aspectos jurídicos no suelen ser tomados en consideración (en muchas ocasiones también por ignorancia), lo que es utilizado por ciertos promotores para imponer el contenido contractual que les interese, a sabiendas de que esta reglamentación perjudicial para el consumidor no le restará clientela, puesto que esta, o bien ignora las cautelas impuestas por el legislador, o bien las relega a un segundo plano, muy secundario, sólo por si surge un conflicto (confiando en que ambas partes cumplan con lo acordado y en que no se producirá este).

a. Las cláusulas del contrato como condiciones generales de contratación

Destacamos el carácter profesional que caracteriza al vendedor en este tipo de relaciones frente al comprador, que suele resultar lego en la materia.

⁴¹⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ F., <<Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda>>, en *publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2005.

Y partimos de esta desigualdad entre las partes, dado que el vendedor suele contar no sólo con experiencia, sino con el asesoramiento de técnicos, expertos en la materia, lo que podría suponer que el vendedor (promotor y/o constructor), acaso, intente eludir sus responsabilidades y minimice sus errores, pudiendo tratar de evitar la asunción de responsabilidades y, por el contrario, vincular perpetuamente al comprador o, al menos, del modo más gravoso posible⁴¹⁶.

Al contrario de lo que ocurre en nuestro sistema, en el sistema anglosajón, en el que existen muy pocas leyes y cobra mayor importancia el precedente jurisprudencial, la solución a este problema viene dada por la JCT Standard forms of building Contract, que se presenta en varias ediciones, siendo la primera de 1909 (conocida como “The RIBA form”) y, las posteriores de 1931, 1939, 1963, 1980, 1998 y la última, del año 2005.

Estos formularios de contratos, que gozan de gran prestigio y son de uso generalizado en el Reino Unido, son publicados por el Joint Contracts Tribunal (JCT)⁴¹⁷ siguiendo las directrices marcadas por las escasas leyes que poseen y la jurisprudencia imperante; además, suelen contar también con el consenso de los distintos agentes implicados en el proceso edificatorio, lo que les confiere mayor popularidad, al tratar de buscar la seguridad jurídica que proporciona la denominada “justicia preventiva”. En este sentido, nuestro antecedente más próximo pudiera ser el malogrado Registro de condiciones generales aunque, tal y como ha destacado nuestra doctrina, su única función es la de servir de cómputo temporal a los efectos prescriptivos de las acciones de cesación y retracción, desde el depósito de las condiciones generales⁴¹⁸.

Pero, volviendo a nuestro sistema, todas las circunstancias expuestas suelen provocar una ruptura en el equilibrio de las partes y en la reciprocidad de las prestaciones, que es lo que trata de evitar el legislador, máxime en este tipo de operaciones que, por el importe de su cuantía, suelen ser las más importantes en la vida del comprador y requieren el transcurso de largos años de amortización del préstamo hipotecario con el que se suelen financiar.

Generalmente, los contratos firmados entre las partes no son fruto de un acuerdo de voluntades, negociado con minuciosidad entre ambas, sino que la realidad y la experiencia nos demuestra que nos encontramos frente a contratos tipo o

⁴¹⁶ ALPA G., *Le stagioni del contratto*, Bologna, Il Mulino, 2012, pág. 143, habla de la creación de una nueva categoría negocial, que afecta tanto a los contratos suscritos por las grandes empresas como con consumidores como con pequeñas empresas. El denominado contrato asimétrico, observando la asimetría desde una perspectiva informativa, de fuerza negocial y de fuerza impositiva.

⁴¹⁷ Que se fundó en 1931 y ya goza de una dilatada tradición.

⁴¹⁸ ATAZ LÓPEZ J., <<Artículo 11. Registro de condiciones generales>>, AAVV, Coord. R.B.R.C., *Comentarios a la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, Aranzadi, 1999, pág. 320 y siguientes analiza diversos aspectos del citado Registro, de los que interesa destacar ahora la fallida función de publicidad, puesto que nuestro sistema (al contrario de otros de nuestro entorno, como el portugués) permite la inscripción de las sentencias referentes tanto a acciones colectivas como a las individuales (tan sólo por referencia al texto de las cláusulas afectadas) y estas se ordenan en función del sujeto, no de la materia, por lo que su manejo es muy complicado y, con el paso de los años, se ha mostrado absolutamente ineficaz. De igual manera, destaca MARTINEZ MARTIN, M., <<El registro de condiciones generales de contratación>>, AAVV, MARIN LOPEZ, J.J.(Dir.), *La protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Dykinson, 2003, pág. 33-44.

contratos masa, lo que nos obliga a recordar que estos albergan todo tipo de condiciones generales de contratación⁴¹⁹.

- *Comprensión de las cláusulas*

El citado RD 515/89⁴²⁰ establece la necesidad de que estos contratos sean redactados con la debida claridad y sencillez⁴²¹, sin referencia o remisión a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato⁴²².

A este respecto, y dada la remisión que el art. 59 TRLGDCU realiza a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación, nos detendremos en la regulación de las condiciones generales de contratación, y posteriormente analizaremos cláusulas abusivas, reguladas por el TRLGDCU, en sus arts. 80 y siguientes⁴²³.

Lo primero es destacar los requisitos que la LCGC impone a este tipo de condiciones, que (coincidiendo en su primer y último párrafo con el anterior artículo

⁴¹⁹ POLO E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, Civitas, 1990, pág. 31, lo analiza desde el prisma de la empresa y afirma que <<las condiciones generales de los contratos nacen como una respuesta jurídica a las necesidades técnicas surgidas de la contratación seriada o en masa típica de la economía capitalista, como un medio de racionalizar y simplificar la capacidad negocial de la empresa a través de fórmulas estereotipadas que permitan la realización idéntica y poco menos que simultánea de centenares o miles de contratos>>, aunque concluye que <<ni la brevedad y agilización de la contratación, que aparece como una de las grandes justificaciones de las condiciones generales, tiene como único objetivo el aumento de la capacidad productiva de la empresa y su racionalización estrictamente jurídica, sino el reforzamiento de su posición de poder económico, ni tampoco puede justificar en modo alguno la persistente lesión de los intereses económicos de una de las partes>>.

⁴²⁰ Cfr. art. 10.

⁴²¹ PAGADOR LÓPEZ J.<<Condiciones generales y cláusulas abusivas>>, AAVV, Dirs. M.R.P. y M.I.C., *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Iustel, 2011, pág. 1351, critica la yuxtaposición del sustantivo *transparencia* a los de *concreción, claridad y sencillez*, <<cuyo significado no se comprende fácilmente, dado que la transparencia es, en rigor, el resultado de la concreción, claridad y sencillez>>, llegando a la conclusión de que las condiciones generales deberán ser legibles y perceptibles, comprensibles y concretas.

⁴²² En el mismo sentido, el art. L133-2 del Código de consumo francés obliga a redactar de forma clara y comprensible las cláusulas de los contratos propuestos por los profesionales a los consumidores o a los no profesionales. Y, al igual que nuestro Código, establece una interpretación en el sentido que sea más favorable al consumidor o no profesional.

⁴²³ A este respecto, PAGADOR LOPEZ J.<<Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas>>, en *Derecho (privado) de los consumidores*, AAVV, Coords. L.M.M.S. y J.P.L., Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 123 analiza el iter legislativo de las condiciones generales de contratación, destacando que fue la LGDCU de 1984 el primer texto legal que trató de regular los contratos celebrados mediante condiciones generales. Posteriormente se promulgó la Directiva sobre cláusulas abusivas de 1993, que unificó la legislación de los países comunitarios (lo que explica el acercamiento de la legislación de nuestro entorno) y provocó la revisión de nuestra LGDCU (mediante la nueva redacción del art. 10, introducción del nuevo 10 bis y nueva Dis. Adic. 1ª). Posteriormente hubo otras modificaciones, de las que destaca la Ley 44/2006 que, en cierta manera, provocó la redacción del TRLGDCU, que ha tratado de unificar los distintos textos legales existentes. Cfr. REYES LOPEZ M.J.: *Manual de Derecho Privado de Consumo*. Madrid, La Ley, 2009, pág. 224.

10.1 de la LGDCU)⁴²⁴, se sintetizan en: concreción, claridad y sencillez en su forma de ser redactadas, de manera que puedan ser entendidas con facilidad y por sí mismas, sin reenvíos; que el consumidor o usuario pueda conocer su existencia y contenido antes de celebrar el contrato, la prohibición de inclusión de cláusulas abusivas, debiendo prevalecer la buena fe en su redacción y un justo equilibrio entre las prestaciones de las partes⁴²⁵.

Por su parte, el art. 5 de la LCGC, que establece la necesidad, en su último párrafo de que << *la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*>>⁴²⁶. Y así habrán de ser legibles o perceptibles (en el sentido de que por su tamaño, caracteres tipográficos o forma de presentación puedan ser leídas por los adherentes), comprensibles (en atención a las expresiones utilizadas o a su extensión, para que puedan ser comprensibles por el consumidor medio) y concretas (en la medida que permitan formarse una idea clara y precisa sobre su contenido y consecuencias).

De esta manera, los requisitos de claridad, concreción y sencillez aparecen referidos tanto por el art. 10.1 como por el art. 5 LCGC. Respecto al requisito de transparencia, propio del art. 5, se le relaciona con una desigual información a la hora de contratar, en beneficio del empresario, y pretende el adecuado conocimiento de la posición contractual en el desenvolvimiento de la situación ya constituida, toda vez que se presupone una irrelevancia a su contenido a la hora de adoptar la decisión de contratar.

Finalmente, el art. 7.b) de la LCGC prohíbe la incorporación al contrato de condiciones que el adherente no haya podido conocer al momento de suscribir el contrato, o no hayan sido firmadas o bien sean *ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que*

⁴²⁴ A) *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual.* B) *Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración sobre su existencia y contenido.* C) *Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.*

⁴²⁵ Cfr. nota 419. La inicial unificación, mediante la Directiva 93/13/CEE, que actuó como una norma de mínimos, provocó la unificación de las distintas legislaciones de los Estados miembros de la U.E. y, por ejemplo, de manera paralela, el art. Artículo L133-2 del Code de la Consommation francés dispone que las cláusulas de los contratos propuestos por los profesionales a los consumidores o a los no profesionales deben estar presentadas y redactadas de forma clara y comprensible. Igualmente, en caso de duda, dispone que se interpretarán en el sentido más favorable al consumidor o no profesional.

⁴²⁶ Y sobre este respecto destacamos la SAP Córdoba 186/2009, de 27 de octubre (Roj: SAP CO1473/2009) que analiza esta cuestión y afirma: <<esa renuncia, que en realidad no es sino una condición general predispuesta por la vendedora e impuesta a la compradora, incorporada a un contrato de adhesión singular, no solo no es válida porque el confuso y alambicado sentido global de las palabras usadas contradice la norma general derivada del art. 6-2 del C.c. de que la misma debe de ser clara, expresa y concluyente, sino que tampoco puede considerarla válida a la luz de las exigencias de redacción ("transparencia, claridad, concreción y sencillez") que para toda cláusula predispuesta e impuesta exige como requisito de incorporación al contrato el art. 5-5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación>>.

*discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato*⁴²⁷.

Por lo tanto, lo que el legislador pretende es que el comprador (consumidor y usuario) tome conciencia de su situación jurídica dentro de la relación contractual, sin posibilidad de remisiones a otros documentos no entregados en ese momento o de reenvíos a textos legales, generalmente desconocidos por el adquirente⁴²⁸.

Y, en esta línea, nuestra doctrina distingue entre aquellos supuestos en que una cláusula sea comprensible pero admita varias interpretaciones, en cuyo caso le resulta de aplicación la regla *contra proferentem* (art. 6.2 LCGC); de aquellos supuestos en que resulta incomprensible o esté redactada de manera tan vaga e imprecisa que sea susceptible de muchas interpretaciones diferentes, en cuyo caso habrá que tenerla por ineficaz⁴²⁹.

Por su parte, el art. L133-2 del Código de consumo francés, que impone la obligación de que las cláusulas de los contratos propuestos por los profesionales a los consumidores (incluso a los no profesionales que no pudieran ser calificados como consumidores) estén presentadas y redactadas de forma de forma clara y comprensible. Y, al igual que nuestro legislador, afirma el citado precepto, que la interpretación, en caso de duda, se realizará en el sentido más favorable al consumidor o no profesional.

- *El contenido de las condiciones generales de contratación*

Vista la necesaria comprensión de las cláusulas del contrato, que proporciona al consumidor la capacidad de decisión, tenemos que analizar el contenido de las mismas.

Sobre este extremo, tenemos que advertir:

– Por un lado, la necesidad de que el contenido de las cláusulas responda a los principios de buena fe y justo equilibrio entre las prestaciones, lo que supone una prohibición de inclusión de cláusulas abusivas (art. 82.1 TRLGDCU)⁴³⁰.

⁴²⁷ Por su parte, GONZÁLEZ PACANOWSKA I., <<Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente>>, AAVV, Coord. R.B.R.C., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 919, pone de manifiesto que el art. 63.1 TRLGDCU, que se corresponde con el anterior art. 10.1.b) LGDCU, exige que el documento contractual que ha de entregar el empresario incluya, aceptadas y firmadas, las condiciones generales de contratación. Por su parte, el art. 7 LCGC declara la ineficacia de las condiciones generales no firmadas, de conformidad con lo dispuesto por el art. 5 (que se corresponde con la numeración del proyecto de Ley y no con el del texto definitivo) y que provoca ciertos desajustes.

⁴²⁸ A este respecto, la STS de 12 de febrero de 2012 (RJ 2002,2562) anuló varios artículos del RRCGC, de los que destacamos el art. 18, por vulnerar los art. 5 y 7 LCGC y 1250 CC, dado que permitía una remisión contractual a los datos de inscripción del clausulado en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación, si estuviesen inscritas.

⁴²⁹ PAGADOR LÓPEZ J., Op. Cit., pág. 1351.

⁴³⁰ Entendida la buena fe como un criterio objetivo de valoración de determinadas conductas que tienen en cuenta, no solo la honradez de la persona, sino, principalmente, las reglas de honradez en el comercio o en el tráfico jurídico.

Respecto a la buena fe, la Exposición de motivos de la LCGC ya ponía de manifiesto su importancia, como criterio de valoración de determinadas conductas, aclarando que pondera no sólo la honradez subjetiva de la persona, sino principalmente las reglas objetivas de honradez en el comercio o en el tráfico jurídico.

Pero no sólo actúa este criterio, sino que el legislador también prohíbe que se produzca una situación de desequilibrio injustificado de las prestaciones⁴³¹. Y para poder realizar un juicio de valor nuestra doctrina ya ha puesto de manifiesto que ha de considerarse el criterio de la desviación respecto al tipo legal, si existe, y además, también habrá que valorar las ventajas que atribuya al predisponente y las obligaciones que imponga al adherente⁴³².

– Por otro, el equilibrio que debe existir entre la intervención del legislador, regulando (siquiera someramente) estas cláusulas, y el respeto a una libre economía de mercado.

Esto implica que el juez, en principio, no pueda valorar la idoneidad de los precios o las ofertas, dado que, salvo productos básicos o monopolios, son fijados por el libre mercado, en régimen de libre competencia, sino sólo con carácter excepcional: cuando resulten claramente desproporcionados, cuando contravengan la normativa administrativa (por ejemplo en el caso de las VPO) o cuando incurran en alguna de las infracciones establecidas por la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios.

Y esta intervención del legislador, así como el control judicial, se manifiesta en el ámbito de la compraventa de vivienda sobre plano, dado que habitualmente los contratos son redactados por los promotores o por las inmobiliarias, apareciendo toda una suerte de cláusulas predisuestas, sin margen de negociación.

Respecto a LA BUENA FE⁴³³ y el JUSTO EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES⁴³⁴, comenzamos diciendo que estos términos, muy amplios⁴³⁵,

⁴³¹ Como manifestación específica de los genéricos mandatos impuestos por el CC, que establece la reciprocidad de prestaciones como fundamento de los contratos onerosos (art. 1274 y 1289) y prohíbe los pactos que dejan el cumplimiento de la obligación al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256, 1449, 1115).

⁴³² CABANILLAS SÁNCHEZ A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1994, pág. 160.

⁴³³ Que para DÍEZ PICAZO L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial I*, Madrid, Tecnos, 1993, pág. 352; la buena fe a la que se refiere el art. 10 LGDCU, implica un conjunto de criterios valorativos que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual. Por su parte, RICO PEREZ F., <<La publicidad y el consumidor de bienes inmuebles en la jurisprudencia civil española>>, AAVV, Dir. D.E.J., *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1984, pág. 566, confiere a la buena fe la función de integrar y corregir la voluntad privada que ha dado vida al contrato, elevándola por encima del ámbito contractual, a la categoría de principio general del Derecho.

⁴³⁴ DÍEZ PICAZO L., Op. Cit., afirma que para establecer la desproporción entre las prestaciones o la falta de equilibrio o equivalencia, se ha de considerar el criterio de la desviación respecto del tipo legal, si esta existe y, además, hay que valorar las ventajas o derechos que el ordenamiento atribuye al predisponente, así como las obligaciones y cargas que le impone al

gozan de larga experiencia en nuestra tradición legislativa, habiendo sido ampliamente analizados, variando generalmente su contenido en función de los valores sociales imperantes en la época⁴³⁶. Por otro lado, tampoco son conceptos que se utilicen con carácter exclusivo o excluyente por el legislador en materia de consumo, dado que su origen lo encontramos en nuestro Código Civil, en sus arts. 7, 1.254, 1.274 y 1.289.

Y las condiciones generales que no superen el control de incorporación (art. 5 y 7 LCGC) o de legalidad y contenido (art. 8) serán declaradas ineficaces, tal y como preceptúa el art. 9 LCGC. De esta manera se instaura una regla general, en virtud de la cual las condiciones generales que no superen el control de incorporación (art. 5 y 7 LCGC) o de legalidad y contenido (art. 8 LCGC) serán ineficaces (art. 9.2 LCGC), pese a que el resto del contrato mantenga su vigencia y eficacia (art. 10.1 LCGC), disponiendo el juez que declare la nulidad de facultades integradoras, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1258 CC. La regla excepcional es la ineficacia total del contrato (art. 9.2 y 10.1 LCGC)⁴³⁷.

- *Las cláusulas prohibidas*

adherente. Por su parte, CABANILLAS SANCHEZ A., *La información al consumidor ...*, pág. 164, afirma que “con la promulgación de la LCU, cuyo art. 10 establece que la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones excluye, entre otras cosas, las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios”.

⁴³⁵ Ambos conceptos deben ser así considerados como criterios objetivos de valoración y, para el caso de concurrir cualquiera de ellos, provocando un perjuicio al consumidor, convertirán a la cláusula en abusiva, lo que implica la nulidad de la misma, debiendo entonces integrarse el contrato de conformidad con lo dispuesto por el art. 1.258 CC.

⁴³⁶ Por lo que respecta al establecimiento de este tipo de cláusulas por parte del legislador debe realizarse con respeto, por una parte, al principio de autonomía de la voluntad y de libertad de mercado y, por otro, a la tutela de los consumidores y usuarios.

Uniendo ambas circunstancias, podemos afirmar que el equilibrio entre las prestaciones no puede llevar al legislador a establecer un precio que considere justo (sólo en supuestos excepcionales de intervención estatal, por razón de la naturaleza del bien), puesto que este vendrá dado por la ley de la oferta y la demanda.

⁴³⁷ PAGADOR LÓPEZ J., <<Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas>>, AAVV, Coords. L.M.M.S. y J.P.L., *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 121; critica la redacción del art. 9 LCGC (que habla de la nulidad del propio contrato), confrontado con el art. 10 LCGC (que habla de ineficacia total del contrato, pero diferencia entre la afectación de los elementos esenciales conforme al art. 1261 CC y la posibilidad de subsistencia del contrato, sin las condiciones ineficaces) y realiza la siguiente interpretación:

1º.- Una vez producida la declaración de ineficacia de una o varias condiciones generales, el Juez debe integrar las lagunas, de conformidad con el art. 10.2 LCGC y sólo después se podrá pronunciar sobre si es ineficaz. 2º.- El legislador se refiere a la afectación de los elementos esenciales (art. 9.2) y de posibilidad de subsistencia del contrato (art. 10.1) pero si el contrato adolece de un vicio que afecta a los elementos esenciales del contrato será nulo o anulable (art. 1265 y 1300 CC), siempre que dicho vicio se hubiese producido al momento de celebración del contrato. Pero para este autor no parece que la nulidad que cita el art. 9.2 LCGC venga referido a supuestos de nulidad o anulabilidad, sino a situaciones en que la integración afecte de manera sobrevenida a los elementos esenciales del contrato, provocando una excesiva onerosidad para una de las partes o la quiebra de la base del negocio.

La LCGC establece entre dos tipos de consecuencias, distinguiendo así la no incorporación (art. 7) y la nulidad (art. 8) de determinadas condiciones generales.

-Respecto a la no incorporación, se predica tanto respecto de aquellas *que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, o cuando no hayan sido firmadas* como de aquellas que *sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*, excepto si han sido expresamente firmadas por el adherente y cumplen con la normativa específica de su ámbito.

-Respecto a la nulidad, por una parte, la declara para <<las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva>> y realiza una remisión a las cláusulas abusivas, que hemos de entender realizada al TRLGDCU (art. 82 y siguientes)⁴³⁸. A nuestro entender, este precepto resulta reiterativo, dado que no hace más que reproducir la genérica previsión del art. 6.3 CC y la específica del art. 83 TRLGDCU, con la única matización de exigir que sea en perjuicio del adherente, lo que resulta prescindible, dado que el predisponente no podrá invocar la nulidad de una cláusula impuesta por él y que le cause un perjuicio y, en última instancia, siempre quedaría a salvo la posibilidad de acudir al régimen general del CC.

b. Relaciones de consumo y condiciones generales de contratación

Aunque ambos conceptos aparecen íntimamente unidos, lo cierto es que no son idénticos y creemos conveniente diferenciarlos para poder comprender mejor el marco de protección que el legislador brinda a los consumidores y usuarios.

Y, para ello, tenemos que partir del dato histórico de que, a comienzos del siglo XX se inició un proceso de industrialización, tendente a la producción industrial y contratación en masa. Este fenómeno provocó un abandono del concepto decimonónico del contrato, como confluencia de voluntades libremente emitidas en un plano de igualdad⁴³⁹.

Y, frente a este fenómeno, la primera en reaccionar fue la jurisprudencia, al constatar la existencia de abusos por parte de ciertos empresarios. Y esta labor se llevó a cabo mediante el desarrollo del art. 1.288 CC⁴⁴⁰, que era el único texto

⁴³⁸ Cfr. SAP Sevilla 22/2005, de 31 de enero (Roj.: SAP SE 343/2005) en la que se declara la nulidad de determinadas cláusulas de los contratos redactados por el BSCH, referentes a la pérdida o extravío de las tarjetas de crédito. También SAP Cáceres 236/2012, de 24 de abril (SAP CC 375/2012), que analiza las cláusulas de suelo y techo, así como la referencia del art. 8 LCGC al art. 10 LGDCU, que ahora se entiende respecto a los art. 82 y 85 a 90 TRLGDCU.

⁴³⁹ No obstante, tal y como pone de manifiesto PAGADOR LÓPEZ J. <<Condiciones generales y cláusulas abusivas>>, AAVV, Dirs. M.R.P. y M.I.C., *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Iustel, 2011, pág. 1308; "la utilización de condiciones generales en el desarrollo de la actividad comercial de los empresarios y profesionales es, sin duda, imprescindible (...) responde a necesidades de racionalización de la actividad contractual de empresarios y profesionales, a los que permite ahorrar tiempo y dinero -el que les costaría la negociación singular de cada contrato- y optimizar su organización interna y la utilización de sus recursos".

⁴⁴⁰ <<La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad>>.

legislativo aplicable, pues no existía normativa sectorial o específica que tratase de dar soluciones a este nuevo fenómeno.

El legislador fue introduciendo nuevas respuestas a este fenómeno⁴⁴¹ y, más adelante, la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de Contratación, estableció una definición legal de este tipo de condiciones⁴⁴² y definió su ámbito de aplicación⁴⁴³, que no coincidía con el de los consumidores y usuarios⁴⁴⁴, aunque tenía numerosos puntos de conexión⁴⁴⁵.

Y, a este respecto, destaca la polémica referente al ámbito subjetivo, pues, siendo indiscutida la aplicación de la norma a las relaciones existentes entre los empresarios y los consumidores (puesto que el art. 8.2 LCGC establece este supuesto con carácter específico), sí que se dudaba de si esta norma era aplicable a las relaciones entre los empresarios (pese a que su exposición de motivos así lo prevé en dos apartados). La base de esta polémica la encontramos en la propia redacción de la Ley, que tuvo dos enmiendas en sede parlamentaria: una del grupo parlamentario Coalición Canaria, que pretendía introducir un párrafo tercero, que declaraba nulas las condiciones que pudieran ser declaradas abusivas de conformidad con el art. 10 bis LGDCU, *aun cuando el contrato se haya celebrado entre profesionales*; la otra enmienda era del grupo socialista, que añadía el párrafo al art. 8.2, *aun cuando el adherente no sea un consumidor de conformidad a la misma*. Ambas enmiendas fueron rechazadas, tanto en el Congreso como en el Senado⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ Y a este respecto destacamos la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro (art. 3) y la LGDCU, que ya las reguló, en su art. 10.

⁴⁴² Art. 1.- Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

⁴⁴³ Pues en el preámbulo ya pone de manifiesto que <<las condiciones generales de la contratación se puede dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores... sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce. De conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional>>.

⁴⁴⁴ De hecho, en el preámbulo se establece una diferenciación, al reconocerse que <<la presente Ley tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación>>.

⁴⁴⁵ El art. 8 situaba los dos conceptos en un plano de coincidencia parcial, al afirmar que serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

⁴⁴⁶ Cfr. FUENTES NORIEGA M., *Derechos de los consumidores y usuarios*, AAVV, Coords. R.B.R.-C., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 318 y siguientes, pone de manifiesto que el motivo del rechazo era entender que su admisión supondría un factor de rigidez en materia contractual, no aconsejable, entendiéndose que las relaciones entre profesionales deben regirse sólo por el Código de Comercio y, supletoriamente, por el Código Civil. No obstante, tal y como pone de manifiesto la citada autora, podemos encontrar algunas sentencias que han declarado abusivas algunas cláusulas insertas en contratos celebrados entre profesionales: SAP Valencia de 26 de enero de 1999, referente a la validez de cláusulas de sumisión, y SSTS de 27 de abril de 1998 y 18 de septiembre de 1998, también referentes a la sumisión de determinadas empresas, por la contratación de publicidad con <<páginas amarillas>>.

No obstante, nuestra doctrina⁴⁴⁷ se ha mostrado partidaria de aplicar la LGDCU a las relaciones entre los profesionales o empresarios y aplicar a esas condiciones la misma sanción de nulidad, para excluirlas del contrato⁴⁴⁸.

Y este extremo debe ser destacado por las consecuencias prácticas que pudiera derivar para el caso de entender que las personas jurídicas (o algunas de ellas, pese al tenor literal del TRLGDCU) o los profesionales, cuando actúan en un campo ajeno a su actividad empresarial o profesional, no tienen la consideración de consumidores y usuarios; pues les haría merecedores del amparo ofrecido por el legislador, tal y como disponen los párrafos 6º a 9º de la Exposición de Motivos de la LCGC.

Finalmente, el Texto refundido del año 2007 ha tratado de sistematizar la normativa dispersa y modificada a través de los años, pero manteniendo la dualidad legislativa: por un lado el TRLGDCU y por otro la LCGC⁴⁴⁹. No obstante, su art. 59.3 declara que *"los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación, están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación"*.

Por lo tanto, podría decirse que la contratación, por medio de condiciones generales, con consumidores y usuarios se encuentra regulada por el TRLGDCU y LCGC, mientras que, en el caso de negar la cualidad de consumidor al adherente – como en el caso de las PYME- le sería de aplicación la LCGC. Y, aunque inicialmente pudiera pensarse que se encuentran en planos similares, lo cierto es que existen algunas diferencias⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., <<artículo 8. Nulidad>>, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*. Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 266, se posiciona en este sentido, aunque interpreta que el art. 8.2 <<se limita a destacar (o recordar) como un caso “particular” de condiciones generales abusivas (y, consecuentemente, nulas) las de la lista de la disposición adicional primera LGDCU, que lógicamente se aplica sólo a los contratos en que intervengan consumidores (Disp. Adic. segunda LGDCU –Disp. Adic. Primera. Siete de la Ley-). No comprende en dicho “recordatorio”, del que quedan excluidos los contratos entre profesionales, la definición general de cláusula o condición general abusiva contenida en la primera frase del artículo 10 bis.1, párrafo 1º, que será válida también para dichos contratos profesionales>> (...) <<El artículo 8.2 no excluye pues la calificación de condiciones generales abusivas, y consecuentemente nulas, de las condiciones generales que, en los contratos entre profesionales, “en contra de las exigencias de la buena fe causen” en perjuicio del profesional adherente “un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (art. 10 bis.1, párr. 1º LGDCU). Pero hay que reconocer que el mismo no sirve para mantener que no sólo no se excluye dicha calificación, sino que incluso la introduce>>.

⁴⁴⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA I., <<Art.5. Requisitos de incorporación>>, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, AAVV, Coord. R.B.R.C., Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 146, manifiesta, que, <<sin embargo, la LGDCU sin lugar a dudas la aplicación de los artículos 5 a 7 a los contratos entre profesionales>>.

⁴⁴⁹ Esta opción ha sido criticada por la doctrina, citando al efecto a GONZÁLEZ PACANOWSKA I., <<Introducción al Título II del Libro segundo>>, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, AAVV, Coord. R.B.R.C., Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 884; quien afirma que el legislador, en el art. 80 b) ha hecho caso omiso de denuncia de reiteración de preceptos y solapamientos derivados de la defectuosa técnica de la LCGC, añadiendo que <<no sólo insiste en duplicar contenidos, sino en introducir algunas divergencias o añadidos, que no favorece la “aclaración y armonización” perseguida en la norma de habilitación

⁴⁵⁰ Y, en este sentido, nuestra doctrina (PAGADOR LÓPEZ Y GONZÁLEZ PACANOWSKA) ha puesto de manifiesto la situación generada por el art. 4.2 de la Directiva 93/13, que excluye

Las condiciones generales de contratación son, por definición legal, las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Por su parte, las relaciones de consumo son las que se producen entre un consumidor o usuario y un empresario, de los definidos por el TRLGDCU.

El TRLGDCU ofrece un *numerus apertus* de cláusulas abusivas (art. 85 a 91) en los contratos celebrados entre los consumidores y usuarios con los empresarios, pero que no han de venir necesariamente insertas en condiciones generales de contratación.

Y la LCGC establece un marco genérico de cláusulas nulas (siendo este efecto el mismo que el de las cláusulas abusivas) y afirma (art. 8) que serán nulas, con carácter general, las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Con carácter especial, considera nulas, las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Estas dos normas son las que originariamente contenían una regulación de las cláusulas abusivas, que fue posteriormente ampliada. Por lo tanto, siendo términos distintos e independientes, podemos apreciar la existencia de nexos de comunicación, lo que complica la comprensión de esta distinción⁴⁵¹.

expresamente de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y retribución, que no fue traspuesto por la LGDCU ni por el actual TRLGDCU. Vista esta situación, se cuestionan el tratamiento legal de las cláusulas relativas a prestaciones esenciales del contrato (precio y contraprestación), para situarse en una posición ecléctica, afirmando el primero (<<Condiciones generales y cláusulas abusivas>>, en *Op. cit.*, pág. 1408) que <<las cláusulas reguladoras de los elementos esenciales de la relación negocial –precio y prestación– que han sido elaboradas por uno de los contratantes –el predisponente– e incorporadas al contrato a su exclusiva iniciativa, sí son condiciones generales o cláusulas predispuestas individuales en sentido legal. Lo único que sucederá es que tales cláusulas, aun recibiendo dicha consideración legal, no podrán ser sometidas a control de contenido en los términos de los arts. 80.1.c) y 82.1 TRLGDCU, pero sí a los restantes controles legales y, adicionalmente, a un deber reforzado de transparencia, cuyo resultado puede ser eventualmente la calificación de la cláusula como abusiva, no por razón de su contenido regulador, que no es fiscalizable, sino por no ser transparente>>.

⁴⁵¹ FUENTE NORIEGA M., *Derechos de los consumidores y usuarios*, AAVV, Coords. A.D.L.A. y L.M.G.G., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 321, pone de manifiesto que <<hemos de distinguir por tanto entre los contratos celebrados entre profesionales y los de estos con consumidores. En el primer caso, la ineficacia queda reducida en la práctica a los supuestos de no incorporación en los términos de los arts. 5 y 7, por cuanto la sanción de nulidad no tiene un régimen propio al ser de aplicación la normativa general del Código Civil; en el segundo, la ineficacia puede producirse por la no incorporación al no superar la cláusula el control de inclusión a tenor de los art. 5 y 7 LCG y 10.1.a) LGCU o por la nulidad específica prevista en el art. 10bis LGDCU, referido a las cláusulas abusivas>>.

Y, llegados a este punto, tenemos que destacar que una de las más notables diferencias entre cláusulas abusivas y las condiciones generales estriba en que el art. 83 TRLGDCU concede al juez unas facultades moderadoras que no aparecen en los art. 9 y 10 LCGC⁴⁵². El punto en común es que ambos preceptos sí que reconocen la ineficacia⁴⁵³ de las cláusulas que se reputen abusivas.

En el caso de que el adherente sea consumidor y usuario, entonces se produce una concurrencia normativa que PASQUAU LIANO resuelve interpretando como referencia general a los art. 9 y 10 LCGC, de donde extrae los planteamientos generales y el desarrollo de las cuestiones comunes, mientras que concede un régimen de especialidad normativa al art. 10 bis 2ª LGDCU, que contiene ciertas especialidades para los consumidores y usuarios, sean o no adherentes⁴⁵⁴.

Las condiciones generales de contratación suelen aparecer vinculadas a las relaciones de consumo, siendo en muchos casos identificadas por el legislador aunque, en puridad, son distintas, y, por tanto, pudieran ofrecer un trato tuitivo a quienes, sin ser consumidores o usuarios, firmasen un contrato de adhesión.

De este modo observamos el doble plano de protección configurado por el legislador, que se ha ido acercando, e incluso confundiendo, a medida que se expandía el concepto de consumidor y usuario a lo largo de los últimos años, hasta llegar al art. 59.3 TRLGDCU, que expresamente declara que los contratos celebrados con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de contratación están sometidos, además, a la LCGC.

Por su parte, el mercado inmobiliario no ha sido una excepción a este proceso de contratación en masa; es más, podríamos decir que es una de las actividades empresariales donde más claramente se ha podido apreciar este fenómeno, especialmente en épocas de bonanza, de contratos redactados unilateralmente por promotoras o inmobiliarias, con un clausulado impuesto a los compradores.

Creemos oportuno traer a colación la importancia de las condiciones generales porque nos aporta otra perspectiva de análisis, a la hora de analizar la

⁴⁵² PAGADOR LÓPEZ J., Op. Cit., pág. 1436, pone de manifiesto que, en caso de ineficacia total del contrato, <<en la LCGC se establece para el caso de que el contrato no pueda subsistir por haberse visto afectados sus elementos esenciales como consecuencia de la depuración e integración del mismo, en tanto que en el caso del TRLGDCU se vincula al surgimiento, una vez despojado el contrato de las cláusulas nulas e integrado, del caso de que las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada>>.

⁴⁵³ Tal y como destaca PAGADOR LÓPEZ J., Op. Cit., pág. 118, pese a que el legislador distinga entre la no incorporación y la nulidad como supuestos distintos de ineficacia, el art. 9 LCGC somete a ambos a las reglas generales que regulan la nulidad contractual (con la única salvedad de vetar al predisponente la posibilidad de instar la declaración judicial de nulidad) criticando que se le dote de una cierta <<vocación procesal>> (por cuanto la declaración puede ser instada también por la vía de la excepción y de la reconvencción), así como que se introduzca por esta vía un supuesto de nulidad o ineficacia parcial coactiva (pues resulta independiente de la voluntad presunta o expresa de los contratantes, y aun imperativa frente a esta).

⁴⁵⁴ PASQUAU LIANO M., <<Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos>>, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, AAVV, Coords. R.B.R.-C., Navarra, Aranzadi, 1999, pág. 276, los art. 9 y 10 LGDCU protegen al adherente, sea o no consumidor, mientras que el anterior art. 10 bis. 2 LGDCU protege sólo al consumidor, sea o no adherente.

posición de consumidor en la compraventa de viviendas, pues, a menudo, no sólo aparece como consumidor, sino también como adherente.

c. Diversidad de contenido en las cláusulas

Partiendo de la calificación de contratos de adhesión, para la mayoría de los contratos de compraventa de vivienda sobre plano, nos encontramos con la confluencia de dos fuerzas: por un lado, la obligacional del propio contrato, que su redactor habitualmente trata de que le beneficie lo máximo posible o, al menos, le perjudique lo mínimo posible (al tratar de eludir sus responsabilidades o minimizar las consecuencias negativas de sus actos); en el otro lado nos encontramos la legislación tuitiva de consumidores y usuarios que impone determinadas obligaciones (como por ejemplo los elementos de información contractual o documentación a acompañar) y reconoce ciertos derechos irrenunciables a los consumidores, que pueden determinar la ineficacia del contrato.

No obstante, como señala DE LEÓN no hay que confundir la presencia de un contrato de adhesión, en que la parte adherente acepta en bloque un texto impuesto por la predisponente (vendedor o promotor inmobiliario) con la existencia de una fase previa de negociación, donde habitualmente se discuten aspectos importantes, pero de un segundo orden, como el calendario de pagos (una vez aceptado el precio), redistribución de la vivienda, mejora de materiales, etc⁴⁵⁵.

En esta sede no se produce más que una lógica prolongación de las cautelas impuestas por el legislador en materia de oferta y publicidad para la venta de viviendas en construcción y, además, una regulación de determinadas cláusulas contractuales, calificadas de abusivas.

El contenido de las cláusulas inicialmente pudiera parecer ilimitado, dada la variedad de pactos posibles y la multitud de circunstancias que pueden rodear al contrato de compraventa de vivienda sobre plano. Pero, como hemos expuesto, si atendemos a la habitual imposición de los textos contractuales por parte del vendedor y la circunstancia de que el comprador tradicionalmente ha primado los aspectos económicos sobre los jurídicos, nos encontramos con que la mayoría de contratos obedecen a un cierto patrón, dada la uniformidad de los mismos, que en muchas ocasiones sólo se modifica, por parte del promotor, cuando se obtienen resoluciones judiciales que hacen prever una respuesta perjudicial para sus intereses en el futuro.

- Limitaciones impuestas por el RD 515/89

El art. 10 del RD 515/89, de 22 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa de viviendas, regula la redacción de estos contratos cuando se redactan al hilo de una actividad empresarial o profesional con un consumidor y usuario.

⁴⁵⁵ DE LEÓN ARCE A., *Derechos de los consumidores y usuarios*, AAVV, Coords. R.B.R.-C., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, Tomo I, pág. 736.

De esta manera, partiendo del principio de libertad contractual, trata de proteger al consumidor estableciendo unas cautelas genéricas, como son la obligatoriedad de una redacción clara y sencilla de su clausulado, sin remisiones a textos o documentos no facilitados, y el sometimiento a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones (también referidos por el TRLGDCU). En cuanto a las manifestaciones concretas de esta tutela, debemos citar la prohibición de determinado tipo de cláusulas:

a. Cláusulas que no reflejen con claridad u omitan, en los casos de pago diferido, la cantidad aplazada, el tipo de interés anual sobre los saldos pendientes de amortización y las condiciones de amortización de los créditos concedidos y las cláusulas que de cualquier forma faculden al vendedor a incrementar el precio aplazado durante la vigencia del contrato.

Con esta medida, lo que se trata de evitar es que aparezcan gastos inicialmente desconocidos para el comprador, tratando de que el comprador sea plenamente consciente de la deuda que asume. Este tipo de cláusulas se prohíben en atención a que suponen una vulneración de la buena fe contractual y la abusividad derivada de la ignorancia en que se coloca al comprador, que desconoce el importe total que ha de abonar para adquirir la vivienda⁴⁵⁶. Por último, se prohíben las cláusulas de incremento de precios que no respondan a criterios objetivos, como manifestación específica de la prohibición establecida por el art. 1256 CC⁴⁵⁷.

En otro orden, en el contrato de compraventa de vivienda sobre plano resulta habitual efectuar un pago inicial (que habitualmente reviste la forma de arras u opción de compra) al momento de perfección del contrato, de la firma del contrato privado, así como comprometer unos pagos aplazados (habitualmente documentados mediante la emisión de letras, pagarés u órdenes de transferencia) durante la ejecución de las obras, y un pago final, reservado al momento de consumación del contrato, que puede efectuarse mediante los fondos del comprador (propios u obtenidos mediante financiación obtenida por este) o mediante la subrogación en el préstamo hipotecario que tradicionalmente han suscrito los promotores, aunque en las actuales promociones (fruto de la crisis del sistema financiero) o no existe o alcanza un porcentaje muy pequeño en relación con el precio total de la vivienda, por lo que no suele resultar atractivo para el comprador, máxime si atendemos a la volatilidad de las condiciones financieras impuestas por las entidades crediticias (que las hace muy variables en un corto período de tiempo).

Con respecto a la posibilidad de subrogación en el préstamo hipotecario eventualmente suscrito por el promotor, y que habitualmente se le brindaba al

⁴⁵⁶ A este respecto destaca la STS 2494/2005, de 22 de abril (Roj: STS 2494/2005), que analiza este tipo de cláusulas y expone que <<la absoluta indeterminación de las obligaciones asumidas en relación con la financiación de la construcción de las viviendas, de forma que la cláusula séptima del contrato incumple el requisito de concreción, claridad y sencillez que exige el precepto legal (art. 10.1.a) y que sanciona con la nulidad de pleno derecho, teniéndola por no puesta, el art. 10.4 de la propia Ley 26 de 1.984, de 19 de julio.>>

⁴⁵⁷ Y así la STS 20 de marzo de 2001, citada por DE LEÓN ARCE (Op. Cit, pág. 770) ya reconoce que *es posible la modificación del precio alzado y del plazo convenido por circunstancias sobrevenidas aceptadas por las partes "ex post"*.

comprador (principalmente como medio para rebajar los gastos financieros del vendedor), destaca la obligación de información referida por el precepto.

Pero, al margen de esta información, merece ser resaltada la circunstancia de que, debido a la actual crisis económica (que ha provocado una caída en el precio de la vivienda, observando los compradores como ellos tenían un precio acordado para la compra de una vivienda todavía no finalizada, que era rebajado cada mes por el promotor para las restantes viviendas de la promoción, iguales a las suya, o por otros propietarios, para viviendas ya terminadas) y financiera (que ha supuesto un endurecimiento para la concesión de préstamos, así como de las condiciones financieras de éstos); se ha formado un nuevo criterio jurisprudencial⁴⁵⁸, que posibilita la resolución contractual, con devolución de las cantidades entregadas a cuenta más los intereses oportunos, para el caso de que el promotor hubiera comprometido una eventual financiación o subrogación en el préstamo hipotecario por él suscrito, y luego fuera denegada por la entidad financiera.

A su vez, como las cantidades a entregar son muy elevadas (puesto que habitualmente es el mayor gasto que un consumidor realiza a lo largo de su vida), el legislador trata de garantizar al comprador una comprensión de los gastos comprometidos, así como de establecer ciertas cautelas, para garantizar, las cantidades entregadas a cuenta (Ley 57/68).

b. Cláusulas que impongan un incremento del precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales efectivas que puedan ser libremente aceptadas o rechazadas por el comprador o arrendatario con independencia del contrato principal.

Lo que persigue con esto el legislador es que exista transparencia y equilibrio entre las partes, tratando (al igual que en el caso anterior) de evitar que aparezcan “gastos ocultos”. Esta circunstancia tiene gran importancia, dado que generalmente los promotores suelen contratar préstamos hipotecarios con una carencia equivalente al plazo de ejecución de las obras y en los que, transcurrido este plazo, las condiciones se recrudecen, justo en el momento en que se supone que las viviendas cambian de titularidad.

Y, DE LEON ARCE ha declarado que, para que no exista falta de transparencia, ni desequilibrio contractual, se exige⁴⁵⁹:

1. Que las reformas de obra no deben ser previsibles en un momento inicial y, en el caso de que causen una modificación del precio estipulado, deberán ser previamente comunicadas a los compradores, quienes deberán prestar su conformidad a la cuantía exacta que la

⁴⁵⁸ La STS 309/2013, de 17 de abril (Roj: STS 2247/2013) acordó la resolución contractual, por incumplimiento de la vendedora, al no obtener la subrogación comprometida. En el mismo sentido, STS 251/2013, de 24 de abril (Roj: 1880/2013).

⁴⁵⁹ DE LEÓN ARCE A., *Derechos de los consumidores y usuarios*, AAVV, Coords. R.B.R.-C., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, Tomo I, pág. 770.

reforma produzca⁴⁶⁰. A este respecto, nuestra doctrina y jurisprudencia expresamente han admitido esta posibilidad, pero estableciendo los requisitos que exige el precepto⁴⁶¹;

2. Que las reformas que propongan los adquirentes deberán constar en documento donde se describan y cuantifiquen, con exactitud, el incremento en el precio así como la eventual incidencia (por retraso) en el plazo de entrega pactado⁴⁶². En sentido negativo, entendemos que ninguna modificación que no haya sido expresamente aceptada por el comprador puede implicar un incremento en el precio, por lo que en vez de “extras”, deberán ser tenidas en consideración como meras “reformas”, lo que tiene una gran incidencia en la práctica, donde son habituales las reformas durante la construcción del inmueble, pero en las condiciones (especialmente el precio) que, por su mera voluntad, establece el constructor, sin dar la opción a intervenir en el proceso constructivo a empresas ajenas, buscadas por el comprador;

3. Que no se pueden trasladar al comprador los fallos, defectos o errores administrativos o bancarios que no les sean directamente imputables. Esta cláusula coincide con el anterior art. 10.1 c) 7 LGDCU y el actual 89.2 TRLGDCU y encuentra su fundamento en que la repercusión de los fallos sobre el comprador sería contraria a la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, pues el comprador sólo ha de soportar el riesgo derivado de sus propios fallos, siéndole exigible la diligencia de un buen padre de familia (art. 1104 CC);

4. Que tampoco se puede imponer al comprador en la primera transmisión de viviendas la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que, por Ley o por naturaleza, corresponden al vendedor⁴⁶³; declarando como tales los correspondientes a obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para

⁴⁶⁰ Para la citada autora, Op. Cit. pág. 770, estas reformas de obra deben ser motivadas por causas no diligentemente previsibles en el momento de aprobación de los proyectos de urbanización o construcción.

⁴⁶¹ MARTÍN PÉREZ J.A., <<Compraventa de viviendas. Obligaciones de información y documentación a favor del adquirente. Interpretación de las cláusulas y determinación del contenido del contrato. Especificaciones de la documentación gráfica del proyecto de ejecución que no aparecen en la memoria de calidades incorporada al contrato. Carácter vinculante de la promoción o publicidad y exigibilidad por los compradores>>, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Aranzadi, núm. 88, enero-abril 2012; Pág. 495..

⁴⁶² No obstante lo anterior, nuestra jurisprudencia, en casos de obra ejecutada superior a la contratada ha admitido, en supuestos en los que se analizaba el contrato de ejecución de obra, la autorización del propietario, tanto de manera expresa como tácita (STS 260/2001, de 20 de marzo -Roj: STS 2206/2001-).

⁴⁶³ CABANILLAS SÁNCHEZ A., Op. Cit, pág. 192, destaca la circunstancia de que en el texto inicial no se hacía referencia a esta circunstancia, sino a <<las ventas de viviendas>>, sin hacer referencia a si era primera o segunda transmisión, y en la tramitación en el Senado, el grupo socialista incluyó esta enmienda, con la intención de aclarar el verdadero alcance (sólo a primera transmisión), que fue aceptada y así se incorporó al texto normativo.

financiar su construcción o su división o cancelación⁴⁶⁴. Esta obligación se ha visto reforzada, a tenor de lo preceptuado por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora en la protección de los consumidores y usuarios, al declarar en su art. 14 (que modifica la Disposición Adicional Primera de la LGDCU, que regula las cláusulas abusivas), específicamente abusivas, entre otras (22), la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al profesional⁴⁶⁵. Además, este tipo de cláusulas atentan contra el conocimiento del precio final por parte del comprador.

c. Supongan la repercusión al comprador o arrendatario de fallos, defectos o errores administrativos o bancarios que no les sean directamente imputables.

Este tipo de cláusula pretende exonerar al promotor de sus defectos, trasladando las consecuencias al comprador (que es lego en la materia), tratando de convertir el elenco de obligaciones que le vienen impuestas (bien por LOE y normativa autonómica, bien por la regulación del Código Civil) en una especie de obligación de medios y no de resultado.

Por otro lado, con la inclusión de este tipo de cláusulas, habitualmente se pretende establecer una especie de incumplimiento resolutorio a gusto del vendedor, dado que los incumplimientos del comprador le facultan a este a instar la resolución judicial o, en su caso, una indemnización, mientras que, para el caso contrario, es el comprador el que ha de asumirlos.

Y una modalidad de este tipo de cláusulas es aquella que exonera de responsabilidad al promotor por los trabajos realizados por determinados oficios de la construcción (previamente contratados por este), de modo que cualquier reclamación se deberá resolver entre el comprador y quien efectuó los trabajos, quedando el promotor ajeno, pese a haber cobrado la totalidad del precio de la vivienda.

En su vertiente práctica, tiene muchos puntos de coincidencia con lo dispuesto por los art. 86 y 89.2 TRLGDCU, por lo que la analizaremos más adelante.

⁴⁶⁴ A este respecto, la STS 4511/2000, de 1 de junio (Roj: STS 4511/2000), declaró la nulidad de la cláusula que imponía el abono a los compradores de vivienda de los gastos de constitución de la hipoteca

⁴⁶⁵ En particular, en la compraventa de viviendas: a) *La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al profesional (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación)* b) *La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del profesional de la vivienda o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.* c) *La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en que el sujeto pasivo es el profesional* d) *La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba de ser entregada en condiciones de habitabilidad.*

d. *Impongan, en la primera venta de viviendas, la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que por ley o por naturaleza corresponden al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación).*

Este precepto hay que interpretarlo por aplicación conjunta con el art. 89.3 TRLGDCU, al que luego nos referiremos, y los gastos a los que hace referencia son todos aquellos que deriven de actos que debe realizar el vendedor con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública⁴⁶⁶.

Para nuestra doctrina⁴⁶⁷ el motivo de la abusividad no es una reducción del precio sino que se encuentra en la vulneración de la buena fe, que exige que el precio de la vivienda comprenda todos aquellos gastos que por su naturaleza han de ser asumidos por el vendedor, sin que puedan ser repercutidos subrepticamente al comprador.

No obstante, en esta sede son numerosas las resoluciones que analizan la eventual ineficacia de las cláusulas que imponen al comprador los gastos de cancelación del préstamo hipotecario suscrito por el promotor y que, en resumen, han creado el criterio jurisprudencial que entiende que ello sólo es lícito cuando, habiendo informado al comprador de todos los gastos asociados, ello se negocia individualmente o no obligue en todo caso al comprador, sino que se configure como una opción para financiar su adquisición⁴⁶⁸.

- *Consideraciones referentes a la documentación del contrato*

Dado el limitado ámbito del presente trabajo (que se ciñe a la compraventa de vivienda en construcción), en esta sede se produce una lógica prolongación de las cautelas establecidas por el legislador en la fase previa, dado que pretende que en el contrato quede constancia de la información tenida en cuenta por el consumidor a la hora de adquirir esa concreta vivienda⁴⁶⁹.

El RD 515/1989, en su art. 9, establece la obligatoriedad a la hora de suscribir el contrato de compraventa de vivienda, de recibir el comprador, a costa del

⁴⁶⁶ MORALEJO IMBERNÓN N.I., <<Primera. Seis: Dis. adic. 1ª.V.22ª LGDCU>>, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, AAVV, Coord. R.B.R.-C. Navarra, Aranzadi, 1999, pág. 1191 y 1192.

⁴⁶⁷ PERTÍNEZ VÍLCHEZ F., <<Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda>>, en *publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es, 2005.

⁴⁶⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA I., <<Comentario al artículo 89.3>>, Op. Cit., pág. 1126.

⁴⁶⁹ No obstante lo anterior, encontramos la STS 731/2012, de 10 de diciembre (Roj. STS 8161/12), que resta toda importancia a la información dispuesta por la normativa autonómica, afirmando que <<como quiera que estos elementos esenciales del contrato (objeto y precio) le constaban a la parte hoy recurrente desde el 23 de julio de 2006, fecha en que se firmó el contrato privado litigioso, es difícilmente explicable que hasta encontrarse próxima la terminación del conjunto urbanístico no considerase indeterminados la cosa y el precio, e igualmente lo es que todavía siga considerándolos así so pretexto de no habersele entregado toda la documentación prevista en las normas administrativas>>.

vendedor, toda la documentación referida en los artículos precedentes, que regulan la oferta, promoción y publicidad⁴⁷⁰.

Incluso el art. 3.2 del mismo RD (en consonancia con el anterior art. 8 LGDCU) establece la exigibilidad, aun cuando no figuren en el contrato celebrado, *de los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad.*

No obstante lo anterior, el art. 64 del TRLGDCU no completa las exigencias de documentación contractual ya previstas en otras normas no refundidas, sino que establece como derecho de los consumidores finales el acceso (que se hace posible a través del deber de facilitarla) a la documentación complementaria prevista en la LOE o en la normativa autonómica⁴⁷¹.

La intención del legislador al introducir esta obligación es la de proteger al consumidor, al asegurarle, por un lado, la información necesaria que garantice su libertad contractual, facilitándole (para el caso de un eventual conflicto) los medios de prueba necesarios para acreditar tanto las características esenciales de la vivienda como las condiciones de su adquisición⁴⁷² y, por otro lado, definidos los parámetros esenciales de contrato, no es posible una posterior modificación unilateral por parte del vendedor, lo que supone otra garantía para el consumidor o usuario.

En el Derecho italiano destaca el Decreto legislativo 122/2005⁴⁷³, de 20 de mayo, que en su art. 6 establece unas cautelas muy similares a las del RD 515/1989, al establecer la necesaria referencia al proyecto de obra, licencias, obligaciones y vínculos urbanísticos contraídos, fecha de entrega, precio, cargas, etc. y, como destaca DÍAZ MARTÍNEZ, este precepto pretende garantizar la transparencia en la

⁴⁷⁰ La SAP Cantabria de 14 de marzo de 1996 (AC 1996/548) pone de manifiesto que la LGDCU impone un reforzamiento de la posición del consumidor, <<máxime en el mercado inmobiliario en que la realidad social enseña la situación de desprotección en que habitualmente se encuentra el comprador, hasta el punto de hacer precisas normas especiales de protección, como el caso del Real Decreto 515/1989>>.

⁴⁷¹ Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO C., <<La contratación inmobiliaria con consumidores>>, en *Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco.

⁴⁷² La STS de 30 de mayo de 2011 (Roj STS 3402/2011) afirma que << las razones de la desestimación se encuentran en los argumentos de la sentencia de esta Sala de 15 marzo 2010, citada en la de 8 de marzo de 2001, según la cual: "La defensa del consumidor en la adquisición de una vivienda, se articula a través un conjunto de normas previas y posteriores al contrato, que tienen que ver con garantía de una información precisa sobre lo que va a ser objeto de la venta y que va a obligar al vendedor a adecuarse a la normativa publicitaria en vigor, veraz y no engañosa, en el particular relativo a las características físicas y jurídicas de la vivienda. Se trata de un contrato que cae por sus características dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente en el momento de la adquisición (en la actualidad: arts. 60 y 61,1 TRLGDCU), que aparece desarrollado en el art. 3,2 RD 515/1989, de 21 abril, con evidentes reflejos constitucionales, en el que la oferta en un sentido amplio, incluida la publicitaria y, con mayor razón, el documento contractual, determinan el derecho del comprador a recibir, a costa del vendedor, la copia de diversos documentos sobre el objeto y precio del contrato. Se trata, en definitiva, de que tenga una representación cumplida de lo que va a adquirir y que el vendedor asuma la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta ha alcanzado existencia real y física cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y en la publicidad que se integran en el contenido del contrato">>.

⁴⁷³ Que efectúa un reenvío a los art. 5659.1 n.1 y 2826 del Codice Civile, por lo que respecta a la necesidad de individualizar el objeto del contrato.

determinación de los derechos y obligaciones contractuales, partiendo de la existencia de una asimetría informativa que caracteriza con carácter general la posición del contratante débil⁴⁷⁴.

Y tal es la importancia concedida por nuestra jurisprudencia⁴⁷⁵ a la documentación unida al contrato que el Tribunal Supremo ha llegado a reconocer, en su STS de 17 de diciembre de 2010⁴⁷⁶, la prevalencia de la memoria de calidades unida al contrato sobre el proyecto básico, que se declara conocer por los compradores de la vivienda⁴⁷⁷.

d. Las cláusulas consideradas abusivas por el TRLGDCU

Con ellas nos referimos a las definidas genéricamente por el art. 82⁴⁷⁸, entendidas como <<todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.>> y que vienen posteriormente analizadas por los art. 85 a 90 TRLGDCU.

Históricamente venían recogidas por el art. 10 bis LGDCU y su Disposición Adicional 1ª, siguiendo el modelo introducido por la Directiva 13/93/CEE, que instaura el modelo que contiene, por un lado, las cláusulas que, en todo caso, son consideradas abusivas (las denominadas *cláusulas negras*) y, por otro, las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, en atención a los parámetros establecidos por el

⁴⁷⁴ DIAZ MARTINEZ A., <<Los modelos de tutela del adquirente de vivienda no terminada en los Derechos italiano y español: contratante débil o consumidor. Aplicación a formas de adquisición distintas a la compraventa>>, en *Revista de Derecho Privado*, Reus, enero-febrero 2011, pág. 15.

⁴⁷⁵ Pese al criterio de la SAP Pontevedra 411/2010, de 27 de julio (Roj: SAP PO 1702/2010), que relativiza las consecuencias del incumplimiento, al afirmar que <<la STS de 18 de marzo de 2002 considera que la obligación de entrega de los Proyectos a los compradores para que conozcan la ubicación de las instalaciones y las características de la construcción ha de considerarse como obligación accesoria, dentro de la obligación de la entrega de una cosa principal (que lleva consigo la de los accesorios que la sirven). ... Por consiguiente, en el caso que nos ocupa, en cuanto la parte demandada no aportó a la actora la documentación mencionada, nos encontramos en presencia de un incumplimiento accesorio que no faculta al demandado para resolver el contrato. Ello sin perjuicio de que el recurrente pueda exigir la entrega de dicha documentación e información en cualquier momento, "aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado" (artículo 3. 2 del R.D. 515/1989) y sin perjuicio de las consecuencias que dicho incumplimiento pueda acarrear para los promotores en el cumplimiento de sus obligaciones principales relativas a la ejecución y entrega de la vivienda y anejos, que no podrá perjudicar al comprador.>>

⁴⁷⁶ RJ 2011, 1557.

⁴⁷⁷ La citada STS, siguiendo la senda trazada por las antecedentes, de 18 de marzo de 2002 (RJ 2848) y 15 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2347); afirma que <<Los adquirentes firmaron el contrato de compra y consintieron con la memoria de calidades presentada. Sin esta memoria de calidades el proyecto inicial hubiera integrado la oferta y su contenido sería plenamente exigible. Pero en el contrato se introdujo una memoria de calidades que suponía unos cambios en la ejecución de las viviendas que fueron aceptados por los compradores, y que por tanto pasaron a formar parte del contenido obligacional del contrato>>.

⁴⁷⁸ Siguiendo la tradición del art. 10 bis LGDCU, a la que sólo se supera por la nueva referencia a las prácticas no consentidas expresamente, así como del art. 8 LCGC.

legislador y atendiendo a las características del caso concreto (las denominadas *cláusulas grises*)⁴⁷⁹.

A este respecto, se ha señalado⁴⁸⁰ que la diferencia entre el listado ofrecido por nuestro legislador y el de la lista del art. 3 de la Directiva viene dado porque nuestro legislador establece la denominada *lista negra* (que comprende las cláusulas que se aplican sólo a contratos suscritos con consumidores) y la *lista gris* (que contiene una serie de cláusulas aplicables al ámbito que defina el legislador y que, por lo tanto, pueden exceder del de los consumidores, para ser aplicados -por ejemplo- a las relaciones previstas por la LCGC). Por el contrario, la Directiva reduce el ámbito subjetivo, al ser aplicable sólo a contratos en que intervengan consumidores, no contiene una lista gris (pese a que algunas de las cláusulas incluidas en el anexo al art. 3.3 sí que tendrían encaje en esta categoría, al precisar una posterior concreción), y amplía el ámbito de control a las cláusulas predispuestas y no negociadas individualmente, sean o no de carácter general.

En Derecho comparado, destacamos el art. L-132-1 del Código de consumo francés, que califica como tales a las que tengan por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Esta norma deja en manos de un decreto posterior la declaración de aquéllas cláusulas que irrefutablemente son consideradas abusivas, así como el establecimiento de otras que se presumen (*iuris tantum*) abusivas. En caso de ser calificada como abusiva una cláusula (sin que ello pueda alcanzar ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio o remuneración), dice el citado precepto que se tendrá por no escrita.

Por su parte, el Codice del Consumo, en su art. 33, las regula, con una definición muy parecida, en la que también destaca la idea del ataque a la buena fe, que provoca un desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato. Y el párrafo segundo del citado precepto ofrece un listado de cláusulas que presume abusivas.

Y en nuestro ordenamiento jurídico, estas cláusulas se agrupan en varios grupos, que han sido criticados, por constituir un listado imperativo y no exhaustivo, del que destaca el ser una lista excesivamente extensa, con incorrecciones terminológicas, repeticiones innecesarias, vaguedad en su formulación, reiteración de prohibiciones contenidas en otras normas imperativas y de defectuosa agrupación⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Tal y como señala FUENTE NORIEGA M., *Derechos de los consumidores y usuarios*. Tirant lo Blanch, AAVV, Coords. R.B.R.-C., Valencia, 2007, Tomo I, pág 337; frente al modelo habitual en Derecho comparado, que es el denominado de cláusula negra, el legislador español, siguiendo el ejemplo de la Ley alemana y portuguesa, opta por el sistema de cláusulas grises. Por su parte, ATAZ LOPEZ J.: <<Protección de los consumidores y usuarios>>, disponible en www.um.es/aulasenor/saavedrafajardo/apuntes/doc/clausulas_abusivas.pdf, critica la redacción del art. 84 TRLGDCU que ofrece la denominada "lista gris" y califica de disparate. No obstante, queremos destacar la idea de que, existiendo un registro de cláusulas abusivas, no presenta problemas la inclusión en el mismo de las así declaradas en atención a la "lista negra", pero sí que resulta aventurada la inclusión de las cláusulas declaradas en atención a la "lista gris", donde la casuística es muy amplia e importante, careciendo entonces de sentido o, para el mejor de los casos, quedando muy limitado.

⁴⁸⁰ FUENTE NORIEGA M.: Op. Cit, pág. 337.

⁴⁸¹ FUENTE NORIEGA M., Op. Cit., pág. 340.

Analizaremos ahora los grupos en que se dividen las cláusulas en atención a la enumeración (y agrupación) que realiza el legislador.

Así, el punto de partida ha de ser el art. 82 TRLGDCU (que nace de la Directiva 93/13, art. 3⁴⁸²) y viene referido al concepto de cláusulas abusivas, estableciendo las cláusulas más genéricas y amplias. Y pueden consistir en cláusulas no negociadas individualmente o prácticas no consentidas expresamente, y vienen definidas por su referencia a dos elementos: ir en contra de las exigencias de la buena fe⁴⁸³ y causar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato⁴⁸⁴.

A nuestros efectos, para poder analizar la abusividad de una cláusula, debemos (art. 82.3 TRLGDCU) tener en cuenta la naturaleza de los bienes (vivienda sobre plano, que no tiene existencia real al firmar el contrato⁴⁸⁵), considerando las circunstancias concurrentes y atender al resto de cláusulas del contrato, o de otro del que este dependa.

Por último, con independencia de las generalidades anteriores, así como de las posteriores declaraciones de abusividad, el último párrafo nos muestra varios ejemplos de *cláusulas abusivas iuris et de iure*⁴⁸⁶:

⁴⁸² La cláusula apareció recogida por el art. 10.bis.1 LGDCU, que sufrió una modificación en el Proyecto de Ley 121/000083, que introdujo la expresión <<las prácticas no consentidas expresamente>>, con la intención de reforzar la protección de los consumidores y usuarios frente a determinadas prácticas habituales en el tráfico jurídico que entrañaban una situación de abuso. Este listado se completaba con la D.A. 1ª LGDCU. A este respecto, FERRANDEZ SEIJO J.M., *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias. Una aproximación desde el Derecho comunitario*. Bosch, Barcelona, 2013, pág. 58, nos recuerda que la Directiva establece un marco legal de mínimos para todos los países de la Unión Europea, y que nada impide que los distintos países, en el desarrollo de la misma, puedan incluir medios que permitan una protección de consumidor y usuarios más amplia.

⁴⁸³ Entendida como aquello que el consumidor espera recibir del contrato dentro de un marco de racionalidad o normalidad del tipo contractual, de modo que no se le impongan obligaciones o prohibiciones que no fuesen, desde el principio, razonablemente previsibles.

⁴⁸⁴ Esta idea forma parte de la propia sustancia del derecho de consumo, dictado frente a la tentación de los abusos que la contratación en masa suele traer aparejada y es de muy difícil concreción, debiendo (en la mayoría de supuestos) la casuística jurisprudencial ponderar dos intereses enfrentados, dentro de una economía de mercado, y establecer dónde se encuentra el punto de inflexión, aquel en que el desequilibrio cobra el matiz de importante. Y es aquí donde entra en aplicación el párrafo tercero del precepto, que nos indica los parámetros a considerar: la naturaleza de los bienes o servicios, las circunstancias concurrentes en el momento de celebración y el resto del clausulado del contrato. Y a este respecto podemos citar la STS de 4 de febrero de 1991 (RJ 1991/704), que califica de abusiva la cláusula que facultaba al promotor a retener el 40% de las cantidades entregadas por los compradores que no podían realizar el pago final y otorgar escritura. En el mismo sentido, pero aplicado al contrato de mantenimiento de ascensores, donde se establece una penalización para la resolución anticipada, consistente en el 50% del coste del servicio hasta la finalización, la SAP Asturias 8/2006 de 17 de enero (AC 2006/13) y 114/2006 de 28 de marzo (RJ 2006/140540), SAP Pontevedra 541/2006 de 11 de octubre (RJ 2006/257026).

⁴⁸⁵ Así podemos citar las cláusulas donde se manifiesta que se adquiere una vivienda como cuerpo cierto, cuando todavía no se han iniciado las labores de edificación (STS 7 de diciembre de 2006 -RJ 2006/9887-).

⁴⁸⁶ A este respecto, el listado puede tener sus días contados, tan pronto se apruebe la Propuesta de Directiva de armonización plena sobre los derechos de los consumidores, que abandona el sistema de “lista indicativa” por un sistema de “lista negra”, con cinco cláusulas que son abusivas <<en cualquier circunstancia>> y otras doce sobre las que pesa una presunción *iuris tantum* de abusividad,

1) Aquellas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario. El artículo 85 (como continuación de lo dispuesto por la D.A. 1ª LGDCU) establece varios subgrupos de este tipo de cláusulas. Ahora se analizan algunos supuestos concretos.

Las cláusulas que vinculan el contrato a la voluntad del empresario (Art. 85 TRLGDCU), tanto por lo que respecta al propio cumplimiento, como por lo que respecta a la alteración de la posición del consumidor o usuario⁴⁸⁷. Este tipo de cláusulas ha sido objeto de muchas resoluciones, referentes al mantenimiento de ascensores, habiendo creado la “jurisprudencia menor” un cuerpo más o menos homogéneo de resoluciones⁴⁸⁸ que analizaban los supuestos previstos por el precepto. Y lo primero que hemos de hacer para poder analizar con profundidad este artículo es conectarlo con lo dispuesto por los art. 1.091, 1.115, 1.255 1.256 y 1.449 CC. Visto esto, analizamos los dos supuestos previstos por el legislador:

A) La reserva de plazos para aceptar o rechazar la oferta del consumidor. Esta prohibición se encontraba ya establecida, como decíamos, en la DA 1ª LGDCU, sin novedad alguna mas allá de la semántica (al cambiar la referencia del profesional al empresario). Se trata de supuestos en que el consumidor emite una declaración de contratar, que le vincula, y durante unos plazos excesivamente largos o indeterminados⁴⁸⁹ el empresario está en disposición de contratar o no, sin que, por el contrario, este tenga obligaciones, pues todavía no se ha aceptado la oferta y, por tanto, nacido la relación contractual⁴⁹⁰. La atención a la duración se hace por referencia a parámetros genéricos, pues aquí no existe una contratación individual ni individualizada, aunque en nuestro caso podría ponerse en relación directa con la duración de las distintas fases del proceso constructivo.

B) Lo referente al plazo de cumplimiento de la prestación objeto del contrato, para la satisfacción de la prestación debida. En este caso el legislador⁴⁹¹,

salvo que el empresario demuestre que no lo son, atendidas las causas del caso concreto (y que prácticamente coinciden con las del art. 82.4 TRLGDCU).

⁴⁸⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA I., <<Comentario al artículo 85.1 y 85.2>>, Op. Cit., pág. 996, afirma que <<no se trata tan sólo del arbitrio del empresario respecto de su propia posición contractual como deudor de un bien o servicio, sino también de sus facultades para incidir o alterar la posición jurídica de la otra parte, como acreedora o deudora>>.

⁴⁸⁸ SAP Madrid 484/2011, de 17 de noviembre (Roj: SAP M 14406/2011) y SAP Pontevedra 584/2011, de 17 de noviembre (Roj: SAP PO 2879/2011), SAP León 400/2011, de 16 de noviembre (Roj: SAP LE 1277/2011) y SAP Zaragoza 509/2011, de 16 de noviembre (Roj: SAP Z 2887/2011).

⁴⁸⁹ Entendiendo GONZÁLEZ PACANOWSKA I., <<Comentario al artículo 85.1 y 85.2>>, Op. Cit., pág. 999, por tal el que no permite comprender su duración (lo que nos sitúa en el ámbito de los art. 5 y 7 LCGC) o cuando esta se haga depender de un suceso que pertenece a la esfera de conocimiento o influencia del empresario.

⁴⁹⁰ Y algunos autores (CÁMARA ÁGUILA M.P.) hacen referencia también a la pérdida de otras oportunidades de contratación y a la incertidumbre que se crea al consumidor.

⁴⁹¹ Y la SAP Barcelona, de 15 de octubre de 2003 (Roj: SAP B 5355/2003), que declara abusiva la cláusula introducida en el contrato de compraventa de vivienda, dice "si Promosa no entregase la vivienda por todo el mes de diciembre del año 2000, la parte compradora podrá optar entre el cumplimiento de las obligaciones de este contrato sin ningún tipo de indemnización o bien declarar resuelto el contrato, con la devolución de las cantidades entregadas hasta la fecha de la resolución

manteniendo el citado criterio mantenido por la D.A. 1ª LGDCU, analiza tanto el plazo de contratación inicial excesivamente largo como el insuficientemente determinado⁴⁹². Y el análisis se hace en referencia al tipo de actividad a que viene referido y las necesidades de los consumidores; es decir, se trata de evitar que se contrate por plazos que excedan de lo razonable, en atención a las prestaciones que ofrecen el resto de operadores del mercado⁴⁹³.

A este respecto, generalmente se discute si merecen este calificativo las cláusulas que establecen una fecha de entrega de la vivienda, pero previendo unas prórrogas automáticas o muy dilatadas (lo que nos sitúa en el ámbito del art. 82.3 e), por resultar desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato)⁴⁹⁴. Y este enunciado genérico se despliega posteriormente, en el art. 85 TRLGDCU, que nos muestra varios supuestos⁴⁹⁵.

En nuestro caso, hay que poner en conexión lo dispuesto por este precepto con lo dispuesto por el RD 515/89 y la Ley 57/68 (que destacan la necesidad de fijar una fecha determinada para la entrega de la vivienda), para concluir que están prohibidas las fechas de entrega aproximadas u orientativas⁴⁹⁶. Y la solución que

regularizadas al tipo de interés oficial del dinero vigente en ese momento", afirmando que "es notorio que la controvertida cláusula contraría los postulados de la buena fe y produce un desequilibrio importante en la posición de los adquirentes, ya que se les impone la falsa opción entre apartarse del contrato si el empresario no cumple con el plazo de entrega de la vivienda o bien, en caso de continuar interesados en la compra, la de tolerar sin derecho a indemnización alguna un incumplimiento indefinido de la esencial obligación de entrega de la cosa (art. 1461 CC)".

⁴⁹² Tanto por aparecer un plazo excesivamente largo o impreciso, como aquel que depende de un hecho que depende del empresario, como por ejemplo el determinar el plazo de duración a contar desde el momento en que se realicen movimientos de tierra o firme el acta de replanteo.

⁴⁹³ La STSJ Navarra 9/2003, de 26 de marzo (RJ 2003/4038) afirma que <<las cláusulas debatidas en el presente contrato, en cuanto a su duración de 5 años, en cuanto a su sistema de prórroga tácita y automática, salvo notificación expresa de desistimiento, con exigencia de preaviso, y en cuanto a la rigurosa penalización de su resolución, que obliga a pagar el 50% del coste del servicio hasta la finalización del período contractual, entran claramente en el ámbito de la nulidad radical de las cláusulas abusivas antes referenciada, pues su duración está fijada por un plazo injustificadamente largo, que contradice el natural derecho al desistimiento de los arrendamientos de obra y servicios; imponen condiciones gravosas y desproporcionadas, que lesionan las expectativas razonables de las partes contratantes, pues se acredita que el servicio de mantenimiento de ascensores puede obtenerse libremente en el mercado de modo más ventajoso para la Comunidad demandada, y, finalmente, la cláusula penal establecida como condición general y ligada a una cláusula de duración que se ha declarado nula ha de seguir la condición de ésta; pues si nula es la duración de un plazo injustificadamente largo, nula será la cláusula penal ligada a dicha duración>>. En idéntico sentido encontramos la SAP Navarra 205/2006, de 12 de diciembre (RJ 2007/163057).

⁴⁹⁴ Y a este respecto, destacamos la SAP Tarragona de 18 de mayo de 2010 (Roj: SAP T 763/2010) y que analiza un supuesto en que se establece la vinculación del comprador al contrato, sea cual fuese el retraso en la entrega de la obra, si no hubiese comunicado fehacientemente su opción de resolución al promotor antes de una determinada fecha, declarando abusiva dicha cláusula.

⁴⁹⁵ En el supuesto analizado, el art. 85.1 califica de abusivas las cláusulas que reservan al empresario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para satisfacer la prestación debida; y el párrafo segundo del citado artículo califica de abusivas las cláusulas que prevean una prórroga automática de un contrato de duración determinada, si el consumidor no se manifiesta en contra. Por último, respecto al supuesto previsto por el tercer párrafo, referente a las cláusulas que reservan al empresario facultades de modificación unilateral del contrato, salvo que concurren motivos válidos especificados en el contrato, suele plantearse respecto a las cláusulas que permiten la eventual modificación de la vivienda por razones de tipo económico, empresarial o de mercado.

⁴⁹⁶ Y en este sentido se manifiesta CAÑIZARES LASO, A., *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, Tecnos, 2006, pág. 150, por entender que mientras el consumidor

ofrece el art. 1.128 CC es que los tribunales fijen la duración, de acuerdo con la naturaleza y circunstancias del contrato⁴⁹⁷.

En este sentido, tenemos que reconocer que, dado que el contrato de compraventa de vivienda en construcción se suele firmar incluso antes de comenzar las obras, la fecha de entrega de la vivienda suele ser uno de los elementos decisivos para la elección de una vivienda, en detrimento de otra, pues los compradores, a menudo, suelen planificar su vida personal y profesional en función de la entrega (y, por tanto, del abono de la mayoría del precio) de la vivienda.

Y esta es una cuestión ya clásica, abundantemente analizada por nuestra jurisprudencia que, últimamente ha resuelto los casos presentados no sólo en atención a las previsiones genéricas del Código Civil, sino también a las específicas del TRLGDCU⁴⁹⁸.

Actualmente, con un mercado inmobiliario en plena recesión, en la que es habitual que los compradores traten de resolver los contratos firmados en épocas de prosperidad económica (bien por no poder asumir el pago, y tratar así de evitar las penalizaciones impuestas al incumplidor, o bien por encontrar ahora la misma vivienda a un precio más reducido), la fecha prevista para la entrega de la vivienda cobra especial importancia como causa alegada a la hora de instar la resolución contractual y, por ello, merece un análisis más completo.

La realidad nos demuestra que en la mayoría de casos el comprador cuenta con un calendario de pagos muy claro, estando previstas una serie de consecuencias para el caso de su incumplimiento que, generalmente, consiste en la opción, para el vendedor, de resolver (unilateralmente y sin mayores formalidades) el contrato, con unas cláusulas penales muy severas (llegando incluso a pretender hacer propias todas las cantidades entregadas a cuenta), o bien optar por su continuidad, pero estableciendo un elevado interés de demora.

habitualmente se encuentra claramente vinculado y obligado por un calendario de pagos, este tipo de cláusulas benefician a la vendedora, que no se encuentra sometida a una vinculación tan estricta como la otra parte, lo que provoca, además, un evidente desequilibrio, pues las respuestas ante el incumplimiento contrario son muy desiguales. En este sentido, la SAP Palma de Mallorca, 252, de 13 de julio de 2011 (Roj: SAP IB 1567/2011) afirma que *<<tal interpretación resulta, además, totalmente rechazable cuando se pretende oponer al resignado consumidor en actitud prepotente y abusiva por parte de constructoras promotoras, como es el caso. El carácter abusivo de una cláusula como la de autos se desprende de su literalidad de la disposición adicional 1ª, apartado 1,5º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: será abusiva "la consignación de fecha de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional". Por ello, en absoluto se puede aceptar que los términos utilizados en el contrato para fijar la fecha de entrega son meramente orientativos, sin que comprometan al promotor. Antes al contrario, son parte de las obligaciones que asume el promotor de las viviendas y debe cumplirlas según lo pactado, sólo cuando se dé alguno de los supuestos de fuerza mayor no imputable a la promotora, podrá decirse que queda esta exenta de responsabilidad por el retraso">>*

⁴⁹⁷ Y en este sentido encontramos la SAP Cáceres de 8 de febrero de 1999, que no consideró válida la cláusula que establecía un plazo de duración en atención al momento de obtención de la licencia de construcción, cuando esta se obtiene fuera del plazo que pudiera considerarse razonable. Y en idéntico sentido se ha manifestado nuestra doctrina (DÍEZ PICAZO, J.L. *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, vol. II, Madrid, 1996, pág. 711.

⁴⁹⁸ SAP Málaga 154/2010, de 22 de marzo (Roj: SAP MA 2665/201), y SAP Madrid 109/2010, de 17 de febrero (Roj: SAP M 2656/201).

Por el contrario, en este tipo de contratos, el promotor pretende: o no dejar clara la fecha de entrega, por indeterminación del plazo, o bien fijarla de un modo muy oscuro, al existir habitualmente muchas y variadas condiciones o cláusulas de exclusión; o bien no le conceden mayores consecuencias, estableciendo, a lo sumo, cláusulas penales mucho más livianas que las previstas de contrario.

En todo caso, resulta evidente que se trata de cláusulas abusivas, al tratar de dejar en manos del empresario el cumplimiento del contrato o la determinación de la fecha del cumplimiento⁴⁹⁹, o bien romper el equilibrio entre las prestaciones de las partes⁵⁰⁰.

Por último, al margen de la prohibición expresa del art. 85.8 TRLGDCU, a nuestro juicio, hay que rechazar de plano tanto los argumentos como las cláusulas que defienden que las fechas de entrega de las viviendas en construcción son meramente orientativas (sin tener que adentrarnos en el estudio de si la fecha de entrega fue un elemento esencial o decisivo para la firma del contrato, como expresan muchas sentencias⁵⁰¹), así como la validez de las cláusulas que, llegado el plazo de cumplimiento, si no existe requerimiento resolutorio por parte del consumidor, establecen una prórroga automática (generalmente indefinida o, para el mejor de los casos, excesivamente amplia). Por el contrario, sí es válida la cláusula que condiciona la entrega de la vivienda, por referencia a una fecha o a un intervalo de tiempo, en atención a circunstancias objetivas y realmente imprevisibles.

C) *La prórroga automática del contrato de tracto sucesivo*. El antecedente de este tipo de cláusulas abusivas lo encontramos en la Disposición Adicional 1ª LGDCU, que, en su apartado I.1ª ya declaraba abusivas las cláusulas que <<prevean una prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo>>. Y la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de los consumidores y usuarios, introdujo la expresa mención a

⁴⁹⁹ Vid art. 82.4 y 85.8 TRLGDCU.

⁵⁰⁰ Y a este respecto la SAP Alicante (Sección 9ª), 472/2011, de 23 de noviembre (Roj SAP A 299/2011), que analiza la consecuencia del retraso en la entrega de viviendas, tanto desde la perspectiva genérica del CC (haciendo referencia a la evolución jurisprudencial) como desde la perspectiva específica del TRLGDCU, aunque llega a una solución intermedia, afirmando que "la actual normativa palmaria y paulatinamente dirigida a una mayor y mejor protección del consumidor, exige acabar con las viciosas prácticas de las promotoras de señalar una fecha de entrega y demorar la misma en el tiempo, generalmente por su propio y erróneo cálculo de terminación de la obra, por dedicar medios a otras promociones o por cualquier otro tipo de conveniencias alejadas de causas que realmente no les sean imputables ni previsibles. En estos casos, no parece razonable una demora superior a los seis meses a partir de la fecha pactada de entrega o de su prórroga, si esta última se pactó expresamente, cual aquí sucede".

⁵⁰¹ A este respecto, destaca la visión integradora de REVERTE NAVARRO, A. en la contestación al discurso de ALONSO SAURA M.P., *El tiempo en la entrega de la vivienda objeto de compraventa en proyecto o en construcción en situaciones de crisis económica*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2011, pág. 89, quien destaca la actitud del comprador, llegado el plazo de cumplimiento: <<El Código Civil no considera que haya un retraso cualificado, merecedor de consecuencias jurídicas, hasta que el acreedor se queja del retraso. Porque si llegado el día de cumplimiento el deudor no cumple y el acreedor no le reclama el cumplimiento (...) para el Código civil es normal que el deudor no se dé prisa. Pero la mora será automática si, por las circunstancias, o porque así se pactó expresamente, el deudor debía conocer los perjuicios que el retraso ocasionaría al acreedor>>.

los contratos de tracto sucesivo, mención que finalmente ha mantenido el TRLGDCU. En lo que al ámbito del presente trabajo se refiere, este tipo de cláusulas tienen una importancia residual, viniendo referidas la mayoría de resoluciones judiciales a contratos de mantenimiento de ascensores suscritos por la comunidad de propietarios. En estos casos, se trata de evitar tanto aquellos supuestos de prórrogas irrazonablemente extensas o cortas, como aquéllos en los que se pretenda exigir un plazo de preaviso desmesurado⁵⁰². A este respecto, conviene tener presente lo dispuesto por el actual art. 87.6 TRLGDCU. En el caso típico de análisis de este tipo de cláusulas, es generalmente aceptado un plazo de prórroga inferior a tres años y, respecto al preaviso, aunque se conecta con la duración de la prórroga, suelen rechazarse aquellos supuestos en que haya de denunciar el contrato con una antelación de 90 días o más. También resulta destacable la circunstancia de que en este tipo de contratos, de tracto sucesivo, las sucesivas reformas legislativas (generalmente más protectoras de los consumidores y usuarios) van a serle aplicables, tal y como ha reconocido nuestra jurisprudencia⁵⁰³.

D) *Otras*. Al margen de lo precedente, nos queda por referirnos al supuesto contemplado por el art. 85.3, referente a la facultad de interpretación o modificación unilateral de contrato por parte del empresario, dejando al margen las cuestiones relativas a los contratos financieros analizados por la norma, dado el reducido ámbito del presente. Y el punto de partida de su análisis vuelve a ser la Directiva 93/13, que contempla tres supuestos en que es lícita esta posibilidad.

Y a la luz del art. 85.3 sólo se admite la modificación unilateral de contrato por parte del empresario, tanto en lo referente al precio como a las características de

⁵⁰² Y citamos la SAP Alicante que, amparándose en la *sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal de Justicia Europeo de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618/10*, que declara que "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva". Entiende esta sentencia que, a raíz de la resolución del TJE, el juez nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula, carece de facultades modificativas de esta misma, teniendo que optar por su exclusión (tenerla por no puesta). Excluida la cláusula de prórroga llega a la conclusión de que estos contratos no tienen fijado un plazo de duración, por lo que los considera de duración indefinida, sin cláusula penal para el supuesto de resolución anticipada. No obstante, mantiene la obligación del preaviso, con indemnización para el caso de no verificarse dentro del plazo de dos meses.

⁵⁰³ Dice la SAP Murcia 287/2012, de 31 de julio (Roj: SAP MU 1997/2012): << "Hay que tener en cuenta que el RD Legislativo 1/007 debe entenderse directamente aplicable a este supuesto, pues estamos en presencia de un contrato de tracto sucesivo, de tal manera que las modificaciones legales que puedan producirse durante su vigencia deben ser aplicables a los periodos posteriores a la entrada en vigor de la norma, y más si se tiene en cuenta que estamos en presencia de una normativa de protección al consumidor en la que, como señala el artículo 59.2 TR, debe respetarse siempre el nivel mínimo de protección señalado en el citado RD Legislativo 1/2007, lo que implica la necesidad de adaptar el contrato de tracto sucesivo a la nuevas exigencias de protección del consumidor derivadas de dicha norma, lo que lógicamente autoriza la aplicación de la nueva norma, sin que ello suponga en modo alguno la vulneración del principio de irretroactividad de las normas, pues no se modifica el contenido contractual sino que se adapta al momento en el que se aplica dicho contrato, una vez que la norma ha entrado en vigor>>. En el mismo sentido, la SAP Alicante de 9 de julio 2012 (Roj: SAP A 2114/2012).

la prestación, siempre que los motivos sean válidos (es decir, que obedezcan a razones objetivas y estén justificados⁵⁰⁴) y se encuentren especificados en el propio contrato⁵⁰⁵.

Por el contrario, será abusiva la cláusula que atribuye al promotor la potestad de verificar, en caso de discrepancia, si el cumplimiento ha sido correcto o adecuado.

Respecto a las cláusulas insertas en los contratos privados de compraventa de vivienda en construcción que, amparándose en criterios de insinuado carácter técnico (razones técnicas o jurídicas), facultan al promotor para realizar cambios durante la ejecución de la vivienda⁵⁰⁶, tenemos que decir que, como los contratos de compraventa de vivienda se suelen otorgar antes del comienzo de las obras o, a lo sumo, durante el procedimiento edificatorio, el comprador (merced a la información que imperativamente le ha de suministrar el vendedor) realiza su elección en base a los planos incorporados y a la memoria de calidades acompañada⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., <<Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda>>, en *publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2005, entiende que puede entenderse por motivo válido sea un hecho ajeno al ámbito de control de la actividad del promotor, que se trate de un hecho imprevisible (no previsible diligentemente con anterioridad al contrato –por lo que habrá que atender al momento del proceso constructivo en que se firmó el contrato, reduciéndose esta posibilidad conforme avanza el estado constructivo-) y cuyo cumplimiento exacto suponga una especial gravosidad (un esfuerzo económico desproporcionado) para el promotor.

⁵⁰⁵ Destacamos la STS de 23 de marzo de 1999 (Roj: STS 2000/1999), que analizaba la cláusula, incluida en un contrato de compraventa de vivienda en construcción, referente a la posibilidad de modificar unilateralmente el proyecto, que declara abusiva, destacando la circunstancia de ser cláusulas de adhesión que el comprador acepta por la situación de desigualdad contractual. También destaca la STS de 4 de diciembre de 1998 (Roj: STS 7276/1998), que analiza un caso similar y, de nuevo, declara abusiva la cláusula que atribuye a la promotora facultades muy amplias y plenamente abiertas para modificar la construcción, lo que conculca lo dispuesto por el art. 1256 CC, en la medida que no vienen referidas a alteraciones debidamente concretadas, bien precisas y especificadas, que eliminasen cualquier posible situación de merma funcional. Por el contrario, aunque no analiza la normativa de consumo y se centra en el análisis del título y modo y las normas de la LPH, la STS 805/2010, de 2 de diciembre (Roj: STS 6944/2010) analiza un supuesto de modificación del proyecto y, por tanto de la obra nueva, con posterioridad a la firma de los contratos privados, pero anterior al otorgamiento de las oportunas escrituras, aceptando dicha posibilidad, entre otros motivos, porque en los contratos privados se había concedido la autorización al promotor para redactar o modificar la declaración de obra nueva. Por su parte GONZALEZ PACANOWSKA I: <<cláusulas abusivas en el contrato de obra>> en las Actas del Congreso "Contrato de obra y Protección de los Consumidores", AAVV, Fase 20 SL, Granada, 2013, pág 309; llega a la conclusión de que la cláusula por la que se reserva la facultad de modificar unilateralmente el contrato tendrá que basarse en motivos válidos (objetivos y justos) y afirma que <<Reconocer al consumidor una facultad de apartarse del contrato, en caso de modificación unilateral, no es razón suficiente para enjuiciar con mayor flexibilidad la *validez* de tales motivos. Es más, el trato leal y equitativo y la consideración a los intereses legítimos del consumidor habrían de traducirse en establecer expresamente la facultad de resolver el contrato en supuestos en los que, a pesar de concluir motivos *válidos y especificados* en el contrato, la prestación alterada o modificada *frustre su interés* o determine una alteración del equilibrio económico, en detrimento del consumidor>>.

⁵⁰⁶ Algunos van allá y tratan de introducir esta posibilidad con el pretexto de las denominadas "razones comerciales". No nos detendremos en estas cláusulas, dada la evidencia de que son abusivas, a tenor de lo dispuesto por el Art. 85.3 TRLGDCU.

⁵⁰⁷ La STS 693/2012, de 28 de noviembre (Roj: STS 8026/2012), que analiza la cláusula "Asimismo queda facultada la vendedora para llevar a cabo las modificaciones del proyecto que sean necesarias a juicio del Arquitecto-Director, con tal de que no se altere substancialmente el local independiente objeto de este contrato. Si se produjera el cambio sustancial, lo que también certificará el meritado Arquitecto Director, el comprador podrá resolver el contrato recuperando el precio pagado

Los cambios pueden venir referidos o bien a la propia vivienda, o bien a los elementos comunes.

Y visto esto, conviene recordar que la función que desempeñan tanto el plano como la memoria de calidades no es meramente descriptiva, sino objetivamente normativa para el promotor, dado que le obliga a construir las viviendas en plena coincidencia con lo acordado⁵⁰⁸. De este modo, y en principio, cualquier desviación no consentida y que no corresponda a soluciones técnicas debidamente justificadas provocan una disparidad entre lo inicialmente acordado y el resultado final.

El problema es que, de la literalidad del art. 85.3 TRLGDCU, tenemos que admitir las modificaciones unilaterales al contrato cuando concurren <<motivos válidos>> (cláusula ambigua, indeterminada y extensa en exceso) especificados en el contrato.

Entendemos que, en principio, dichas cláusulas son abusivas, por cuanto implican dejar el cumplimiento de la obligación en manos del empresario. La alternativa es requerir el consentimiento de los compradores respecto a dichos cambios. Sólo con carácter excepcional, en aquellos supuestos en que los cambios fuesen imprevisibles a la firma del contrato, respondan a una verdadera exigencia técnica y no causen perjuicio alguno al consumidor, no tendrán este carácter de abusivas y, por lo tanto, podrán ser admisibles.

Igualmente, dentro de este grupo del art. 85.3, podemos citar a las cláusulas que facultan al promotor a realizar cambios en la vivienda durante la construcción, sin el consentimiento del comprador (generalmente añadiendo que el plano acompañado es meramente orientativo y sin vinculación contractual)⁵⁰⁹.

con el interés legal, pero sin otro incremento o indemnización." Viene a analizar dos cuestiones: la referente a la posibilidad de realizar cambios durante la ejecución de la obra, que admite por estar expresamente pactado en el contrato; y la determinación de que, en caso de conflicto, resuelva el arquitecto, que rechaza, por erigirlo en juez y parte. Igualmente, de esta resolución destaca la ponderación de las posibilidades de disfrute de la vivienda, al margen de la mera habitabilidad, al establecer que <<debiendo por tanto decidirse si la modificación del proyecto alteró o no sustancialmente la vivienda objeto del contrato, que es la verdadera y única cuestión litigiosa, el juicio de esta Sala coincide plenamente con el del tribunal sentenciador, porque lo determinante no es si dicha vivienda dejó de ser habitable o hábil como tal vivienda por razón de la modificación, como parece querer sostener la parte recurrente y en cierto modo consideró la sentencia de primera instancia, sino si, tratándose de una vivienda en zona costera e integrada en una urbanización de cuatro bloques, las modificaciones disminuían sustancialmente las posibilidades de disfrute de la vivienda, con lógica repercusión negativa en su valor de mercado, en relación con lo proyectado. Y que esa disminución efectivamente se produjo es algo evidente a la vista de los hechos probados, pues el desplazamiento de los bloques trajo consigo no solo una pérdida de perspectiva sobre las zonas bajas ajardinadas, en definitiva un perjuicio a las vistas, sino también, y sobre todo, que el acceso de los vehículos quedara mucho más cerca de la vivienda, lo que de por sí entrañaba un perjuicio innegable al modificar negativamente las condiciones de tranquilidad y ausencia de ruidos que cabía esperar de la vivienda según el proyecto inicial; en definitiva, y como atinadamente considera el tribunal sentenciador, un perjuicio a la privacidad como elemento esencial de toda vivienda>>.

⁵⁰⁸ DIÉGUEZ OLIVA R., *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, Tecnos, 2006.

⁵⁰⁹ GONZÁLEZ CARRASCO C., <<La contratación inmobiliaria con consumidores>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2006; establece tres requisitos de validez de la cláusula que autoriza al promotor para cambiar las condiciones y calidades pactadas de la vivienda: que los motivos se encuentren

También podemos destacar las cláusulas de apoderamiento al promotor para la constitución de la Comunidad de Propietarios o, en su caso, redacción de sus estatutos.

Resulta que, con relativa frecuencia, la promoción y venta de las viviendas comienza apenas se ha levantado el acta de replanteo y se posee un proyecto básico. A estas alturas, en las que ya se configura la vivienda, es habitual que todavía no se haya obtenido la licencia de edificación e incluso, en muchos casos, que todavía no se tenga la titularidad del suelo (por no haberlo abonado en su integridad el promotor o por no haber concluido el iter urbanístico de transformación del suelo).

Y, en estas circunstancias, resulta también frecuente que el promotor trate de reservarse la facultad de constituir la futura comunidad de propietarios y redacción de los estatutos.

El método empleado es sencillo: generalmente se incluye una cláusula en los contratos privados de compraventa que faculta al vendedor (promotor) para poder redactar los Estatutos.

La intención es doble: por una parte trata de retrasar el comienzo del pago de las cuotas comunitarias, para el caso de tener terminada la edificación, pero con pocas viviendas vendidas, puesto que tendría que hacer frente a las cuotas de la comunidad⁵¹⁰. Por otro lado, también es frecuente que el promotor trate de asegurarse todo tipo de libertades para ciertos inmuebles, generalmente los locales comerciales (puesto que así el campo de potenciales compradores es más extenso al no existir limitaciones al destino o realización de operaciones de división, unión, agregación o segregación; incluso para la realización de obras que alteren los elementos comunes), o también la facultad de establecer exenciones en el pago de los gastos u otro tipo de prebendas, como la colocación de letreros o carteles publicitarios.

Y el problema es que, una vez constituida la comunidad y aprobados los estatutos, las posibilidades de modificación, merced a las limitaciones impuestas por

especificados en el contrato (sin ser válidas las alusiones genéricas a "caso fortuito", "circunstancias imprevisibles" o "razones técnicas o jurídicas"); los motivos deben ser válidos, en el sentido de que debe tratarse de un hecho ajeno al ámbito de control de la actividad del promotor (y no lo es la denegación de una licencia, por ser un acto reglado), debe ser realmente imprevisible y resultar especialmente gravoso para el cumplimiento exacto del promotor. Por último, debe preverse el ajuste económico del contrato, bien por reducción del precio o bien (cuando el defecto sea de calidad) mediante la posibilidad de rescisión contractual.

⁵¹⁰ No obstante, la STS 997/2005, de 14 de diciembre (RJ 2005/10167), en un supuesto en que el promotor aprobó unos estatutos en los que se establecía que sus fincas privativas cuando se encuentren desocupadas y previo el cumplimiento de unos requisitos formales para con la Comunidad, contribuirán al sostenimiento de los gastos comunes en un 25% del que correspondería a su cuota en la Comunidad estableció que dicha previsión no atentaba contra los derechos de los consumidores y usuarios, pues <<esa rebaja no es en todo caso, pues en ausencia de los requisitos exigidos para ello la contribución será al 100%. Por ello no se puede hablar, en este caso concreto, de abuso o de cláusula abusiva>>.

la Ley de Propiedad Horizontal (que requiere la unanimidad art. 17 LPH), son muy escasas⁵¹¹.

Si el promotor inmobiliario constituye él mismo la comunidad de propietarios y redacta los estatutos, se asegura su aprobación, pues no es posible la existencia de voces discrepantes y, cuando los compradores reciben las viviendas, al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, ya se encuentran vinculados por las normas de la comunidad, previamente aprobadas a la medida de su redactor. Es decir, se encuentran vinculados por las obligaciones derivadas de un negocio jurídico unilateralmente redactado y, por lo tanto, no negociado individualmente.

A nuestro entender, esta cláusula no será abusiva si el promotor se limita a reproducir las disposiciones genéricas de la Ley de Propiedad Horizontal, dejando para un momento posterior las particularidades, cuando ya tengan intervención los compradores de las viviendas. Fuera de este supuesto, habrá que estudiar el caso concreto, pues parece evidente por los ejemplos anteriormente citados que vulneran las exigencias de la buena fe, pero no está tan claro que provoquen un desequilibrio importante entre las partes (art. 82 TRLGDCU). Por último, convendrá tener presente lo dispuesto por el art. 89.1 TRLGDCU, que califica de abusivas las declaraciones de adhesión a cláusulas de las que el consumidor no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes del contrato⁵¹².

2) Las que limiten los derechos del consumidor o usuario. Vienen referidas por el art. 86 TRLGDCU y su antecedente inmediato lo encontramos en la D.A. 1ª II LGDCU⁵¹³.

⁵¹¹ Y, por curioso que parezca, este es el argumento de validez de la cláusula analizada en la nota anterior, pues afirma el Tribunal Supremo en la citada sentencia que «en efecto, es forma habitual que el Promotor o Constructor redacte y otorgue la escritura de propiedad horizontal, asignando el coeficiente de cada piso, plaza de garaje o local, y desde luego el artículo 9-5 de la Ley de Propiedad Horizontal le permite el establecimiento de contribuciones designadas, en determinadas circunstancias, para cuotas iguales, y así se especifica en la sentencia de esta Sala, de 2 de febrero de 1991 (RJ 1991, 700)–que recoge el sentido de otras muchas, cuando en ella se dice «El sistema de distribución de los gastos generales que, en principio, ha de tener por base la cuota de participación fijada en el título de constitución en régimen de propiedad horizontal, puede ser modificado por medio de los Estatutos, en los que cabe establecer un régimen de participación distinto o incluso consignar ciertas exclusiones en favor de determinados elementos privativos (pisos o locales) del edificio, así se desprende del número 5º del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuando dice que cada propietario contribuirá a los gastos generales con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, y así lo tiene declarado esta Sala al interpretar dicho precepto – sentencias de 16 de febrero de 1971 (RJ 1971, 910), 5 de diciembre de 1974 (RJ 1974, 4585), 27 de abril de 1976 (RJ 1976, 1928), 5 de diciembre de 1974 (RJ 1974, 4585), 27 de abril de 1976 (RJ 1976, 1928), 7 de octubre de 1978 (RJ 1978, 3212), 28 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6300), 2 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1745–. A dicho sistema estatutario de distribución de gastos habrá de atenerse la Comunidad en tanto no sea modificado por la misma con observancia de los requisitos legales establecidos en la norma primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, que exige el acuerdo unánime de todos los propietarios que integran la Comunidad para poder modificar las reglas contenidas en los estatutos».

⁵¹² Y a este respecto, citamos las SSAP Toledo 20.6.1993, A.C. 1993.4 y 21.2.1994, AC 351.

⁵¹³ Que incluía el apartado II, núm. 14, referente a la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario (Actual 86.7 TRLGDCU).

Si los derechos reconocidos por la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios generalmente son indisponibles y, por tanto, de obligado cumplimiento, su limitación es evidente que resulta abusiva⁵¹⁴.

En este precepto (Art. 86 TRLGDCU), el legislador utiliza una fórmula un poco vaga e imprecisa, pues comienza declarando abusivas todas aquellas cláusulas que limiten o priven al consumidor o usuario de los derechos reconocidos *por normas dispositivas o imperativas*. Después cita unos supuestos concretos (iuris et de iure) y, finalmente, termina esta enumeración de supuestos concretos con una cláusula igual de abierta que la inicial, al considerar abusiva *la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario*.

De esta enumeración destacamos:

- Las estipulaciones que prevean *la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario*.

Dentro de este apartado destacan las cláusulas que consienten el otorgamiento de la escritura de compraventa con carácter previo a la obtención de la licencia de primera ocupación⁵¹⁵.

Pues en los años de crecimiento económico y auge del mercado inmobiliario era habitual que las viviendas comenzasen a construirse sin tener toda la documentación urbanística (a menudo tan sólo se contaba con su solicitud y abono de las tasas correspondientes), y también era muy habitual que los compradores quisieran hacer uso de las mismas con carácter previo a la obtención de la cédula de habitabilidad o permiso de primera ocupación.

Y en este sentido, con el ansia de los promotores por recibir el precio de la vivienda cuanto antes, también eran habituales este tipo de cláusulas, en virtud de las cuales, el comprador se comprometía a realizar el pago final en cuanto constase la terminación de la vivienda (bien por certificación técnica o bien mediante el otorgamiento de un acta notarial de terminación de obra, mucho más compleja y que, entre otras, implica la obligación de aportar el seguro decenal con su suplemento).

Y el problema generado por este tipo de cláusulas es doble:

⁵¹⁴ Este precepto hay que ponerlo en relación con el art.10 TRLGDCU, que establece la nulidad de la renuncia previa a los derechos que la citada Ley reconoce a los consumidores y usuarios. Igualmente debemos acudir, por expresa remisión del citado precepto, al art. 6 CC.

⁵¹⁵ ATAZ LOPEZ J., <<Artículo 1445>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.195; analiza la compraventa de viviendas de protección oficial a un precio superior al tasado y, analizando la jurisprudencia (que oscila entre la nulidad de todo el contrato o sólo del pacto de sobreprecio y las que declaran la validez del citado pacto, que prevalece) llega a la conclusión de que, *si este problema se analiza desde la perspectiva de la protección de los consumidores, no habría muchos argumentos que abogaran a favor de tal solución* (la negación de nulidad parcial de la cláusula que establezca el sobreprecio, por ser decisiva para el acuerdo de voluntades), *pues, al menos en los contratos entre consumidores y empresarios, dicha cláusula encajaría perfectamente en el artículo 86 del TRLGDCU*.

- Por un lado, se privaba al comprador de la posibilidad de poder contratar individualizadamente los servicios de la vivienda, al no contar con el permiso de primera ocupación. Esta situación se ha visto últimamente agravada, al declararse la insolvencia de muchas promotoras, que ya no pueden soportar los gastos del consumo bajo el régimen de obra.
- Por otro, se le privaba de la posibilidad de poder ejecutar reformas pues, de lo contrario, pudieran existir discrepancias entre la obra ejecutada al ser inspeccionada por los servicios municipales y la declarada por la dirección técnica. Igualmente, trasladaba al consumidor las consecuencias de una eventual denegación de la citada licencia o las limitaciones a la transmisión del inmueble hasta entonces.

Entendemos que esta es una cláusula abusiva, puesto que implica una renuncia a un derecho indisponible por parte del comprador de vivienda, cual es la recepción de la vivienda con toda su documentación y en condiciones de habitabilidad. Otra cosa muy distinta es que, si existe un acuerdo entre las partes (pues no es exigible el pago del precio por parte del promotor), el comprador pueda tomar posesión con carácter previo a la obtención de la misma.

No obstante, tenemos que aceptar, como mínimo, la discusión de nuestra precedente afirmación, puesto que, a la luz de lo dispuesto por el art 89.3 d) TRLGDCU, pudiera pensarse lo contrario⁵¹⁶. En este sentido, y a tenor de lo dispuesto por el citado precepto, parece entenderse que el legislador acepta la situación de que la vivienda no tuviera que ser entregada en condiciones de habitabilidad. Otra interpretación parece que vaciaría de contenido el final del precepto citado.

Y a este respecto, destacamos la Resolución de la DGRN 2/2009, de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2009/1468) que comienza negando la obligatoriedad de obtener el Libro del Edificio, cuando se trata de autopromociones, sin adentrarse en el problema que podría surgir posteriormente, cuando se transmita la vivienda a un tercero (y llegando a afirmar que <<el significado del control registral de la disponibilidad del libro del edificio es un tanto impreciso: redunda sobre el mismo control que –cuando procede– ejerce el notario, pero no publica aquella disponibilidad>>) y posteriormente se centra en la innecesariedad de la acreditación de la previa obtención de la cédula de habitabilidad, que predica para todo tipo de viviendas (sin restringir su criterio a las denominadas “autopromociones”)⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Según el cual: <<La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando esta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad>>.

⁵¹⁷ Dispone la citada Resolución que <<en este sentido, el propio contexto de la LS proporciona un punto de partida, porque su artículo 8.1.b, al describir el contenido del derecho de propiedad del suelo, incluye, entre otras, la facultad de «edificar (...) cuando (...) se cumplan los..., requisitos y condiciones establecidos para edificar». De aquí se sigue que si el propietario del suelo puede edificar si cumple los requisitos y condiciones establecidos para edificar, podrá también hacer valer su derecho sobre la edificación sin más que acreditar el cumplimiento de aquellos mismos requisitos, y, en consecuencia, declarar la obra nueva con independencia de la licencia de primera ocupación. Para llegar a semejante obviedad ha sido preciso, no obstante, dar un largo rodeo impuesto por la deficiente redacción del párrafo segundo del artículo 19.1 LS. Esta misma deficiencia cerraba –hasta este momento– el paso a otro elemento interpretativo de rango reglamentario: el artículo 46.1 del vigente

Con respecto a la jurisprudencia, resumidas y aclaradas las posiciones, encontramos resoluciones de todo tipo:

- Por un lado, las que entienden que la obligación de entregar la cédula de habitabilidad no es esencial, limitándola al mero incumplimiento administrativo.
En este sentido encontramos numerosas sentencias que entienden que la citada cédula no tiene más finalidad que la de contrastar que se ha respetado en la realidad la licencia municipal de obras, de tal modo que supone comprobar (por parte de la Administración) si se han cumplido o no las condiciones establecidas en esta licencia de construcción y si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se le destina⁵¹⁸.
- Por otro, las que entienden que sí es una obligación esencial y, por tanto, deniegan la resolución contractual instada por el promotor, que todavía no había obtenido la cédula de habitabilidad, frente al comprador que se negaba al pago⁵¹⁹.

Reglamento Hipotecario Urbanístico (RHU), que exige, para la inscripción de obras nuevas, que se acredite la obtención de «la licencia que corresponda», en cuya expresión se ha venido entendiendo comprendida la licencia de construcción, no sólo porque es la prueba habitual en el tráfico para acreditar el derecho a construir –previo a la licencia, que es meramente declarativa–, sino porque, además, sólo esta licencia es la que permite al técnico (apartados. 2 y 3 del mismo art.) hilvanar en su certificación la edificación sobre la que certifica con la licencia que la ampara, que no puede ser un futuro como sucedería si se pretendiera que la licencia que corresponde es la licencia de primera ocupación.

Naturalmente, este rechazo a la exigibilidad de la licencia de primera ocupación es compatible, como admitió la Resolución de esta Dirección General de 10 de abril de 1995 (RJ 1995, 3241), con la admisibilidad de la misma en lugar de la licencia de construcción, porque la obtención de aquella supone la previa obtención de esta>>.

⁵¹⁸ Partiendo de la STS 3 de noviembre de 1999 (RJ 8859), destaca la sentencia dictada por la AP Barcelona de 22 de junio de 2005 (JUR 2005/180690), así como la SAP Tenerife de 26 de noviembre de 2007 (RJ 2008/93085), que reconoce la disparidad del criterio jurisprudencial y dispone: <<La trascendencia de la falta de la cédula de habitabilidad no es pacífica en la Jurisprudencia. Un sector jurisprudencial (SSTS de 21-7-1993, 22-12-1993 y 11-12-1995), si bien en relación con contratos de ejecución de obra más que con compraventas, considera que hasta que no se obtienen la licencia de primera ocupación y la cédula de habitabilidad "no puede considerarse cumplido por completo el contrato y la obligación de entrega". Sin embargo, es mayoritaria la Jurisprudencia que en el ámbito de la compraventa entiende que la falta de la cédula de habitabilidad no puede ser determinante de la resolución del contrato, cuando en este no se obliga al vendedor a cumplir tal trámite puramente administrativo, que no evidencia per se defecto en el cumplimiento de las obligaciones esenciales y que debe gestionarse, precisamente, por el titular del dominio, bastando que el vendedor ponga a disposición del comprador la vivienda objeto del contrato en condiciones de habitabilidad inmediata. Y únicamente en los casos en los que la cédula de habitabilidad resulta indisponible durante un lapso de tiempo prolongado, se reconoce tal carencia como incumplimiento contractual, en tanto en cuanto la cédula no es otra cosa que la expresión documentada del reconocimiento por la Administración de la reunión en el piso o vivienda de todas las condiciones necesarias para ser habitado, habilitando para la contratación de los suministros precisos al efecto>>.

⁵¹⁹ En este sentido, citamos la SAP Almería, de 26 de julio de 2004 (BDB 2004/11456), que dispone: <<En consecuencia, la vivienda fue vendida sin estar debidamente legalizada, incurriendo el vendedor recurrente en grave incumplimiento, como señala la sentencia combatida, pues no basta con la entrega material que tuvo lugar mediante la puesta a disposición de los compradores de las llaves del piso, sino que es preciso, al tratarse de vivienda, que la misma esté provista de las autorizaciones administrativas que la legislación exige y deben aportar los vendedores, máxime cuando se trata de

Finalmente, encontramos otras que se sitúan en un punto intermedio y dejan la resolución a expensas de lo dispuesto en el contrato de compraventa (con los peligros que ello conlleva para el comprador, por la tendencia a la redacción unilateral e interesada de los contratos por parte de los promotores inmobiliarios)⁵²⁰.

- Las cláusulas que prevean *la exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél*.

El art. 17 LOE establece las obligaciones (y derechos) del promotor y cualquier cláusula que pretenda excluir o limitar sus responsabilidades no sólo será abusiva, sino también nula ex art. 6.3 CC, puesto que el régimen establecido por la LOE es imperativo⁵²¹.

No obstante esta imperfecta fórmula legislativa, podemos establecer dos tipos de cláusulas⁵²²: aquellas que afectan a los presupuestos de la prestación, que pretenden su exoneración, y aquellas otras que modulan las consecuencias o limitan su alcance.

Respecto a las primeras, conviene tener presente (para alejar ciertos enfrentamientos doctrinales referentes al alcance, si queda limitado a los casos de dolo o se extiende también a los de culpa) que el precepto no establece distinción alguna, al referirse a cualquier daño por el incumplimiento del contrato.

Por lo que respecta a las segundas, destacamos las clásicas fórmulas de cierre, que suelen incluirse en las escrituras de compraventa (cuya minuta redactan los

nuevas construcciones, para evitar la inseguridad de sus adquirentes ante una posible actuación administrativa sancionadora.

Así pues, como señala la STS de 31-10-2002, se trata de entrega inadecuada, con infracción del art. 1461 del C.C., que genera incumplimiento previo a cargo del vendedor e impide el éxito de la acción resolutoria por este ejercitada, al subsistir el incumplimiento referido tanto al tiempo de la venta como al del requerimiento notarial de resolución de contrato, ya que no se facilitó la posesión legal y pacífica de la vivienda enajenada, siendo doctrina jurisprudencial reiterada que quien insta la acción resolutoria es preciso que no haya incurrido en incumplimiento de las obligaciones contractuales que le correspondían y con mayor incidencia si se trata de esenciales, como ocurre en el presente caso (SS. TS 20-3-1993, 8-5-1994 y 9-5-1996)>>. Igualmente citamos la SAP Málaga de 31 de marzo de 2006 (RJ 2006/189454).

⁵²⁰ En este sentido, citamos la SAP Alicante de 16 de febrero de 2009 (RJ 2009/262553) que dispone: <<No compartimos sin embargo el criterio del Juzgador de instancia relativo a que no se puede obligar al comprador a recibir una vivienda sin cédula de habitabilidad, requisito al que atribuye condición de esencialidad y que entendemos que al menos en el presente caso no concurre, en virtud del contenido de la cláusula décima del contrato, puesto que en esta expresamente se pactó la posibilidad de habitar la vivienda haciendo uso del suministro de luz y agua contratados por la vendedora en tanto no se pudiese contratar directamente por el comprador tales suministros, lo que necesariamente va referido al periodo que pudiese existir entre la entrega, que en el presente caso se fijó en el momento de suscripción de la escritura pública de compraventa, y la obtención de la correspondiente cédula de habitabilidad, por lo que el retraso en su obtención no puede determinar la resolución del contrato al no haberse fijado su esencialidad>>.

⁵²¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ F., <<Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2005.

⁵²² Siguiendo el esquema trazado por GONZÁLEZ PACANOWSKA, I en la obra ya citada.

servicios jurídicos de las promotoras y a cuya los notarios no suelen -salvo honrosas excepciones- poner trabas) de aceptación de las características físicas y jurídicas (incluso “de cualquier otra índole”, se llega a decir), como si se hubieran analizado todas previamente, y libre, voluntaria y conscientemente se hubiera emitido tal declaración de voluntad. Afortunadamente, ya es doctrina jurisprudencial (aunque de “rango” menor) la que entiende, declara y destaca la abusividad de este tipo de cláusulas, predispuestas (e impuestas) por los promotores para tratar de evitar ulteriores reclamaciones o, cuando menos, tratar de asegurarse una buena posición jurídico-defensiva, si se nos permite la expresión.

- Las cláusulas que dispongan *la limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario*.

La abusividad encuentra su justificación ideológica en la *exceptio non adimpleti contractus*, que faculta al contratante, en los contratos sinalagmáticos, a no dar cumplimiento a su obligación si el otro contratante no ha cumplido previamente la suya, o no se allana al cumplimiento simultáneo.

Dentro de este grupo podríamos citar aquellas que prevean la obligación por parte del comprador de realizar los pagos comprometidos aun a pesar de que el promotor no realizase las obras comprometidas⁵²³.

- Las cláusulas que prevean *la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario*.

Y, a este respecto, podríamos citar las cláusulas en las que se manifiesta que el comprador renuncia al aval prestado por la promotora por las cantidades entregadas a cuenta o, incluso, el que prevé la concesión del aval, pero a cargo del comprador. Ambas hacen referencia al derecho irrenunciable a la obligación de garantizar (art. 1 RD57/68) la eventual devolución de las cantidades entregadas a cuenta con motivo de la compraventa de vivienda en construcción, con sus respectivos intereses.

3) Las que determinan la falta de reciprocidad en el contrato⁵²⁴. Las cláusulas que albergan una falta de reciprocidad (Art. 87 TRLGDCU) tienen su antecedente inmediato en la D.A. 1ª III LGDCU y son configuradas como “cláusulas grises”, en la medida en que han de ser examinadas por el juzgador, en atención a las concretas circunstancias del caso.

En este sentido, ya hemos visto como es una constante en la política legislativa de consumo el tratar de garantizar un equilibrio en las prestaciones, lo que provoca la reciprocidad (Art. 1.274 y 1.289 CC). Y este tipo de cláusulas suele venir

⁵²³ Lo que puede lograrse de igual manera si el comprador entrega una serie de pagarés al promotor a la firma del contrato, aunque vengan referidos o condicionados a la ejecución de determinados trabajos.

⁵²⁴ De conformidad con el esquema trazado por los art. 1274 y 1289 CC, que conceden una gran importancia a la reciprocidad de las prestaciones e intereses, elevándola a fundamento de los contratos onerosos. Este tipo de cláusulas son analizadas por el art. 87 TRLGDCU.

unido, por ejemplo, a las que prevén unas penalizaciones desproporcionadas, si no es equivalente para las dos partes.

Por ejemplo, recurrimos de nuevo a las cláusulas que establecen una determinada penalización para el caso de que desista el comprador (por ejemplo un 30% del dinero entregado a cuenta) pero, si quien desiste es el vendedor, entonces sólo se establece como penalización la devolución del dinero entregado más el interés legal del dinero (lo que nos sitúa en las cláusulas anteriormente citadas, pues, al margen de la evidente desproporción entre las dos penalizaciones, resulta que la del empresario es la prevista por la LOE⁵²⁵).

Y sobre estas, aunque en principio parece claro el carácter abusivo de la cláusula⁵²⁶, tenemos que llamar la atención sobre la existencia de un determinado cuerpo de sentencias de parte de nuestra jurisprudencia menor, de las que destaca la SAP Murcia 12/2002, de 17 de enero⁵²⁷, que, recogiendo el criterio de otras anteriores⁵²⁸, todas dictadas al hilo del contrato redactado e impuesto por una promotora fuertemente implantada en esa Región (Polaris World), declara que no es abusiva la cláusula que faculta al promotor a apropiarse del 100 % de las cantidades entregadas por los compradores de vivienda, cuando el contrato se resuelve por causa imputable a estos, con el pretexto de suponer un mero establecimiento por adelantado del importe de los daños y perjuicios que el comprador ha de abonar en caso de incumplimiento y que, de esta manera, ya quedan limitados, entendido que no existe desequilibrio por cuanto (pese a no existir referencia recíproca) se le faculta al comprador para, vía art. 1.101 y 1124 CC, exigir los daños efectivamente padecidos⁵²⁹. Incluso otra sentencia de esta misma AP (de 24 de mayo de 2010) entiende que el comprador está en una posición incluso mejor, por cuanto puede optar entre exigir el cumplimiento o la resolución.

En Derecho francés, tenemos que destacar la definición que ofrece el art. artículo L132-1 del Code de la consommation que, analizando los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales o consumidores, califica como abusivas a <<las cláusulas que tienen por objeto o por efecto crear, en detrimento

⁵²⁵ Al margen, queda la cuestión de que los intereses previstos (el legal del dinero) no tienen naturaleza indemnizatoria, sino remuneratoria, para que no sufra una pérdida de poder adquisitivo, merced al incremento en el coste de la vida.

⁵²⁶ La SAP Salamanca 352/2010, de 20 de septiembre (Roj SAP SA 445/2010), que declara abusiva y, por consiguiente, nula la cláusula que establece literalmente que "la sociedad Promotora podrá resolver la presente reserva en cualquier momento si no obtuviera las licencias y autorizaciones administrativas que resulten preceptivas para la ejecución del proyecto de construcción, no pudiera desarrollar el referido proyecto de construcción o por cualquier otra causa, en cuyo caso devolverá al/los futuro/s comprador/es las cantidades entregadas más los intereses devengados al tipo del interés legal vigente. Si el/los futuro/s comprador/es desistieran unilateralmente, por cualquier causa, del compromiso asumido o que se derive del presente documento perderán la totalidad de las cantidades entregadas en concepto de reserva, sin perjuicio de los daños y perjuicios que dicha resolución pudiera causar a la Sociedad Promotora".

⁵²⁷ (Roj: SAP MU 95/2012).

⁵²⁸ SAP Murcia 164/2012, de 8 de marzo (Roj: SAP MU 678/2012), 12/2012, de 17 de enero (Roj: SAP MU 95/2012) y 341/2011, de 9 de diciembre (Roj: SAP MU 2759/2011).

⁵²⁹ Sin conceder importancia alguna al sometimiento al consumidor a un ulterior procedimiento judicial, con el coste temporal y económico que ello implica, así como las posibilidades de que el promotor, mientras tanto, sea declarado en concurso de acreedores, lo que haría esfumarse sus posibilidades de obtener una indemnización efectiva que, en principio, nunca se aventura tan alta como la prevista para el caso contrario: el mismo importe que lo entregado.

del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato>>. Luego, es evidente la importancia que se le concede a la reciprocidad y equilibrio en las prestaciones del contrato⁵³⁰.

También destacan los problemas derivados con entrega de cantidades a cuenta, bien en concepto de cláusula penal o bien en concepto de arras.

La *cláusula penal* ha sido definida por nuestra doctrina como <<la prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento de la obligación principal>>⁵³¹. Y, por su parte, nuestra jurisprudencia la ha definido como una obligación accesoria que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación, en favor del contratante cumplidor⁵³².

Las arras pueden ser de tres tipos (confirmatorias, penitenciales y penales), aunque nos centraremos ahora en dos:

A) las arras penitenciales, que son las referidas por el art. 1454 CC y vienen a establecer una pena convencional⁵³³; en virtud de esta, ambas partes pueden desistir libremente del contrato, estableciendo un precio o coste del arrepentimiento⁵³⁴. En principio, no se plantea problema alguno si la penalización es equivalente (pérdida de lo entregado por el comprador o devolución del duplo por el empresario). En virtud de este precepto, es evidente que son abusivas aquellas cláusulas que prevén la

⁵³⁰ Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

⁵³¹ DÍEZ PICAZO L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 397-398.

⁵³² Destacan la STS de 12 de enero de 1999 (RJ 1999/36) y la más reciente SAP Madrid 240/12, de 27 de septiembre (Roj: SAP M 15521/2012), según la cual << conforme reiterada jurisprudencia, en los supuestos en que se pacta que en el caso de incumplimiento el incumplidor ha de cumplir la sanción y tal pacto se califica como de cláusula penal, como dicha cláusula sanciona el incumplimiento y valora anticipadamente los daños, no pudiendo acudir a otros elementos de valoración. Siendo una cláusula de carácter penal, por haberla convenido expresamente las partes, y viene a ser complementaria y coexistente con la pactada de daños y perjuicios y su efectividad opera sin que precise probanza alguna, por razón de lo que las partes contratantes quisieron y acordaron al respecto, teniendo como función la de ser un añadido al plus de onerosidad al convenio para la parte que no cumple y de esta manera actúa preceptivamente como estimulante para la adecuada y perfecta ejecución negocial>>.

⁵³³ Pese a que nuestro Tribunal Supremo las ha llegado a equiparar (STS 16 de enero de 1993 - RJ 1993, 1429- y 8 de julio 1993 -RJ 1993,222-), ZUMAQUERO GIL L., *Clausulas abusivas de la contratación inmobiliaria*, Madrid, Tecnos, 2006, pág. 269; establece diferencias entre ambas figuras, entendiendo que en la cláusula penal hay una promesa de prestación para el caso de incumplimiento, mientras que en las arras existe una entrega efectiva y anterior al mismo. Por ello en las arras se produce un reforzamiento de la obligación, puesto que se produce por algo que ya está en poder del acreedor, mientras que en la pena convencional se produce por algo que sólo le resulta prometido.

⁵³⁴ SERRANO CHAMORRO E., *Cambio de solar por edificación futura*, Navara, Aranzadi, 1999, pág. 329; destaca las semejanzas entre este tipo de arras y la cláusula penal, *ya que ambas aseguran una indemnización, una preventiva liquidación de los daños: en la cláusula penal los producidos por el incumplimiento y en las arras penitenciales los derivados de la resolución*. La diferencia entre ambas estriba en que, *en la cláusula penal, el deudor no tiene la facultad de desligarse de la obligación pagando la pena, y en las arras penitenciales se concede la facultad de desistir del contrato, mediante su pérdida o devolución doblada*.

pérdida de lo entregado por el comprador, en caso de desistimiento, y sólo la obligación de devolver esta cantidad para el promotor, incluso aquellas que sólo prevén la obligación del promotor de devolver el dinero recibido, más los intereses oportunos⁵³⁵.

B) Las arras penales son aquellas que, sin conceder la facultad de desistir libremente a los contratantes (quienes pueden escoger libremente entre exigir el cumplimiento o la resolución, con indemnización de los daños y perjuicios causados), sí que vienen a suponer una liquidación anticipada de los daños previsibles derivados del incumplimiento⁵³⁶. En este caso, no existe problema alguno respecto de la pérdida de las cantidades entregadas a cuenta por parte del comprador, siempre que se prevea idéntica indemnización para el caso opuesto, de manera que se requiere una indemnización basada en el principio de equivalencia⁵³⁷.

Por su parte, el art. 79 TRLGDCU no ha modificado el régimen legal ni jurisprudencial de las arras⁵³⁸.

⁵³⁵ En las resoluciones judiciales que han analizado esta cuestión también se suele aludir al concepto de pena desproporcionada o excesiva, aludida en el artículo 85.6 y, por esta vía, en ocasiones se modera por el juzgador. No obstante, por contra, , destaca la SAP Valencia 81, de 14 de febrero de 2011 (Roj: SAP V 567/2011), que considera que el pronunciamiento judicial que impone, tras resolver el contrato de compraventa por mutuo disenso, la devolución del 50% de las cantidades entregadas a cuenta es ajustado a derecho y a los principios de reciprocidad y equivalencia de prestaciones que como criterios de interpretación deben tenerse en cuenta.

⁵³⁶ SERRANO CHAMORRO E., Op. cit, pág. 329, establece la diferencia con la cláusula penal, entendiéndose que ésta contiene una promesa de prestación en caso de incumplimiento y en las arras ya hay una dación actual de una suma de dinero o cosa fungible.

⁵³⁷ A este respecto, destaca la SAP Valencia 212/2012, de 30 de marzo (Roj.: SAP V 2238/2012), que analiza uno de los contratos de compraventa habitualmente utilizado por Bancaja Hábitat y en el que se establece una penalización desmesurada. Dice la sentencia que <<en el caso que nos ocupa, dados los términos establecidos en las condiciones generales, Bancaja Hábitat podía perfectamente incumplir intencionada o interesadamente sus obligaciones contractuales devolviendo estrictamente, la cantidad recibida a cuenta del precio y, a lo sumo, los intereses legales del artículo 1108 del CC , siendo por tanto, la cláusula penal deducida hermeneúticamente de su articulado, pero no formulada de una manera concreta, auténticamente abusiva, cuando con ella, sus consecuencias suponen hacer propio la quinta parte del precio y quedando completamente dispensada, no ya de acreditar el importe del perjuicio, sino incluso la propia existencia del mismo, cuando este ni siquiera ha sido invocado en la litis>>.

⁵³⁸ El Tribunal Supremo tiene declarado que la finalidad reconocida por el artículo 1454 es la correspondiente a las arras penitenciales (SSTS de 24 de octubre de 2.002 (RJ 2002, 8974), 20 de mayo de 2.004 (RJ 2004, 3529) y 24 de marzo de 2.009 (RJ 2009, 1660). No obstante, la jurisprudencia ha declarado que como principio general han de entenderse las arras como un simple anticipo a cuenta del precio, que sirve para confirmar el contrato celebrado (STS de 21 de junio de 1994 (RJ 1994/4968). Por su parte, la SAP Asturias 210/2011, de 19 de mayo (Roj: SAP O 773/2011), al interpretar el artículo 1.454 CC, reitera que su contenido penitencial no tiene carácter imperativo y para que tenga aplicación es precisa la voluntad de las partes claramente constatada, expresando la intención de los contratantes de otorgar la posibilidad de desligarse de la convención (SSTS de 17 de octubre de 1.996 (RJ 1996, 7505), RC n.º 13/1993, 24 de marzo de 2.009, RC n.º 946/2005). El empleo de la palabra señal no expresa necesariamente la facultad de separarse del contrato y puede ser entendida como anticipo del precio (STS 24 de diciembre de 1.992, RC n.º 1266/1990), y es posible que las partes consideren que las mismas arras que sirven para confirmar el contrato, puedan considerarse como penales ante la previsión del incumplimiento (STS 16 de marzo de 2.009, RC n.º 506/2004), pues las arras siempre tienen el carácter de pago en caso de cumplimiento del contrato (STS 20 de febrero de 1.996 (RJ 1996, 1261), RC n.º 2597/1992).

Por su parte, GONZÁLEZ CARRASCO C., Op. Cit., pág. 12, que ni el pacto de arras supone conceder un puro derecho de desistimiento, ni cuando pueden ser interpretadas como penitenciales suponen la vulneración del citado artículo.

En cuanto a la habitual inclusión de este tipo de cláusulas en la contratación inmobiliaria y, en especial, en sede de compraventa de vivienda en construcción⁵³⁹, destacamos la STS 501/2008, de 3 de junio⁵⁴⁰, que analiza un contrato de arras firmado entre una inmobiliaria y un consumidor, que permitía el desistimiento de ambas partes: si desistía el consumidor, perdía el importe abonado por tal concepto; si desistía la inmobiliaria, entonces se comprometía a la devolución de lo recibido (con el agravante de que el contrato se prorrogó tres veces, en un momento alcista en los precios de la vivienda). Esta sentencia declaró la nulidad de dicho pacto, en su mayor parte, por atentar contra la reciprocidad en las prestaciones⁵⁴¹.

Por último, y ya que analizamos este precepto, sobre reciprocidad en el contrato, queremos destacar la regulación de aquellas cláusulas de redondeo al alza⁵⁴², dada la habitualidad con que aparecen en los préstamos hipotecarios con los que la mayoría de los consumidores y usuarios acceden a la financiación, como medio de acceso a la propiedad de sus viviendas.

Esta cuestión comenzó siendo objeto de varias resoluciones judiciales⁵⁴³ y, finalmente, fue resuelta por la Ley 44/2006, de 22 de noviembre, de reforma del

⁵³⁹ Las sentencias que analizan este tipo de cláusulas habitualmente ponderan tanto la falta de reciprocidad como el establecimiento de una pena excesiva (Art. 85.6 TRLGDCU).

⁵⁴⁰ RJ 2008/4170.

⁵⁴¹ Esta sentencia finalmente analiza otra cuestión, la relativa a las consecuencias de la declaración de abusividad, pues el Juzgado de Instancia condenó a la inmobiliaria a formalizar el documento de compraventa y la Audiencia Provincial a entregar el duplo de lo recibido; llegando a declarar que << esta Sala no acepta la solución de la A.P. Estima que la cláusula de desistimiento es abusiva y, por tanto, nula. No guardan correlación las obligaciones de las partes y producen un desequilibrio importante entre ellas, en perjuicio de la consumidora, la compradora demandante y recurrente en casación. Si a ello se añade la conducta probada de mala fe en la parte predisponente, inmobiliaria PROINDIR, SL, anterior a la notificación del desistimiento y la actuación posterior con todas las consecuencias que tuvo que soportar la compradora, se concluye con la declaración de nulidad de la cláusula de desistimiento, es decir, nulidad total de la cláusula transcrita en el sentido de quedar eliminada tanto la facultad de desistimiento de la sociedad vendedora, como la de la compradora, quedando así integrado el contrato de compraventa, que deberá ser formalizado adecuadamente>>.

⁵⁴² La SAP Alicante 368/12, de 13 de septiembre (Roj: AP A 2230/2012) las describe diciendo que <<se trata de una cláusula que establece un límite mínimo y máximo (conocidas como cláusula suelo y cláusula techo) a la variabilidad del tipo de interés formado por el Euribor a un año más el margen bonificado del 0,45%, aplicable durante los treinta y cinco años de vigencia del préstamo>>.

⁵⁴³ La STS de 4 de noviembre de 2010, entre otras muchas, ha declarado la nulidad por abusiva de la llamada cláusula de redondeo al alza del tipo de interés aplicable a un contrato de préstamo de la que formaba parte como condición general de la contratación. Y la SAP Alicante 368/12, de 13 de septiembre (Roj: AP A 2230/2012) <<En la medida en que la cláusula de redondeo también constituye un pacto accesorio que sirve para cuantificar el tipo de interés exigible, iguales consideraciones son extensibles para calificar como condición general de contratación a la cláusula suelo techo porque cumple una función de análoga naturaleza>>. Esta última resolución hace mención también a la SAP Cáceres 373/2012, de 18 de julio (Roj: AP CC 666/2012) que manifiesta que las <<referidas cláusulas resultan abusivas por quebrantar la debida reciprocidad en el contrato, pues si bien es cierto que se recogen límites tanto a las subidas como a las bajadas de interés, no lo es menos que, como hemos señalado, no existe proporción entre tales límites, pues la entidad financiera se asegura una adecuada protección frente a una sustancial bajada de los tipos de interés, estableciendo un límite inferior de hasta el 5 % nominal anual, que ha provocado su aplicación desde hace varios años, con manifiesto perjuicio económico para el consumidor, mientras que el límite superior del 12% no tiene margen para la aplicación práctica, al menos desde la última década.

sistema financiero⁵⁴⁴. Actualmente esta fórmula no está prohibida, pero sí limitada: se exige que sea recíproco (de manera que el redondeo puede ser al alza o a la baja; generalmente por proximidad al punto escogido como referente -que antes de la norma solía ser el cuarto de punto, equivalente al 0,25 % más próximo) y también, ahora, se establece el límite del octavo de punto (dejando atrás la vieja práctica bancaria).

Este tipo de cláusulas solían esconder unos gastos encubiertos o comisiones adicionales que permanecían en la sombra, distorsionaban claramente el tipo de interés pactado y, en definitiva, atentaban contra la falta de reciprocidad (pues anteriormente eran introducidas por los prestatarios y actuaban sólo al alza, nunca a la baja) y de transparencia, pues el consumidor creía contratar su préstamo hipotecario a un diferencial sobre un interés variable (generalmente el euríbor) pero, en virtud de este mecanismo, era muy habitual el incremento artificioso del tipo de interés.

4) Las que impongan garantías desproporcionadas al consumidor o usuario o impongan indebidamente la carga de la prueba. Tienen su antecedente en la D.A. 1ª IV LGDCU. Respecto a las primeras, que son posteriormente desarrolladas por el art. 88 del mismo TRLGDCU (aunque se destaque que, para evitar tener que analizar cada caso concreto, en este último precepto, se manifieste que <<en todo caso>> se considerarán abusivas las cláusulas que impongan garantías desproporcionadas⁵⁴⁵ al riesgo asumido), inicialmente se hablaba de “sobregarantías”, pero el término no tuvo acogida por el legislador, que acabó por desecharlo. Lo que trata de evitarse es que se estipulen garantías desproporcionadas al riesgo asumido y, sobre todo, que este fenómeno no sea recíproco.

A modo de ejemplo, podemos citar las cláusulas que prevean la necesidad de consignar el resto del precio pendiente de pago como requisito previo para la discusión de los eventuales problemas que pudieran surgir⁵⁴⁶.

Respecto a las segundas, que posteriormente analiza el mismo art. 88 TRLGDCU, también tratan de evitar pactos de virtualidad exoneratoria, que traten de burlar el contenido de las normas sobre responsabilidad por la vía del régimen de prueba.

Este tipo de cláusulas también se encuentran previstas por los art. 80.1.b y 82.2 del mismo texto legal) y aparecen como una reproducción inexacta de lo dispuesto por la Directiva 93/13, que también extendía la declaración de abusividad a la limitación de los medios de prueba por parte del consumidor.

⁵⁴⁴ Y que también afectó al sector de los aparcamientos (por el sistema de tarificación) y al de telefonía.

⁵⁴⁵ GONZALEZ PACANOWSKA, I., <<Artículo 88. Cláusulas abusivas sobre garantías>>, en Op. cit, pág. 1104, aclara que <<la noción de garantía se entiende en sentido amplio, como cualquier medida que sirva para preservar el interés contractual del acreedor; y el desequilibrio sólo podrá enjuiciarse atendiendo al riesgo que en el caso concreto asuma el acreedor, lo que subraya, por lo demás, el carácter <<relativo>> de la abusividad en este supuesto>>.

⁵⁴⁶ Los ejemplos clásicos de este tipo de cláusulas (referidos en la obra citada en la cita anterior) vienen referidos al ámbito financiero: cláusulas de cuenta única, suscripción vinculada de seguros y firma de pagarés en blanco para el afianzamiento de créditos.

No obstante, dada la falta de disponibilidad para la partes, en atención a lo dispuesto por la LEC a este respecto (vía art. 217 de la misma Ley), carece de efectos novedosos si lo comparamos con el régimen general, pues ambos conducen a idéntico resultado⁵⁴⁷.

Este tipo de cláusulas, que pretenden una limitación (más o menos directa y/o evidente), lo único que suelen provocar es una advertencia al Juzgador, de manera que se le predispone para la posterior aplicación de la normativa tuitiva de consumidores y usuarios (que no siempre es destacada en las sentencias, en la mayoría de casos por desconocimiento).

Por último, destacamos que con estas cláusulas, se pretende hacer reconocer al consumidor o usuario determinados hechos, dado que el empresario trata así de preconstituir una prueba para dificultar o imposibilitar una defensa del consumidor. Podemos citar a modo de ejemplo aquellas que afirman haber entregado una documentación al comprador, que realmente no ha recibido, sin que conste la firma en cada uno de ellos (como señal de recepción), sino tan sólo la genérica manifestación de su recepción. Igualmente podríamos citar las cláusulas en las que el comprador reconoce haber sido informado de las normas que rigen la comunidad donde la vivienda adquirida se encuentra. Por último, y aunque de manera transversal, podríamos situar también aquellas cláusulas que afirman que el comprador ha visitado la vivienda y la encuentra a su entera satisfacción, cuando esta todavía ni se ha comenzado a construir.

5) Las cláusulas previstas por el art. 89 TRLGDCU⁵⁴⁸, que analiza varias cuestiones y, por su heterogeneidad, merecen un análisis diferenciado:

A) Cláusulas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato (párrafo 1), vienen referidas, por un lado, a la declaración de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y pretenden situar al predisponente en una mejor posición defensiva ante una eventual reclamación⁵⁴⁹. Suelen ser cláusulas que (dado su ámbito de actuación) no vienen recogidas en el momento inicial o preparatorio de contratación, sino en el final, de perfeccionamiento o recepción. Y a este esquema vienen recogidas aquellas cláusulas de muchas escrituras de compraventa en que se

⁵⁴⁷ Aunque nuestra jurisprudencia ha analizado esta cuestión en numerosas ocasiones, matizando las obligaciones derivadas del art. 217 LEC. Así la SAP Palma de Mallorca 295/2012, de 18 de junio, afirma que <<por ello la regla de la carga de la prueba ha de interpretarse teniendo en cuenta la doctrina de la flexibilidad, en el sentido que no puede realizarse una interpretación rigurosa y rígida de dicha regla, como dice la STS de 20 de marzo de 1.987, y la doctrina de la facilidad, desplazando la carga de una a otra parte según la facilidad y disponibilidad que expresamente contempla el apartado sexto del artículo 217 LEC. Concretamente, la STS de 18 de mayo de 1.988 declara, en relación con la doctrina legal de la carga de la prueba, que ha de interpretarse: "según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte>>. También SAP Valencia 17/2012, de 18 de enero (Roj: SAP V 705/2012).

⁵⁴⁸ Encontramos su origen más inmediato en la DA 1ª LGDCU, que, en su apartado V establecía un grupo heterogéneo de "otras cláusulas".

⁵⁴⁹ El hecho ficticio que incorpora la cláusula abusiva puede hacer referencia a una falsa afirmación de actuación o bien a un insuficiente o inexacto.

afirma que el comprador ha visitado la vivienda con anterioridad, la encuentra adecuada y a su entera satisfacción, llegando este extremo incluso a afectar a los avatares jurídicos (habitualmente urbanísticos) del comprador quien, habitualmente, los ignora por completo. De igual manera, el notario público se suele limitar a leer esta estipulación, sin destacarla, ni asesorar al comprador del pretendido alcance de la misma.

Y a este respecto, conviene recordar la obligación impuesta con carácter especial para este tipo de contratos por el art. 65 TRLGDCU⁵⁵⁰, que impone la obligatoriedad de entregar toda la documentación prevista por la LOE. Por lo tanto, en aquellos supuestos en que se trate de cláusulas predispuestas por el empresario y pretendan aparentar un conocimiento y aceptación de documentación no acompañada (y firmada por las partes en señal de recepción), estaremos frente a cláusulas abusivas y, por tanto, nulas.

Por lo que respecta a la declaración de adhesión a cláusulas predispuestas que no son conocidas por el consumidor, trata de crear una ficción y así desplazar la carga de la prueba respecto al cumplimiento de una obligación de entrega documental, de manera que se presta la conformidad a algo que se desconoce, aunque se diga lo contrario; es una fórmula que reproduce lo anteriormente expuesto por la Directiva 93/13 y carece de efectos innovadores, dado que también se podría alcanzar idéntico resultado en atención a lo dispuesto por el art. 80 del mismo Texto Refundido. Tendría cabida dentro de este grupo la cláusula que afirma que el comprador de la vivienda ha recibido copia del libro del edificio (con las consecuencias que ello implica para su posterior uso y mantenimiento, que difícilmente será el adecuado si, en realidad, se desconoce y el destinatario es lego en la materia).

B) Cláusulas que transmiten al consumidor las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión. Esta prevención ya estaba recogida en la precedente redacción de la LGDCU⁵⁵¹ y supone una manifestación de lo dispuesto por la vigente ley en el Art. 86, de manera que no aporta novedad alguna. La norma impide tanto el imponer al consumidor las consecuencias dañosas de actos del empresario como el conceder al último la facultad de decidir qué daños, de los que no se deben a sus propios actos, debe asumir el consumidor, de forma que podría producirse la paradoja de que este pudiera ser el incumplidor, pero las consecuencias las tendría que afrontar el comprador⁵⁵².

Y, para poder analizar la nulidad de este tipo de cláusulas, cobra especial importancia el estudio de la determinación de la diligencia exigible a cada uno de los contratantes.

⁵⁵⁰ Según el cual <<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>>.

⁵⁵¹ Art. 10.1.c) LGDCU.

⁵⁵² La mayoría de supuestos hacen referencia a la contratación bancaria y, en especial, al uso de las tarjetas de crédito. No obstante, dado el ámbito de análisis del presente trabajo no nos detendremos en este extremo.

Aunque generalmente este tipo de cláusulas viene referidas a contratos de suministro (de luz o agua) y bancarios, podemos citar como manifestación de las mismas, en el ámbito de los contratos de compraventa, cuando el promotor asume la realización de ciertos cambios o ciertos trabajos extras, aquellas que lo exoneran de la obtención de la licencia de primera ocupación, si no se pudiese obtener por este motivo⁵⁵³.

C) Imposición de gastos documentales en la compraventa de viviendas.

Se trata del fruto de un proceso, iniciado por la anterior normativa (amparada, en muchos casos, por las previsiones de los actuales art. 60 y 63), que trata de dar una respuesta a situaciones de uso común y muy diferente naturaleza.

La premisa del análisis es determinar qué gastos son repercutibles (una vez fuera del ámbito estricto de los enumerados por la norma) bajo el prisma de la necesaria transparencia, pues al comprador de vivienda se le ha de informar, con carácter previo a la firma del contrato, de los gastos que tendrá que afrontar. También cobra especial relieve el análisis de qué servicios son necesarios para el cumplimiento íntegro de la obligación de entrega del vendedor o, si se prefiere, cuáles se encuentran incluidos en la prestación debida. Hay casos que no presentan duda alguna, como los especialmente aludidos por el legislador (como los gastos derivados de la declaración de obra nueva), pero hay otros casos muy dudosos; dentro de este capítulo destacamos:

– Los gastos de constitución y cancelación de préstamo hipotecario. Pese a que el apartado 3b cita expresamente los gastos por subrogación en la hipoteca del empresario, así como los de cancelación, en realidad tenemos que atender al motivo de solicitud del préstamo hipotecario: si se solicitó para financiar la construcción, es obvio que no puede desplazarse al comprador de viviendas⁵⁵⁴, pero si la hipoteca se solicita en interés del comprador (para facilitarle la documentación o los trámites) entonces sí que se le pueden desplazar⁵⁵⁵; el problema es diferenciar cuándo nos

⁵⁵³ Puesto que la realización de cambios o trabajos inicialmente no referidos en el proyecto, una vez asumidos por el promotor en la compraventa de vivienda sobre plano, forman parte del objeto, dado que configuran la vivienda, y pueden servir para transmitir al consumidor las consecuencias de una eventual falta de licencia, de construcción o de primera ocupación.

⁵⁵⁴ STS de 2 de febrero de 1999 (RJ 1999,539) y SAP Madrid de 18 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 97458) y 1 de julio de 2004 (JUR 2004, 253420).

⁵⁵⁵ A este respecto, destacamos la SAP Sevilla 662/2003, de 8 de octubre (RJ 2003/264629) que establece que <<si bien dicha norma determina que no puedan imputarse al comprador los gastos derivados de la constitución o cancelación de la hipoteca concertada por el promotor o constructor con la única finalidad de financiar la construcción, como ocurre cuando las viviendas se transmiten libres de cargas y gravámenes, en cuyo caso, como gastos derivados de la preparación de la titulación, corresponden, por naturaleza, a este y la transgresión de esta norma daría lugar a la nulidad, sin embargo, sí pueden imputarse los gastos derivados de la cancelación de la hipoteca cuando esta no sólo sirvió al constructor para financiar la construcción, sino que también sirve al comprador para financiar su adquisición, en cuyo caso, no solo aquel se beneficia con la constitución de la garantía hipotecaria, sino también este, como, precisamente, ocurre en este caso, según aparece de los documentos privados de compraventa, cuando se refieren a como será hecho efectivo por parte de los compradores a la vendedora el precio de la compraventa, disponiéndose que parte de este será satisfecho mediante la subrogación del comprador en la hipoteca constituida>>. También, respecto a los gastos de constitución de hipoteca, citamos STS de 7 de julio de 1999 (RJ 1999/4988) y SSAP Madrid de 8 de noviembre de 1993 (AC 1993/2594) y 20 de abril de 1998 (AC 1998/5049). Respecto

encontramos en uno u otro caso, máxime cuando es habitual encontrar cláusulas en los contratos en los que (desde antes de comenzar las obras) el comprador solicita al promotor la suscripción del citado préstamo o, incluso, en las propias escrituras de compraventa⁵⁵⁶.

En cuanto a los gastos de cancelación, debemos diferenciar el supuesto en que el comprador no se subroga en el préstamo hipotecario que en su día solicitó el promotor, en cuyo caso es evidente que es el empresario el que ha de abonar los gastos de cancelación⁵⁵⁷ (dado que el consumidor es completamente ajeno al negocio jurídico), de aquel supuesto en que el promotor solicite un préstamo, que también es utilizado como medio de financiación del consumidor, en este caso sí que podrán repercutir al comprador los gastos de cancelación hipotecaria⁵⁵⁸.

- Los gastos derivados del pago de tributos que corresponde abonar al promotor. Dentro de este grupo nos encontramos, en primer lugar, con el impuesto municipal de plusvalía que, aunque en principio le corresponde abonarlo al promotor, sí que admitía disposición en contra (art. 1255 y 1455 CC). La D.A. 1.6ª LCGC introdujo un listado abierto de cláusulas abusivas, entre las que se encontraba <<en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción, su división y cancelación>>. Por su parte, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, modificó, en el artículo 1, la LGDCU, e incorporó a la Disposición adicional primera, apartado V. También el art. 22, letra c) establece como cláusula abusiva a los efectos del art. 10 bis "la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional" (actualmente recogida en el art. 89 TRLGDCU)⁵⁵⁹.

a los de cancelación, citamos la SAP Asturias de 5 de marzo de 1999 (AC 1999/1320), SAP Valencia de 23 de junio de 2003 (RJ 2004/35308) y SAP Murcia de 4 de septiembre de 2002 (RJ 2003/70074).

⁵⁵⁶ Y a este respecto, reproducimos la SAP Cáceres 373/2012, de 18 de julio (Roj: AP CC 666/2012), que relativiza el control de legalidad que se les supone a los notarios cuando autorizan las escrituras, según la cual <<en cuanto a la intervención del Notario, tenemos que recordar, como se expuso en la Sentencia de 24 de Abril de 2.012 de esta Audiencia, que la prueba de la negociación individual "no es óbice ni queda suplido por la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública del préstamo hipotecario, pues la realidad demuestra que los borradores de referidas escrituras son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para firmar lo que ya está redactado de antemano por la entidad bancaria, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar las referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo" .

⁵⁵⁷ Cfr. SSAP Navarra de 27 de julio de 1998 (AC 1998, 1722), Asturias de 5 de marzo de 1999 (AC 1999,1320) y Valencia de 23 de junio de 2003 (RJ 2004, 35308).

⁵⁵⁸ SAP Sevilla de 8 de octubre de 2003 (RJ 2003, 264629).

⁵⁵⁹ Y a estos efectos destaca la discutible SAP Madrid 328/2011, de 10 de junio (Roj: SAP M 8432/2011), que declaró la validez de esta cláusula en un contrato suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la citada modificación legal. En el sentido contrario nos encontramos con la SAP Oviedo 398/2010, de 8 de noviembre (Roj SAP O 2258/210), que analiza el iter de la citada cláusula y declara: << El carácter abusivo y desproporcionado de la cláusula cuya validez se cuestiona no se introduce ex novo en la regulación de 16 de Noviembre de 2.007, sino que ya se desprendía de la regulación de la Ley de 19 de julio de 1.984 , Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, si bien su redacción inicial no era tan clara y explícita como la actual. Y, así, en su artículo 10.3 consideraba como abusivas: "Las cláusulas que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio de los consumidores y usuarios". Carácter abusivo en el que vino a incidir la Ley 7/1.998, de 13 de abril, reguladora de Las Condiciones Generales de la

Existe una tendencia a declarar abusiva la cláusula que impone o traslada su pago al comprador, dado que atenta contra el principio de transparencia (especialmente en este caso, por ser muy difícil el cálculo y casi imposible a la firma del contrato de compraventa) e incluso contra el propio sentido común, pues dicho impuesto grava el incremento en el valor del solar, del que se beneficia el empresario, pero lo paga el consumidor. Y esta cuestión, pese a no estar inicialmente clara (por existir resoluciones judiciales contradictorias⁵⁶⁰), ha sido recientemente resuelto por la STS 842/2011, de 25 de noviembre⁵⁶¹, que reconoce la validez de este tipo de cláusulas, a tenor de lo dispuesto por los art. 1255 y 1455 CC, pero declara que dicho pacto es nulo cuando, por abusivo, contradice la normativa de consumidores y usuarios⁵⁶².

– Los gastos derivados del establecimiento a los suministros generales de la vivienda. Lo primero que destacamos es la innecesaria aclaración de la norma, cuando analiza sólo estos gastos *cuando esta* (la vivienda) *deba ser entregada en condiciones de habitabilidad*; pero ¿cómo no va a ser así?, ¿cómo admitir el cumplimiento de la prestación cuando se pretende entregar una vivienda que no cuenta con condiciones de habitabilidad? Y viene referido habitualmente a las acometidas de agua y luz, alcantarillado y alumbrado.

Igualmente podemos citar las cláusulas que establecen el abono de una cantidad por la gestión de la contratación individualizada de los servicios de la vivienda. Como partimos de la base de que la vivienda se ha de entregar en perfectas condiciones de habitabilidad y no se concibe esta sin los servicios citados, entendemos que este tipo de cláusulas son abusivas y tan sólo sirven para cargar innecesariamente y sin medida a los compradores de viviendas, dada la práctica habitual de contratar el propio promotor estos servicios a cambio de unos emolumentos, habitualmente muy abultados, que vienen a sumarse (aunque enmascarados) con el coste de los servicios, que son desplazados al comprador⁵⁶³.

Contratación, que introdujo un artículo 10 bis en la Ley de 19 de julio de 1.984, y que por remisión a la Disposición Adicional Primera, en concreto al nº 22, considera como abusiva: "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de vivienda, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza corresponda al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)">>.

⁵⁶⁰ Recogidas y analizadas, entre otras, SAP Oviedo 12/2012, de 18 de enero (Roj: SAP O 17/2012), y SAP Madrid 456/2011, de 10 de noviembre (Roj: SAP M 14521/2011).

⁵⁶¹ Roj: TS 7981/2011.

⁵⁶² Así, la citada SAP Oviedo 398/2010, de 8 de noviembre (Roj SAP O 2258/210), cuando analiza la cláusula afirma que <<el carácter abusivo y desproporcionado de la cláusula objeto de este litigio no ofrece duda, pues con ello se hace repercutir en el consumidor- comprador de un bien de primera necesidad como es la vivienda, una carga impositiva prevista en base al beneficio económico, revalorización del terreno, que redundará en la empresa constructora, quien es el sujeto pasivo de dicho impuesto. Cláusula contractual que no cabe valorar fruto de la libertad contractual de los litigantes, sino que viene impuesta por la superioridad de disponibilidad económica de que goza el promotor>>.

⁵⁶³ Cfr. DIAZ MARTINEZ A., <<Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda>>, en *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Navarra, Aranzadi, 2013, Tomo II, pág. 1081; considera abusiva la estipulación por la que el comprador ha de hacerse cargo de los gastos necesarios para facilitar a la vivienda el acceso a los suministros básicos, como la acometida a la red de agua y alcantarillado (SS AP Asturias de 24 de enero de 2008 -AC 2008, 514-, 12 de abril de 2010 -AC 2010, 1108) y 17 de mayo de 2010 -RJ 2010, 229188-).

Así, en principio tendríamos que admitir las cláusulas que establezcan una única obligación para el promotor: la de facilitar al comprador la documentación necesaria para la contratación individualizada de los servicios: boletines y cédula. Después, quedaría a la voluntad del comprador la contratación de estos servicios, más tarde o más temprano, con una compañía o con otra⁵⁶⁴.

A la vista de lo precedente, ¿dónde está el problema?

El problema es que habitualmente este tipo de cláusulas no son negociadas con los compradores, sino impuestas, y que las cantidades exigidas resultan desproporcionadas para el trabajo realizado (llamar por teléfono y esperar al operario con la documentación requerida).

Y, a tenor de todo lo anterior, podremos concluir diciendo que este tipo de cláusulas (salvo que nazcan de una voluntad libremente emitida) son cláusulas abusivas, toda vez que imponen al comprador una serie de gastos que no tiene obligación de soportar y entendemos que sólo resultarían aceptables para el caso de contratación paralela, al momento de entregar la vivienda.

– Los gastos derivados de la contratación de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados. Se trata de evitar, nuevamente, un ataque al principio de transparencia. Un ejemplo lo encontramos en la oferta actual, en tiempos de un mercado inmobiliario en declive y en el que los inversores no esperan obtener plusvalías por la inmediata transmisión a terceros del inmueble, en aquellos casos en que se garantiza un alquiler al comprador de la vivienda, durante una temporada. Al margen de las controversias respecto al carácter de consumidor y usuario del comprador de este tipo de viviendas, destacamos la cláusula que impone, como requisito para ello, la compra de unos determinados “paquetes” de muebles por parte del comprador al promotor o a una empresa ligada a él (de manera que parte de este alquiler garantizado se financia con el sobrecoste de los muebles). Tampoco podemos dejar de citar como ejemplo la obligada contratación de una determinada gestoría, impuesta (de manera más o menos evidente) por parte de la entidad bancaria hipotecante, con unos precios que suelen superar a los normales del mercado y que incrementan el coste de la operación, sin anunciarlo al consumidor.

D) Respecto a la **elección del fedatario público**, el Art. 3 del Reglamento Notarial expresa que *los particulares tienen el derecho de libre elección de notario sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico*, y el art. 126

⁵⁶⁴ Por el contrario, habría que tener presente una razón práctica que aconsejase su utilización: cuando el promotor termina la obra y los compradores comienzan a contratar individualizadamente los servicios de la vivienda, las compañías suministradoras han de poner fin al abastecimiento <<de obra>>, por lo que es más que previsible que muchos propietarios pudieran estar varios días sin estos servicios. También se da la circunstancia de que, al contratar el promotor, como habitualmente se despachan todos los contratos con carácter simultáneo, las labores de conexión pudieran estar concluidas en un breve espacio de tiempo, por lo que las molestias derivadas de la falta de suministro (por conexión de otros vecinos) se reducirían muy drásticamente.

consagra el derecho a la libre elección del notario⁵⁶⁵. Por lo tanto, es evidente que corresponde al consumidor, aunque con sometimiento a lo dispuesto por la Ley⁵⁶⁶.

El legislador pretende asegurar la imparcialidad del notario como mecanismo de equilibrio. Pero frente a este deseo, la razón aducida a favor de la pretendida elección por parte del promotor es que se le facilita la labor, al concentrar la documentación necesaria en una sola notaría y facilitar el otorgamiento de varias escrituras en una sola jornada; por su parte, el consumidor puede estar interesado en un concreto notario por razones geográficas o por esperar un asesoramiento que, viniendo el notario escogido por el empresario, sea puesto en tela de juicio⁵⁶⁷.

Y, aunque hemos dicho que la elección le corresponde al consumidor, también se encarga el precepto de aclarar que esta elección se encuentra limitada por la Ley, en concreto por el Reglamento Notarial (art. 116 y siguientes del RD 45/2007, de 19 de enero), que se encarga de aclarar que el consumidor *no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio*.

6) Respecto a las cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable, destacamos la cuestión relativa al reenvío a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación. Lo primero que tenemos que advertir es la difícil apreciación de esta causa, tal y como viene redactada. Entendemos que trata de proteger al consumidor de empresarios que prevén un incumplimiento y, para evitar reclamaciones, les prohíben acudir a las vías de resolución de conflictos que le sean más interesantes a los consumidores y someten éstas a tortuosos procedimientos o muy lejanos, incluso desconocidos (por remisión a un derecho extranjero), logrando así la paradoja de que el incumplidor sale beneficiado, al poder establecer las vías de reclamación y solución para un problema que sólo él sabe que, con toda probabilidad, va a surgir.

⁵⁶⁵ Al afirmar que *en las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por personas, físicas o jurídicas, que se dediquen a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación, así como en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponderá al adquirente o cliente de aquellas, quien sin embargo, no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio. A salvo de lo dispuesto en el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en la normativa específica. En defecto de tal, a lo que las partes hubieran pactado y, en último caso, el derecho de elección corresponderá al obligado al pago de la mayor parte de los aranceles.*

Los notarios tienen el deber de respetar la libre elección de notario que hagan los interesados y se abstendrán de toda práctica que limite la libertad de elección de una de las partes con abuso de derecho o infringiendo las exigencias de la buena fe contractual.

⁵⁶⁶ Y, en este sentido, el 4 de marzo de 1992 se firmó un Convenio entre el Instituto Nacional de Consumo y el Consejo General del Notariado, en el que se reconoció que la presencia del Notario <<hace que su colaboración pueda ser decisiva para llevar a cabo la protección real del consumidor en estos dos sectores vitales que son el crédito y la vivienda>>.

⁵⁶⁷ CAÑIZARES LASO A., *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, Tecnos, 2006, pág. 198, ya advierte esta cuestión, al señalar que <<el hecho de que la promotora y la entidad financiera elijan al notario no es un hecho de gran trascendencia, si este cumple con su deber de informar y auxiliar al contratante más débil, pero, existe el riesgo, que la práctica confirma, de que el Notario, ante el temor de perder una fuente de clientela importante, no extreme su diligencia en orden al cumplimiento de su deber de informar>>

El art. 90 plantea las cuestiones referentes a la competencia y derecho aplicable, analizando tres cuestiones distintas, aunque en muchas ocasiones conexas:

– Por lo que respecta a la prohibición de sumisión a arbitrajes distintos a los de consumo o a los institucionales especificados por la normativa sectorial⁵⁶⁸, lo que pretende es que se eviten prácticas contrarias a la buena fe dado que, en la mayoría de casos, el consumidor ignora tanto la firma de esta cláusula de sumisión en sí misma, como las consecuencias. De esta manera, la mayoría de consumidores desconoce que está aceptando el sometimiento a arbitrajes que no son gratuitos (a menudo son bastante caros) y es posible la influencia del empresario en la designación de los árbitros. Incluso, una vez formado el órgano arbitral, por una tendencia histórica o cultural, el consumidor tiende a no valorarlo en sus justos términos y, cuando se dicta el laudo (habitualmente en su ausencia) ya tiene difícil remedio, dada su fuerza ejecutiva y los limitadísimos medios de oposición una vez instado judicialmente su cumplimiento, por el procedimiento judicial establecido⁵⁶⁹.

Lo que pretende el legislador es que, si se realiza una sumisión para la resolución de conflictos a un órgano jurisdiccional, que en principio es un medio idóneo e incluso aconsejable como alternativa al judicial por los problemas intrínsecos de este, se haga a un órgano arbitral de reconocida imparcialidad, donde ninguna de las partes pueda tener influencia sobre su composición, que sea realmente voluntario y, en todo caso, gratuito⁵⁷⁰. Junto a esta idea, trata de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁷¹.

a. Los pactos de sumisión distintos al del domicilio del consumidor, al del lugar de cumplimiento o al de ubicación del inmueble. Lo primero que tenemos que destacar es que esta prohibición ya aparece recogida en la propia LEC (art. 16, 52.1.14 y 54), aunque con un campo de actuación más extenso, y que ambos textos legales tratan de garantizar el derecho al acceso a la Justicia y a la igualdad de armas, dada la anterior tentación a someter el conocimiento de cuantos litigios pudieran surgir a Tribunales que pudieran estar muy lejos del consumidor (lo que rebaja las posibilidades de acceso) o, en todo caso, tratar de acercarse a su sede la competencia territorial, para abaratar costes judiciales⁵⁷².

⁵⁶⁸ Cfr. SAP Madrid 337/2012, de 27 de junio (Roj: SAP M 10286/2012).

⁵⁶⁹ Y a este respecto destacamos el cuerpo de resoluciones que han analizado las demandas de ejecución de laudos arbitrales dictados por la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y de Equidad, en reclamaciones instadas por compañías telefónicas frente a consumidores y usuarios. Visto el abuso de derechos de estas compañías (cuando no fraude procesal), las distintas Audiencias han tensado los argumentos para denegar el despacho de ejecución de los mismos. Destacamos el AAP Madrid 234/2011, de 28 de diciembre (Roj: AAP M 15367/201) y 322/2011, de 19 de diciembre (Roj: AAP M 16699/201), así como SAP Alicante 533/11, de 22 de noviembre (Roj: SAP A 3309/201), STSJ de Cataluña 29/2012, de 10 de mayo (Roj: STSJ CAT 5856/2012) y AAP Barcelona 191/2009, de 2 de diciembre (Roj: AAP B 9820/200).

⁵⁷⁰ Y a este respecto, destacamos la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, que aboga en tal sentido.

⁵⁷¹ AAP Madrid 123/2012, de 12 de abril (Roj: AAP M 5206/2012) afirma que <<no resulta jurídicamente admisible que el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de libre acceso a la jurisdicción del Estado (art. 21.1 CE en relación con los arts. 9.1 , 12 y 24 Ley Arbitraje) sea cercenado por la imposición de un convenio arbitral claramente estereotipado, inserto en un contrato de adhesión (...)>>.

⁵⁷² En este sentido, destacamos la STJCE de 27 de junio de 2000 (TJCE 2000/144), que afirma <<al aplicar disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva - LCEur 1993\1071-, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretarlas, en toda la medida de lo

b. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el empresario habitualmente promocióne contratos similares. Este tipo de cláusulas, en un mercado internacionalizado como el de hoy, son de gran importancia, especialmente si atendemos al número de transacciones inmobiliarias en que intervienen extranjeros, no sólo como compradores, sino también como inmobiliarias. Y a este respecto destaca el Tratado de Roma I, Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la Ley aplicable a las operaciones contractuales.

Con esta prohibición se pretende la remisión a ordenamientos extraños, de los que el consumidor no tiene ninguna referencia y, por tanto, pueden ofrecer una respuesta jurídica muy distinta a la esperada por razón de su residencia o de ubicación del inmueble, logrando así una respuesta inesperada o sorpresiva.

2. OBLIGACION DEL COMPRADOR CONSUMIDOR

A) Pago del precio

El pago del precio la principal obligación del comprador⁵⁷³ y, en este sentido, el art. 1500 CC establece la obligación del comprador de pagar el precio de la cosa vendida en el lugar y tiempo fijados en el contrato⁵⁷⁴.

Partiendo de la genérica obligación de pagar en la moneda de curso legal (art. 1.170 CC), dadas las limitaciones de la legislación sobre prevención de blanqueo de capitales⁵⁷⁵ (que impide al consumidor realizar pagos al empresario superiores a 2.500 € en efectivo) y la práctica bancaria (que huye del enorme riesgo que supone trasladar grandes sumas de dinero), tenemos que concluir admitiendo que el medio más habitual de pago son los medios representativos (art. 1170.2 CC), especialmente el cheque bancario conformado y la transferencia bancaria.

En cuanto a la prueba del pago, una vez superada la etapa en la que era habitual abonar el precio en efectivo, disponiendo en la escritura una declaración del vendedor de haber recibido el mismo, dando carta de pago (que, como acuerdo entre

posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva. La exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el Juez nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva>>.

⁵⁷³ STS 457/2011, de 27 de junio (Roj: STS 5849/2011).

⁵⁷⁴ GARCÍA CANTERO G., <<Artículo 1500>>, AAVV, Coord. M.A.G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1991, T. XIX, pág. 429, entiende que, en principio, a la obligación de pago del precio se le aplican las reglas generales sobre pago y las particulares de las obligaciones recíprocas. Por su parte, ATAZ LOPEZ J. <<Artículo 1500>> en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Coord. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.263, pone de manifiesto la pérdida de trascendencia del lugar del pago, con la entrada en vigor de la vigente LEC, dado que la anterior atribuía competencia territorial (art. 62) al lugar de cumplimiento de la obligación, mientras que la vigente (art. 50) la atribuye al domicilio del demandado.

⁵⁷⁵ Ley 7/2012, de 29 de octubre, sobre prevención del fraude fiscal, en su art. 7 establece las limitaciones a los pagos en efectivo..

las partes, admite prueba en contrario); nos encontramos con que hoy en día es mucho más fácil comprobar la veracidad del mismo, dado que la legislación fiscal impone la identificación plena de los medios de pago (debiendo quedar constancia en el título de los distintos pagos realizados, debiendo especificarse el medio de pago).

Por su parte, el art. 1500 CC establece que el comprador está obligado a pagar el precio en el tiempo fijado por el propio contrato, siendo habitual que el pago final (y principal) coincida con la firma de la escritura de compraventa, de manera simultánea a la toma posesión del inmueble.

A este respecto, es habitual encontrar cláusulas contractuales en las que se establece una fecha final de pago, sin referencia a la simultaneidad de la entrega de la vivienda, debidamente terminada (física y jurídicamente). No obstante, se trata de una cuestión superada, dada la naturaleza de contrato sinalagmático de la compraventa, que faculta al comprador a suspender el pago hasta que no se verifique el cumplimiento por parte del promotor⁵⁷⁶. Por otro lado, también resulta habitual encontrar cláusulas que supeditan el pago final “a la finalización de las obras”, pretendiendo el promotor que este momento sea el de la emisión del certificado de final de obra por los técnicos, mientras que nuestro Tribunal Supremo ya ha declarado que este momento es el de la obtención de la licencia de primera ocupación⁵⁷⁷.

Y, en otro orden, siendo la principal obligación del comprador, nuestro Tribunal Supremo ha analizado las consecuencias de su falta de verificación en numerosas resoluciones⁵⁷⁸. De ellas⁵⁷⁹, a los efectos resolutorios, destaca la exigencia de que el incumplimiento sea grave o sustancial, aunque no requiere que sea doloso, ni rebelde, ni pertinaz, bastando que ocasione una frustración del fin del contrato, es decir, que se malogren las legítimas aspiraciones de la vendedora⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ La STS 624/2010, de 13 de octubre (Roj: STS 6119/2010), analiza las obligaciones recíprocas, recogiendo el criterio jurisprudencial (entre otras de STS 9 de diciembre de 2004, 4 de abril de 2003 y 17 de febrero de 1998) de requerir un cumplimiento simultáneo, <<en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede obligar a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor. Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que aquel haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento, mediante la llamada excepción de incumplimiento contractual>>.

⁵⁷⁷ STS 399/2013, de 10 de junio (Roj: STS 3356/2013), que trata de unificar el criterio jurisprudencial respecto a los efectos de la falta de licencia de primera ocupación (que faculta al comprador a instar la resolución) y que faculta al comprador para suspender el pago final hasta la efectiva obtención de la referida licencia.

⁵⁷⁸ STS 457/2011, de 27 de junio (Roj: STS 5849/2011), que hace un estudio del criterio jurisprudencial a este respecto. Cfr. ATAZ LOPEZ J., <<Artículo 1504>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.046-10.056.

⁵⁷⁹ Dejando al margen un novedoso cuerpo de sentencias donde se faculta la resolución, pese al incumplimiento por parte del comprador, por falta de financiación, si lo ofreció el promotor o existiera alguna cláusula oscura a este respecto.

⁵⁸⁰ La referida STS 457/2011, de 27 de junio (Roj: STS 5849/2011) ampara la resolución contractual por falta de pago, no sólo en el criterio jurisprudencial sino, además, en los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 -2b-) <<cuando se priva “sustancialmente” al contratante, en este caso, al vendedor, “de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”, encontrándose sin duda entre sus lógicas expectativas el cobro del precio acordado en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, pues, no en vano, constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el comprador (artículo 1500, en relación con el artículo 1445 CC)>>.

Por último, podemos observar como en tiempos de bonanza del sector inmobiliario, los promotores han interesado la resolución contractual, pretendiendo quedarse con las cantidades entregadas a cuenta (o la mayor parte posible) y disfrutar del incremento en el precio sufrido por el inmueble durante su construcción, mientras que en la fase de crisis, los promotores generalmente han interesado el cumplimiento del contrato (dado el descenso en el precio de la vivienda y la posibilidad de tener que devolver parte del dinero entregado y, en su caso, los intereses correspondientes).

B) Posibilidad de suspensión del pago del precio

Dado el objeto de análisis del presente trabajo, no nos centraremos en la posibilidad que brinda el art. 1502 CC al comprador de suspender el pago del precio de la compraventa, para el supuesto de que este fuera perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tuviere fundado temor a serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria⁵⁸¹.

Se trata de un retraso en el pago justificado y no generador de mora, aunque, si la cosa vendida producía frutos, tal vez sí se deban intereses⁵⁸².

Por ahora tan sólo dejaremos constancia de que nuestra jurisprudencia ha interpretado restrictivamente el art. 1502 CC, estableciendo como requisito de aplicación que el comprador se encuentre en posesión o haya adquirido el dominio de la vivienda⁵⁸³, así como la previa notificación al vendedor⁵⁸⁴, estableciendo un plazo,

⁵⁸¹ La STS 792/2012, de 5 de diciembre (Roj: STS 3150/2012) analiza la aplicación del art. 1502, estableciendo cierta conexión entre este artículo y la *exceptio non adimpleti contractus*, declarando que “esta relación sólo se produce si el referido riesgo de perturbación queda configurado expresamente en el contenido obligacional del programa de la prestación debida, como una obligación esencial y no meramente accesoria o complementaria. Fuera de esta previsión contractual, su contraste resulta improcedente a los efectos de la excepción de incumplimiento que centra su valoración, precisamente, en adecuación o exactitud de cumplimiento realizado respecto del programa de prestación acordado. De ahí que en estos casos, el fundamento de la facultad de suspender el pago del precio, como garantía o medida de protección meramente prevista, responsa más bien al carácter sinalagmático del contrato de compraventa y a la interdependencia o reciprocidad de las prestaciones debidas en la medida en que la perturbación sufrida, o el riesgo de padecerla, cuestiona el cumplimiento satisfactorio de la contraparte y, con ello, el juego normal de la reciprocidad resultante, que puede quedar en suspenso”.

⁵⁸² ATAZ LOEZ J., <<Artículo 1502>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.0636; critica la disfunción creada por la aplicación de este artículo con el 1478 CC, planteando, por aplicación de este último precepto y para el supuesto -como el actual- en que se produzca un descenso en el precio de la vivienda, la eventual reclamación por parte del vendedor de la diferencia entre el precio y el valor de la cosa. Destaca el autor que *si no se admitiera tal posibilidad, estaríamos tratando mejor al comprador que no pagó en su momento (y luego retuvo el pago en virtud de este precepto) que al que cumplió puntualmente con sus obligaciones, lo cual tampoco es fácil de justificar*.

⁵⁸³ STS de 24 de octubre de 1995 y 10 de julio de 2000. No obstante, ATAZ LOPEZ J., <<Artículo 1502>>, en Op. cit., pág. 10.632 y siguiente, discrepa de esta postura, afirmando que *una cosa es que la norma presuponga la entrega, y otra distinta que realmente la exija, cosa que no hace*, poniendo como ejemplo (por cita de BUSTOS VALDIVIA) de interpretación extensiva del art. 1502 CC el supuesto en que se ha comprado una vivienda sobre plano y, tras la compra, un tercero la embarga.

pues no puede fijarse una suspensión indefinida, dejando de subsistir cuando cesa la perturbación o haya desaparecido el peligro⁵⁸⁵.

En la práctica, al margen de lo expuesto, el artículo que más problemas de aplicación suscita es el 1504 CC, pues son muy numerosos los supuestos en que el contrato establece un calendario de pagos, siendo el pago final el principal. A este respecto, por aplicación de los art. 1124 y 1504 CC⁵⁸⁶, el vendedor podrá instar el cumplimiento o la resolución (si el impago es inequívoco y grave, no constituye un mero retraso⁵⁸⁷), con indemnización por los daños y perjuicios causados, en ambos casos.

Y, por este motivo, nuestra jurisprudencia⁵⁸⁸ ha negado al vendedor la posibilidad de instar la resolución por el mero hecho de no haberse verificado el pago en el tiempo establecido, mientras que no se le haya requerido de la manera prevista por el art. 1504 CC.

Por último, el Tribunal Supremo ha analizado la valoración y configuración de la facultad que el art. 1502 CC confiere al comprador con fundamento en la *exceptio non adimpleti contractus*. Dice, en su sentencia de 8 de enero de 2013⁵⁸⁹ que, en estos casos, el fundamento de la facultad del comprador de suspender el pago, como medida de garantía legalmente prevista, responde más bien al carácter sinalagmático del contrato de compraventa y a la interdependencia o reciprocidad de las prestaciones, en la medida en que la perturbación sufrida o el riesgo fundado de padecerla cuestiona el cumplimiento satisfactorio de la contraparte y, con ello, el juego de reciprocidad resultante, que puede quedar en suspenso⁵⁹⁰.

⁵⁸⁴ VALBUENA GUTIERREZ, J.A., <<Remedios del comprador ante el incumplimiento temido del vendedor>> en *Tratado de la compraventa*, AAVV, Dir. A.C.P., Navarra, Aranzadi, 2013, pág. 1257; haciendo referencia a nuestra jurisprudencia, destaca esta circunstancia, *pues de esta manera el vendedor podrá, tal y como prevé el art. 1502, hacer cesar la perturbación o el peligro o afianzar, en su caso, la devolución del precio*.

⁵⁸⁵ Cfr. GARCÍA CANTERO G., <<Artículo 1502>>, AAVV, Coord. M.A.G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1991, T. XIX, pág. 419. También en STS de 6 de junio de 2000 y 29 de octubre de 2004.

⁵⁸⁶ Que permite el pago y la consumación del contrato, incluso después de expirado el término establecido contractualmente, en tanto no haya sido requerido judicial o notarialmente, no siendo bastante el requerimiento mediante burofax, tal y como expresan las STS 315/2011, de 4 de julio (Roj: STS 5101/2011) y 812/2007, de 9 de julio (Roj: STS 5011/2007).

⁵⁸⁷ STS 175/2012, de 21 de marzo (Roj: STS 1694/2012) y 518/2010, de 6 de septiembre (Roj: STS 4573/2010).

⁵⁸⁸ STS 457/2011, de 27 de junio (Roj: STS 5849/2011) y 936/2011, de 15 de diciembre (Roj: STS 9234/2011).

⁵⁸⁹ STS 792/2012, de 8 de enero de 2013 (Roj: 3150/2013), que reconoce que aunque existen ciertas conexiones entre ambas figuras, <<esta relación sólo se produce si el referido riesgo de perturbación queda configurado expresamente en el contenido obligacional del programa de la prestación debida, como una obligación esencial y no meramente accesorio o complementaria>>.

⁵⁹⁰ Tal y como destaca ATAZ LOPEZ J., <<Artículo 1502>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Coord. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.632; se produce un desarmonía entre la facultad que el art. 1502 concede al vendedor de evitar la suspensión del pago de precio (si afianza la devolución del precio, para el caso de una eventual pérdida de la cosa) y el art. 1478, que se refiere al valor de la cosa en el momento de la evicción.

4.- SUPUESTOS DE INEFICACIA

1. TEORIA GENERAL

Los contratos habitualmente nacen con vocación de desplegar los efectos pretendidos por las partes y, caso contrario, la doctrina los califica de ineficaces. De esta manera el contrato es *ineficaz* cuando no surte ningún efecto o, al menos, los que se corresponden con su contenido⁵⁹¹. Frente a la ineficacia, nuestra doctrina define la *invalidéz* contractual como la negación de fuerza jurídica vinculante de un contrato por defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud de su contenido⁵⁹², en los casos previstos por la Ley⁵⁹³. Así, todo contrato inválido es ineficaz, pero no siempre sucede lo mismo a la inversa, dado que hay contratos ineficaces plenamente válidos⁵⁹⁴.

Y la ineficacia contractual puede ser debida a las siguientes causas⁵⁹⁵:

- Por disconformidad del contrato con la Ley, pudiendo diferenciarse las siguientes categorías
 - Inexistencia*, cuando falta alguno de los elementos esenciales (art. 1261 CC) para la formación del contrato⁵⁹⁶,
 - Nulidad de pleno derecho*, referida por el art. 6.3 CC, si el contrato contraviene un mandato imperativo o una prohibición legal.
 - Anulabilidad*, referida por el art. 1300 CC, cuando la ineficacia se debe a un vicio o defecto del contrato, susceptible de motivar la anulación por declaración judicial;
 - Rescisión*, referida por el art. 1290 CC, que se produce cuando la ineficacia se debe a una lesión o perjuicio causado a las partes o a terceros⁵⁹⁷.

⁵⁹¹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ J.L., *Derecho de contratos*, Barcelona, Bosch, 2003, pág. 109; define la ineficacia de un contrato como la <<carencia de efectos jurídicos>>.

⁵⁹² LACRUZ BERDEJO J.L., *Derecho de Obligaciones II*, Madrid, Dykinson, 2000, Vol. 1, pág. 537. En el mismo sentido, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ J.L., Ob. cit., pág. 109.

⁵⁹³ Y la distinción entre ambos conceptos se pone de manifiesto por el propio legislador, en el art. 1953 CC.

⁵⁹⁴ DELGADO ECHEVARRIA J. y PARRA LUCAN M.A., *Las nulidades de los contratos*. Madrid, Dykinson, 2005, pág. 16.

⁵⁹⁵ SERRANO ACITORES A., <<El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad>> en *Noticias Jurídicas*, <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201006-83473947392.html>.

⁵⁹⁶ DELGADO ECHEVARRÍA J., <<Artículo 1300>>, AAVV, Coord. M.A.G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1981, T. XVII, pág. 241, pese a aceptar el reconocimiento jurisprudencial de esta figura, concluye que la inexistencia <<no es una categoría dogmática o técnica, sino un simple instrumento dialéctico, útil en algún caso para forzar los límites, verdaderos o supuestos, de una regulación dada sobre la nulidad>>.

⁵⁹⁷ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ J.L., Ob. Cit., pág. 127, destaca su carácter subsidiario (dado que a tenor de lo preceptuado por el art. 1294 CC no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio) y la describe como el procedimiento dirigido a conseguir la cesación de todo efecto jurídico de un contrato válidamente celebrado, a causa de determinadas circunstancias que han causado una lesión pecuniaria a alguno de los contratantes o a sus acreedores.

- Por hechos sobrevenidos, posteriores a la celebración del contrato o ineficacia sobrevenida, pudiendo diferenciarse las siguientes especies:

Resolución, referida por el art. 1124 CC, cuando la ineficacia se produce por la voluntad tácita de las partes. En esta, el contratante perjudicado por el incumplimiento de la otra parte solicita la extinción del contrato con efectos retroactivos, como si este nunca hubiera existido, junto a la indemnización por los daños y perjuicios causados. *Revocación*, referida por diversos artículos del Código Civil⁵⁹⁸, es aquella declaración de voluntad unilateral, consistente en la retracción de un precedente acto o negocio jurídico, consentida por la ley a su autor.

La *nulidad*, con carácter general, destaca la doctrina⁵⁹⁹ que presenta los siguientes caracteres: a) No precisar declaración judicial ni previa impugnación del negocio, dado que opera ipso iure. b) Cuando, de facto, haya surgido cierta apariencia negocial, frente a la resistencia de quien sostenga la validez, será preciso instar la declaración judicial de nulidad (tanto por la vía de la acción, como de la excepción), estando legitimado para ello cualquier interesado (haya sido, o no, parte en el contrato⁶⁰⁰). c) El contrato nulo no produce efecto alguno⁶⁰¹, por lo que será preciso una restitución de las prestaciones⁶⁰². d) La nulidad es definitiva, por lo que la acción no prescribe ni caduca, pudiendo ejercitarse en cualquier tiempo, pues no le resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 1301.

De igual manera, la nulidad puede ser declara de oficio por el propio juez, no sólo por entender que ya se ha superado la controversia doctrinal que en su día pudo existir, sino porque así lo declararon el TSJCE⁶⁰³ y nuestro Tribunal Supremo⁶⁰⁴, así

⁵⁹⁸ Art. 644 y siguientes, referentes a la revocación de las donaciones, y 737 y siguientes, referentes a la revocación de los testamentos.

⁵⁹⁹ LACRUZ: Op. Cit., pág. 545 y DELGADO ECHEVARRÍA J., Op. Cit., pág. 242.

⁶⁰⁰ La STS 4/2013, de 16 de enero (Roj: STS 345/2013), recoge el criterio jurisprudencial vigente (citando las STS 5 de noviembre de 2012, 16 de octubre de 2006, 28 de febrero de 2004 y 25 de abril de 2001, 14 de diciembre de 1993) para reconocer, en base al principio de tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24 CE, la legitimación activa no sólo a las partes del contrato, sino incluso a terceros, siempre que tengan un interés legítimo o se vean perjudicados por el mismo. En este sentido, se reconoce que las limitaciones impuestas por el art. 1302 CC no vinculan a quienes instan el reconocimiento de la nulidad absoluta.

⁶⁰¹ Quod nullum est, nullum producit effectum.

⁶⁰² El art. 1303 CC establece que la declaración de nulidad implica la restitución recíproca de las cosas con sus frutos y el precio con sus intereses (calculados desde que se entregó el precio, o parte del mismo, hasta que efectivamente se devuelva), pretendiendo que las partes vuelvan a la situación personal y patrimonial anterior a la suscripción del contrato, y sin que se genere ningún género de enriquecimiento injusto.

⁶⁰³ Inicialmente lo puso de manifiesto en las Sentencias de 27 de junio de 2000 (TJCE 2000, 144), posteriormente en la de 26 de octubre de 2006 (TJCE 2006, 299), pero ha adquirido mayor relevancia a partir de la sentencia de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89), referente a las cláusulas abusivas contra el consumidor en los contratos de préstamos hipotecarios.

⁶⁰⁴ STS 241/2013, de 9 de mayo (Roj: STS 1916/2013), que analiza la validez de las cláusulas suelo de las hipotecas, y la STS 494/2012, de 20 de julio (Roj: STS 5768/2012), que analiza los contratos de financiación de cursos de inglés ofertados por la Academia Cambridge, que procedió al cierre unilateral de sus academias, a la vez que instó un procedimiento de declaración de suspensión de pagos, de manera que no se ofrecieron los cursos, pero quedaban vigentes los contratos de financiación previamente suscritos por los consumidores.

como las Audiencias Provinciales (pese a la anterior situación de incertidumbre, con numerosas resoluciones contradictorias)⁶⁰⁵.

La nulidad puede tener diversas causas pero, a los efectos del presente trabajo, hemos de señalar que se predica la nulidad del contrato por inhabilitación del inmueble, por aplicación de la doctrina “aliud pro alio”, por inexistencia de un consentimiento válido del comprador⁶⁰⁶. También en los supuestos de venta de inmuebles por parte de quien carece de disposición sobre ellos, las ventas realizadas por las concursadas al haber sido realizada en período de retroacción y aquellos en los que el contrato de compraventa es simulado, por no existir causa o ser esta ilícita.

Y, partiendo de la idea de que el contrato nulo no puede ser confirmado, podemos diferenciar dos especies de efectos restitutorios:

- Los genéricos, referidos por los art. 1303, 1307 y 1308 CC.
- Los específicos, derivados de la ilicitud de la causa o al objeto, dependiendo de que sean constitutivos de delito o falta (art. 1305 CC), o no (art. 1306 CC).

Por su parte, la *anulabilidad*⁶⁰⁷, regulada por el art. 1300 y siguientes CC, implica la existencia de un contrato en el que concurren consentimiento, objeto y causa, que no es contrario a la ley ni a la moral ni a las buenas costumbres, pero que sufre algún vicio (generalmente del consentimiento o de capacidad)⁶⁰⁸. Su declaración judicial implica la destrucción del contrato con fuerza retroactiva y va dirigida a la protección de un determinado sujeto (una de las partes del contrato⁶⁰⁹), de manera que únicamente este puede alegarla e igualmente pueda optar por la convalidación⁶¹⁰ del contrato anulable mediante su confirmación⁶¹¹.

⁶⁰⁵ SAP Madrid 220/2013, de 17 de mayo (Roj: SAP M 9322/2013).

⁶⁰⁶ DELGADO ECHEVARRÍA J., Op. Cit., pág. 243, hace referencia a la falta de consentimiento, objeto o de causa (art. 1261), indeterminación absoluta del objeto (art. 1273) o su ilicitud (arts. 1271, 1272 y 1305), ilicitud de la causa (arts. 1275, 1305 y 1306), falta de forma en los casos excepcionales en que viene exigida para la validez del contrato y haber traspasado los límites de la autonomía privada infringiendo norma imperativa o prohibitiva, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto (arts. 1255 y 6.3).

⁶⁰⁷ También denominada nulidad relativa, en contraposición a la nulidad absoluta. CASTÁN TOBEÑAS J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, Reus, 1971, T. I, Vol. 2, pág. 814.

⁶⁰⁸ Díez-PICAZO L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1970, pág. 307; afirma que el contrato anulable es considerado como inicialmente eficaz, si bien con eficacia claudicante.

⁶⁰⁹ El art. 1302 CC legitima para instar la anulabilidad (pese a que el precepto hace expresa referencia a la nulidad, lo que es objeto de numerosas críticas doctrinales) a los obligados principal o subsidiariamente y al cónyuge no contratante cuyo consentimiento no se prestó, siendo necesario.

⁶¹⁰ LACRUZ: Op. Cit., pág. 548 opina que el contrato anulable debe considerarse originariamente inválido e ineficaz, dado que, en el terreno conceptual, el ordenamiento no le imputa más que un efecto provisional, pudiendo ser plenamente eficaz si, quien puede hacerlo no hace valer la causa de anulación. Si la hace valer, el contrato será siempre y para siempre ineficaz, con la misma amplitud que si se tratase de un supuesto de nulidad absoluta; por el contrario, adquirirá validez si es confirmado. Por su parte, DIEZ SOTO C., *La conversión del contrato nulo (Su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*, Barcelona, Bosch, 1994, pág. 155 y ss., analiza la figura de la conversión en nuestro Derecho, que tiende a una paulatina implantación y afianzamiento. Así, partiendo de la idea de que no existe precepto en nuestro Código Civil que la regule, analiza las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes.

⁶¹¹ Regulada por los art. 1309 a 1313 CC, supone la subsanación del contrato anulable que reúna los requisitos del art. 1261 CC, bien mediante la renuncia a la acción de nulidad, o bien mediante (art.

Las causas son las previstas por el art. 1301 CC: vicios del consentimiento (dolo, error, violencia o intimidación⁶¹²), incapacidad, falta de consentimiento del cónyuge que lo contrató, cuando este fuera necesario⁶¹³. Y su ejercicio está sujeto al plazo de caducidad de cuatro años previsto por el art. 1301 CC, no pudiendo ser apreciada de oficio, sino que precisa petición de parte⁶¹⁴.

Pero este esquema que, con carácter genérico, diseña el Código Civil y ha delimitado nuestra jurisprudencia, sufre ciertas especialidades, en el caso de que el contrato se celebre en el ámbito de una relación de consumo y/o contenga condiciones generales de la contratación⁶¹⁵.

Así, los art. 8 a 10 LCGC establecen la nulidad de las condiciones generales por contradecir la propia Ley, comprendiendo la posibilidad de que también sean abusivas. Por su parte, el art. 78 TRLGDCU hace referencia a las acciones de nulidad o resolución y el art. 83 regula la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas y la integración del contrato⁶¹⁶.

Nuestra doctrina ha interpretado esta dualidad legislativa en el sentido de componer el régimen de la nulidad de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores⁶¹⁷, integrando lo previsto en la LCGC en el TRLGDCU⁶¹⁸.

No obstante, pese a que el art. 83 TRLGDCU y el art. 8 LCGC hacen referencia a la nulidad “de pleno derecho”, su interpretación, conjuntamente con el art. 9 LCGC, parece que viene referida a supuestos de nulidad relativa, en interés del consumidor.

a) Nulidad parcial

1311 CC) declaración expresa, con libertad de forma, o tácita, “cuando el conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo esta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo”; o bien mediante prescripción sanatoria, por el transcurso de cuatro años.

⁶¹² DE BUEN LOZANO D., *Derecho Civil Común*, Reus, Madrid, 1967, Tomo III, pág. 505, sostiene que el error obstativo y la violencia material excluyen el consentimiento por lo que, más que provocar la anulabilidad, debería hablarse de nulidad.

⁶¹³ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ C.I., <<Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de la compraventa>>, en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Aranzadi, Navarra, 2013, Tomo I, pág. 351 y sigs., donde analiza los requisitos del error anulatorio en la compraventa, centrándose en los requisitos de esencialidad y excusabilidad.

⁶¹⁴ STS 4/2013, de 16 de enero (Roj: STS 345/2013) y 558/2010, de 23 de septiembre (Roj: STS 4683/2010).

⁶¹⁵ DELGADO ECHEVARRIA J. y PARRA LUCAN M.A., *Las nulidades de los contratos*. Madrid, Dykinson, 2005, pág. 191, ya ponen de manifiesto la existencia de un régimen especial de nulidad, para el caso de que el contrato se celebre con consumidores y usuarios.

⁶¹⁶ SAP Huelva 48/2013, de 14 de marzo (Roj: SAP H 128/2013).

⁶¹⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA I., <<Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato>>, Op. Cit., pág. 982.

⁶¹⁸ No obstante existen ejemplos, como la SAP Palma de Mallorca 265/2013, de 19 de junio (Roj: SAP IB 1354/2013), en los que, dada la calidad de empresario de los dos contratantes, analiza la nulidad de una cláusula abusiva sólo desde el prisma de la LCGC, sin aplicar el del TRLGDCU.

El contrato, pese a constituir una unidad, contiene una multitud de elementos, por cuanto supone la regulación de un complejo de intereses, generalmente relacionados.

Por ello se puede declarar la nulidad de una cláusula y que esta provoque la ineficacia de todo el contrato o sólo de parte del mismo⁶¹⁹. De esta manera, habrá que determinar cuándo nos encontramos frente a uno u otro caso⁶²⁰.

Así, dentro del ámbito del presente trabajo, partimos de que el art. 83 TRLGDCU hace referencia, en su primer párrafo, a la nulidad absoluta, pero de carácter parcial, teniendo por no puesta la cláusula nula; pero el párrafo segundo ordena la integración, con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y al principio de buena fe objetiva, estableciendo el último párrafo la ineficacia (por resolución), con carácter excepcional. Por su parte, el art. 10.1 LCGC establece la nulidad parcial, debiendo integrarse el resto del contrato de conformidad con lo dispuesto por el art. 1258 CC.

De esta materia, dentro del ámbito definido por el TRLGDCU y LCGC, el legislador adopta un criterio general de mantenimiento del contrato, sin la cláusula nula, que tiene por no puesta⁶²¹.

Y podemos citar, como ejemplos de lo expuesto, la declaración de nulidad de la cláusula que impone al comprador el pago del impuesto municipal de plusvalía, o los gastos documentales de la compraventa o de cancelación del préstamo hipotecario concertado antes de la compra por el promotor, el abono de las acometidas por los servicios de luz y agua o el establecimiento de una cláusula penal excesivamente gravosa, unidireccional (en el sentido de carecer de reciprocidad, por afectar sólo al comprador), o que ofrece un tratamiento muy distinto en función de cuál sea la parte incumplidora.

No obstante, esta opción, que prima la conservación del negocio jurídico, tiene sus límites, pues requiere que el contrato, una vez eliminada la cláusula de referencia, mantenga los elementos esenciales para su validez, y que, cuando el juez

⁶¹⁹ SAP Albacete 79/2013, de 12 de abril (Roj: SAP AB 353/2013), que analiza un formulario de venta utilizado por Caja Madrid y califica de nula (por abusiva) la cláusula que contiene una facultad resolutoria del contrato a favor de la vendedora, aun sin causa, con la única contraprestación de devolver la cantidad entregada por la reserva. Entiende esta resolución que la nulidad de dicha cláusula no afecta a la eficacia del contrato y condena a la entidad a otorgar escritura de compraventa a favor de unos particulares, consumidores y usuarios. De igual manera, la SAP Madrid 220/2013, de 17 de mayo (Roj: SAP M 9322/2013), declara la nulidad de parte de una cláusula, que impone al comprador el pago del impuesto municipal de plusvalía, pero no del resto del contrato.

⁶²⁰ La STS de 15 de junio de 1994 (AC 1129/1994) deja claro que la determinación de la existencia (o no) de un contrato y la eventual concurrencia de los requisitos esenciales del mismo constituye una cuestión de hecho cuya apreciación se encuentra atribuida exclusivamente a los Tribunales de Instancia.

⁶²¹ GONZÁLEZ PACANOWSKA I., <<Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato>>, en Op. cit., pág. 987; manifiesta, siguiendo la opinión general, que de aquí deriva una nulidad parcial por mandato de la ley, que se integra como una medida más de protección al consumidor.

realice las labores de integración y moderación (art. 83 TRLGDCU), logre evitar una situación no equitativa en la posición de las partes⁶²².

De esta manera, destaca la labor del Juez, que ha de realizar una labor de integración que viene legalmente determinada, por cuanto ha de realizarse conforme a los parámetros del art. 1258 CC (ley, usos y buena fe)⁶²³. También puede realizar una labor moderadora (lo que resulta habitual en materias tales como el establecimiento de cláusulas penales, tipos de interés, etc)⁶²⁴.

b) Resolución

Frente a la pretendida supervivencia del contrato, operada por mandato del legislador (que supone una aplicación del principio jurisprudencial de conservación del negocio jurídico), nos encontramos con que, declarada la nulidad de una cláusula puede que el contrato no contenga los requisitos exigidos por el art. 1261 CC (art. 9.2 LCGC) o que las restantes cláusulas determinen una situación no equitativa en la posición de las partes, que no pueda ser subsanada (art. 83.2 TRLGDCU)⁶²⁵. En estos casos nos veremos abocados a la resolución contractual⁶²⁶.

Por su parte, la nulidad radical acarrea⁶²⁷, en principio, los efectos previstos por el art. 1303 CC y, además, la indemnización por los daños y perjuicios causados

⁶²² No obstante lo expuesto, la SAP Salamanca 233/2013, de 7 de junio (Roj: SAP SA 378/2013), se muestra contraria a la labor integradora, por los resultados nocivos que pudiera tener para el consumidor, afirmando que <<en cuanto a la posibilidad de que el Juez, apreciada la abusividad de la cláusula, pueda “moderar” su impacto modificando su contenido, el TJCE interpreta el art. 6.1 de la Directiva 93/13 y declara que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. Determinando que el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Razona el Tribunal que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, se eliminaría el efecto disuasorio de las normas protectoras del consumidor, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando se declare su nulidad, el contrato se integrará por el juez nacional en lo que fuere necesario>>.

⁶²³ En ocasiones la labor consiste simplemente en tener la cláusula por no puesta. Vid CARRASCO PEREA A., <<Pacto de arras, nulidades contractuales y mercado inmobiliario en declive>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2008.

⁶²⁴ A este respecto, REYES LÓPEZ M.J., *Manual de Derecho Privado de Consumo*, Madrid, La Ley, 2009, pág. 234; pone de manifiesto que el Juez que declare la nulidad de la cláusula integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada, podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

⁶²⁵ CARRASCO PEREA A., <<Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores>>, en *publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2007, pág. 22; afirma que <<la ineficacia total del contrato sólo podrá declararse cuando el proceso de eliminación parcial + integración + moderación, no pueda impedir que las cláusulas subsistentes produzcan una situación “no equitativa” en la posición de las partes, que no pueda ser subsanada>>.

⁶²⁶ SAP Albacete 111/2013, de 23 de mayo (Roj: SAP AB 433/2013).

⁶²⁷ Y los supuestos de anulabilidad que no admitan una supervivencia del contrato.

al consumidor por lo que se ha venido denominando el “interés contractual negativo”⁶²⁸.

También queremos recordar que nuestra jurisprudencia, a partir de la STS 7 de junio de 1991⁶²⁹, ha centrado su análisis en tratar de conocer si el incumplimiento frustra el fin del contrato, superando la teoría que requería un incumplimiento deliberadamente rebelde. Y así, aunque no lo diga expresamente (al igual que el Código Civil francés y a diferencia del italiano de 1942) para el ejercicio de la acción resolutoria hemos de estar frente a un incumplimiento verdadero, propio, grave, esencial, que tenga la entidad suficiente como para no satisfacer las necesidades o expectativas de la parte cumplidora, quebrando la finalidad económica del contrato⁶³⁰.

Todavía conviene tener presente una cuestión que, aunque es de eminente carácter teórico, resulta de trascendental importancia en la práctica. Esta es si la resolución contractual puede ser declarada por el acreedor frente al incumplimiento del deudor o ha de ser necesariamente declarada por un juez o tribunal⁶³¹.

Así, el referido art. 1453 del Codice de 1942 exige que la resolución se demande ante un juez, aunque el artículo siguiente admite la resolución extrajudicial, al permitir al contratante cumplidor requerir de cumplimiento al otro por un plazo de quince días, entendiéndose que, tras el mismo, el contrato queda resuelto.

Por su parte, el art. 1.184 del Código Civil francés el contrato no se resuelve de pleno derecho por el mero incumplimiento del deudor, sino que hace falta la declaración judicial. No obstante, el art. 1.657 permite la resolución extrajudicial, a través del establecimiento de cláusulas expresas de resolución de pleno derecho, y cuando la propia ley así lo establezca.

Por su parte, el BGB alemán, a través del párrafo 323, permite la resolución extrajudicial del contrato sinalagmático, a cargo del contratante cumplidor, cuando le ha otorgado un plazo de cumplimiento, sin que el otro lo haya realizado dentro del

⁶²⁸ La STJCE de 4 de junio de 2009 (2009/155) no sólo permite al juez nacional que, de oficio, analice la abusividad de una cláusula, sino que le obliga a ello. En idéntico sentido se manifiesta la STS de 1 de julio de 2010 (RJ 2010,6554).

⁶²⁹ STS 445/91 (Roj: STS 16184/1991).

⁶³⁰ Tal y como reconoce BUSTO LAGO J.M., <<Sentencia de 6 de septiembre de 2010 ...>>, “La jurisprudencia actual ha sustituido la exigencia de una subjetiva voluntad de incumplimiento por el deudor, por la objetiva de frustración del fin del contrato; en alguna medida identificable con el incumplimiento esencial contemplado en el art. 8.103 de los PECL, que faculta a la contraparte perjudicada para dar por terminado el contrato”.

⁶³¹ A este respecto destaca el artículo de PINTÓ RUIZ J.J., <<Estudio sobre el Art. 1.124 del Código civil>>, en *Estudios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, Dykinson, 2011, pág. 535, en el que destaca, junto a los citados preceptos, el contenido de los art.11 de la Ley Hipotecaria y 59 del Reglamento Hipotecario que, aunque inicialmente pudieran dar pie a otras interpretaciones, la realidad judicial nos demuestra que carecen de virtualidad, al afirmar <<Pues bien, pese a la claridad y simplicidad del precepto reglamentario, esto no marcha así. Si no se *consiente* por el comprador, o consta su oposición, si no se consignan, pese a la existencia de cláusulas penales, las cantidades recibidas y, si habiendo letras de cambio pendientes de vencimiento, estas no se ponen a disposición del comprador, el automatismo y la *reinscripción* en favor del vendedor de su título dominical *no puede operarse*>>.

mismo. Incluso prevé que la posibilidad de resolución, sin necesidad de conceder un plazo, cuando el deudor se niega a cumplir de forma definitiva.

Igualmente, en el Common Law británico, el incumplimiento del deudor o la inejecución de la prestación no producen la resolución, sino que el acreedor puede elegir entre dar por resuelta la relación obligatoria o considerarla en vigor, ejercitando entonces las acciones indemnizatorias pertinentes, salvo en los casos en que el cumplimiento ha devenido imposible, en cuyo caso la resolución es automática.

Por su parte, nuestro legislador, aunque declara la necesidad de resolución judicial en el art. 1124 CC, no deja claro si esa declaración tiene carácter constitutivo o declarativo, existiendo algunas sentencias que entienden que sólo es posible la resolución extrajudicial cuando el deudor se muestra conforme con la resolución⁶³², siendo necesario en cualquier otro caso su estudio y declaración judicial (por lo que le confieren carácter constitutivo) y otras, las más y que conforman el criterio jurisprudencial imperante, que manifiestan que el juzgador se ha de limitar a declarar si la resolución se ajustó a Derecho o no⁶³³, es decir, si realmente ha existido un incumplimiento y si este cumple con los requisitos establecidos para merecer la sanción de la resolución, pudiendo conceder un nuevo plazo si las circunstancias lo justifican. En este segundo caso, es el acreedor el que resuelve, no el juzgador, por lo que le concede un carácter declarativo.

Nuestra doctrina se ha decantado por la segunda de las opciones, la que concede un carácter declarativo, dado que el art. 1124 establece una facultad del comprador⁶³⁴; si la sentencia fuera constitutiva, la resolución no podría ser entendida como una facultad del individuo, sino como una potestad jurisdiccional. No obstante, junto a la potestad del individuo se establece un control judicial para tratar de evitar que se cometan abusos, fiscalizando que el incumplimiento sea real y esencial, aunque no tenga efectos constitutivos⁶³⁵.

En otro orden, puede que también exista un incumplimiento recíproco. En estos casos nuestra jurisprudencia ha entendido que la facultad resolutoria

⁶³² Que arrancan con la STS 12 diciembre de 1955 (RJ 648) y de entre las que destacamos la de 19 de mayo de 1961 (RJ 2.325), 25 febrero 1964 (RJ 1148) y 28 septiembre 1965 (RJ 4.056). Todas ellas entienden que, a falta de conformidad, sólo la vía judicial puede declarar la resolución contractual.

⁶³³ STS 20 junio 1980 (J.A. 2.412), 19 noviembre 1984 (RJ 5.565), 17 enero 1986 (RJ 104), 28 febrero 1989 (RJ 1.409), 4 de abril 199 (RJ 2.694) y 7 de junio 1996 (RJ 4.827). Estas entienden que, para el caso de no ser consentida la resolución extrajudicial, ha de ser examinada y declarada por el juzgador, al no contar con la suficiente fuerza coactiva la mera voluntad de las partes.

⁶³⁴ CLEMENTE MEORO M., Op. Cit.

⁶³⁵ En este sentido, PEREZ DE ONTIVEROS BAQUEROS C., *Requerimiento y Resolución en la Compraventa Inmobiliaria*, Navarra, Aranzadi, 2001, pág. 56, partiendo del criterio jurisprudencial (SSTS de 9 de marzo de 1989 -RJ 1989, 2029- y 20 de febrero de 1995 -RJ 1995,884-) que admite el carácter automático en la compraventa inmobiliaria, puntualiza que *existiendo cláusula resolutoria expresa, ésta produce sus efectos desde el momento mismo en que es notificada notarial o judicialmente la voluntad resolutoria; ahora bien, no descartándose la intervención judicial, ésta debe quedar limitada, en su verdadero alcance, a comprobar la legalidad de su ejercicio.*

corresponde a quien ha cumplido y sufre el incumplimiento de contrario⁶³⁶, por lo que el sujeto incumplidor, en principio, no puede reclamar la resolución⁶³⁷. Este criterio, no obstante, se ha flexibilizado en algunas ocasiones, cuando el incumplidor no ha dado cumplimiento a obligaciones accesorias o menor entidad⁶³⁸, o incluso en casos de incumplimiento de obligaciones principales, si el incumplimiento se fundamenta en el incumplimiento de la otra parte o deriva cronológicamente del incumplimiento del otro contratante⁶³⁹.

No obstante, pese a lo anteriormente expuesto, debemos poner de manifiesto que, merced a la existencia de un mercado inmobiliario en declive, donde los compradores interesan la resolución contractual por no poder asumir sus responsabilidades y los promotores el cumplimiento (pues vendieron las viviendas a un precio superior al actual de mercado); nuestro Tribunal Supremo ya se ha manifestado, para denegar la nulidad de un contrato de compraventa por contener cláusulas abusivas, posiblemente por albergar un abuso de derecho.

Así, la STS 500/2013, de 10 de julio⁶⁴⁰, analiza la validez y eficacia de una cláusula contractual que disponía las consecuencias del incumplimiento contractual e imponía una penalización, sólo al comprador, del 40% del dinero entregado a cuenta, si el vendedor optaba por la resolución. En este asunto el promotor no opta por la resolución, sino por exigir el cumplimiento, y los compradores excepcionan este motivo de oposición, por nulidad de la citada cláusula, sin solicitar la resolución contractual sino la devolución de las cantidades entregadas a cuenta. El TS desestima la oposición y condena a los compradores al cumplimiento⁶⁴¹.

2. CASUISTICA SOBRE RESOLUCION

A) Falta de afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta

Ya hemos visto como la LOE ha querido mantener expresamente la vigencia de los mandatos impuestos por el RD 57/1968, aunque con pequeñas variaciones.

Y, en estas circunstancias, ante el incumplimiento por parte del vendedor, al comprador se le presentan dos alternativas:

⁶³⁶ Tal y como pone de manifiesto ÁLVAREZ LATA N., <<Sentencia de 8 de octubre de 2010: Resolución contractual e incumplimiento recíproco>>, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Pamplona, Aranzadi, N°87, sep-dic. 2011, pág. 1555.

⁶³⁷ SSTS 15 de julio de 1999 (RJ1999/5050), 29 de enero de 2000 (RJ 2000/456) y 13 de mayo de 2004 (RJ 2004/2759).

⁶³⁸ STS 29 de de diciembre de 1997 (RJ 1997/9664).

⁶³⁹ SSTS 13 de marzo de 1990 (RJ 1990/1693), 9 de mayo de 1996 (RJ 1996/3870), 31 de diciembre de 2002 (RJ 2002/9734).

⁶⁴⁰ STS 500/2013, de 10 de julio (Roj. STS 4085/2013). En idéntico sentido la STS 354/2013, de 3 de junio (Roj. STS 3070/2013) que, adelantando la falta de reciprocidad de la cláusula penal que impone al comprador una pérdida del 70% de las cantidades entregadas, no entra a su estudio, dado que el vendedor solicitó el cumplimiento del contrato y no su resolución.

⁶⁴¹ <<Esta Sala tiene declarado que sólo procede la existencia de un incumplimiento esencial cuando este frustra la finalidad del contrato, y ello no concurre en este caso>>.

- La suspensión de los pagos, hasta que el vendedor afiance las cantidades percibidas hasta entonces.
- El instar la resolución contractual.

Y dejamos al margen otras cuestiones, como el instar el cumplimiento de esta obligación, dado que la práctica forense nos demuestra que es casi seguro que la vivienda esté terminada antes que la tramitación del pleito, por lo que escasa satisfacción le aporta esta solución al comprador. También dejamos a un lado la posibilidad de denunciar en la vía administrativa pues, al margen de la sanción que le pudiera ser impuesta al vendedor (teniendo presente que son muchas las Comunidades Autónomas que no han desarrollado el mandato legislativo y no han dispuesto un marco sancionador), tampoco recibe el comprador una respuesta efectiva a su situación de necesidad. Es más, todavía genera más incertidumbre, pues la sanción que hipotéticamente le pudiera ser impuesta al vendedor repercute en su situación financiera, de manera que los efectos de la denuncia terminan perjudicando al comprador.

Digamos que, en principio y, atendiendo a la propia exposición de motivos de la citada Ley 57/1968⁶⁴², sólo las dos situaciones anteriormente relatadas podrían servir al fin: la primera como una medida transitoria o de presión y la segunda como medida de solución.

La primera de las opciones parece no presentar mayores problemas, dado que nos encontramos en presencia de un contrato sinalagmático, y quien previamente no ha cumplido adecuadamente con sus obligaciones (de afianzamiento) mal puede tratar de exigir el cumplimiento (pago) del contrario. En caso de pretenderlo, parece evidente la prosperabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*. Finalmente, la solución por esta vía vendrá dada en el sentido de no realizar pago alguno hasta el momento de terminación de la vivienda (verificado por la obtención de la cédula de habitabilidad) y correspondiente otorgamiento de escritura pública de compraventa⁶⁴³.

Y es cierto que esta última vía se ha venido utilizando en los últimos tiempos por compradores que, debido al descenso en el precio de la vivienda, a la cotización de su divisa o a la imposibilidad (o grave dificultad) de obtener financiación, han acudido a esta vía para pretender una resolución del contrato⁶⁴⁴.

⁶⁴² Pues busca <<normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que esta no se lleve a efecto>>.

⁶⁴³ En este sentido destacan la SAP Valencia de 3 de octubre de 2007 (RJ 2008, 5163) y Guipúzcoa de 9 de febrero de 2006 (RJ 2007, 133017).

⁶⁴⁴ Esta circunstancia ya ha sido advertida por nuestra jurisprudencia, llegando a condenar la STS 597/12, de 8 de octubre (La Ley 149046/2012) a los compradores que adquirieron para especular -por lo que no pueden ser calificados como consumidores y usuarios- al cumplimiento del contrato, a solicitud el promotor, desechando la imposibilidad sobrevenida (por denegación de la subrogación en el préstamo hipotecario del promotor), *pues* <<cuando se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios con la consiguiente disposición urgente de inversión, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptado que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora que ningún beneficio obtiene de las ulteriores ventas>>.

La respuesta jurisprudencial no es unívoca, pues unas Audiencias Provinciales configuran esta obligación de afianzamiento como una obligación esencial del contrato y otras la configuran como una prestación accesorio.

En atención a la calificación que realice el Juzgador, la respuesta será el conceder la resolución contractual (reservada para el incumplimiento de obligaciones principales⁶⁴⁵) o negarse a ello⁶⁴⁶.

A nuestro entender, la falta de afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta durante la construcción supone un incumplimiento grave del vendedor (por afectar a sus obligaciones esenciales) y sí faculta al comprador a instar la resolución contractual. Cuestión distinta, pero cada vez más valorada por nuestra jurisprudencia, es el momento en que se denuncie esta falta de afianzamiento, pues resulta habitual que, cuando la vivienda ya está terminada (pero, generalmente a falta de obtener la licencia de primera ocupación), los compradores pretendan la resolución contractual amparados en este incumplimiento contractual. En estas circunstancias, la jurisprudencia en general (volviendo al criterio de mantenimiento del negocio jurídico) ha relativizado las consecuencias del incumplimiento contractual y, en general, ha denegado la resolución contractual, si se pretendía sólo por este motivo⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ Destacamos las sentencias dictadas por la AP Alicante el 26 de enero de 2006 (RJ 2006, 185882) y el 14 de enero de 2009 (RJ 2009, 129797) que afirma <<en conclusión, esta manifiesta infracción del derecho de los compradores a garantizarle la restitución de las cantidades entregadas a cuenta constituye una infracción grave de contenido imperativo de los contratos de compraventa de vivienda futura que también justifica la resolución del contrato pues impide el ejercicio de un derecho irrenunciable por los compradores (artículo 7 de la Ley 57/1968) en el caso de no entrega de la vivienda en el término pactado>>. Y también citamos la SAP de Málaga de 1 de septiembre de 2008 (RJ 2009, 54789), que afirma que dicha obligación es tan esencial que es de carácter legal. Y esta obligación legal recibe un trato especial por afectar a objetos de primera necesidad.

⁶⁴⁶ De entre las segundas, destaca la STS de 15 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8217), que lo califica como un deber legal administrativo y que condiciona la posibilidad de resolución a la expiración del plazo concedido para el comienzo de las obras o entrega de las viviendas. También las SAP Málaga de 24 de enero de 2008 (RJ 2008, 245725) y 23 de octubre de 2008 (RJ 2009, 64687).

⁶⁴⁷ Y así lo expone (citando otras resoluciones que ya forman parte del criterio jurisprudencial citado) la SAP Alicante 322/2012, de 23 de mayo (Roj SAP A 1594/2012), que afirma: <<En cuanto a la falta de constitución de los avales por las cantidades entregadas a cuenta, sobrada jurisprudencia establece que no puede invocarse como causa de resolución contractual la falta de constitución de los avales o seguros legalmente establecidos, cuando la vivienda se halla terminada, pues el mismo deja de cumplir su finalidad de asegurar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta cuando la vivienda no se construye o no se finaliza en plazo convenido.

Como se dice en la SAP Las Palmas de 28 octubre 2011 <<Esta Sala coincide en lo señalado por la Jurisprudencia arriba citada, en concreto la Sentencia de la AP de Murcia (Sección 4a), núm. 274/2011 de 26 mayo, cuando expone que <<es cierto que la falta de la garantía, mientras la vivienda no estuviera construida, podría haber fundado dicha pretensión, pero la finalidad de la norma es impedir que el dinero entregado a cuenta sea destinado a un fin diferente de la construcción del edificio, y en el presente caso no cabe duda de que sí tuvo tal destino, pues, cuando se interpone la demanda, e incluso cuando comunica su decisión de resolver el contrato el 16-10-2008, ya estaba acabada la vivienda, existiendo desde el 23-9-2008 el certificado de fin de obra, que, según la propia certificación del aval, ponía fin a la vigencia del mismo. Esta Sala ha venido reiteradamente sosteniendo la imposibilidad de invocar el citado incumplimiento como causa de resolución del contrato celebrado una vez finalizada la obra (sentencias citadas por la de instancia y las de esta Sección de 26-11 y 17-12-2009). Es cierto que la Ley 57/1968 prevé que hasta la cédula de habitabilidad (actualmente licencia de primera ocupación) no se cancelará el aval o seguro, pero debe tenerse en cuenta que el 1-10-2008 ya se había solicitado dicha licencia y que finalmente se ha concedido, por lo que se acredita la correcta finalización de la obra desde antes de la expresión de la

Y llegamos a esta solución por entender que el espíritu del legislador es proteger al consumidor, y no regular unas relaciones del promotor para con la administración, así como por entender que, de lo contrario, esta norma se encontraría vacía de contenido. Al haber sido referida por las posteriores normas de consumo que se han ido promulgando, queda claro el contenido principal de la misma (la defensa del consumidor y usuario), frente a la vertiente administrativa, que queda relegada como una cuestión periférica.

Todavía conviene reflexionar en un doble sentido:

- Que lo garantizado solidariamente por la aseguradora (en el menor de los casos) o por la entidad crediticia (Banco Caja de Ahorros, siendo este el método habitual) no es que la vivienda comience en el plazo establecido o que concluya de igual modo y obtenga la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación. Lo que se garantiza (al margen de la correcta utilización de las cantidades entregadas a la efectiva construcción) es que, llegado este supuesto, el promotor devolverá las cantidades percibidas, de lo que el garante responde solidariamente. Y esta responsabilidad es directa, pues el legislador permite la reclamación directa al garante, sin necesidad de requerimiento previo al promotor. Y este extremo nos conduce a la segunda de las ideas señaladas.
- Que, para poder ejercitar la acción directa frente al garante, habrá que aportar el original de la póliza individual o el documento de aval y el documento fehaciente que acredite la falta de inicio de las obras o de adecuada terminación, en el plazo estipulado⁶⁴⁸. Respecto al segundo de ellos (dado que el primero es evidente) existe una cierta controversia generada por la existencia de resoluciones contradictorias. Entendemos que, por tal, deberá aportarse o una certificación del Ayuntamiento de que la vivienda carece de licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad, o bien un acta notarial, donde conste el estado de construcción de la obra.

En atención a nuestra realidad social, no podemos dejar de mencionar la situación en que queda el comprador de la vivienda respecto de la eventual ejecutividad del título, una vez que el promotor es declarado en concurso de acreedores⁶⁴⁹. Y lo primero a destacar es que (desde una perspectiva inicial) según los art. 61 y 62 LC el comprador no podrá instar la resolución del contrato de compraventa de vivienda en construcción por incumplimientos del promotor previos

voluntad de la compradora de resolver el contrato, por lo que no puede invocar como causa un incumplimiento ya intrascendente.'. Posición que consideramos absolutamente ajustada al cumplimiento de las contraprestaciones a las que se obligan las partes en el contrato, y por ello consideramos también que la falta de prestación de dicho seguro no es un defecto esencial del contrato">>.

⁶⁴⁸ Y, tal y como destaca nuestra jurisprudencia menor (AAP Madrid 30/2009, de 19 de febrero - Roj: AAP M 1493/200-) el título ejecutivo tiene que venir integrado necesariamente por estos dos documentos y <<si no se acompaña, pierde su carácter, está incompleto y no es subsanable ya que no se trataría de un defecto procesal accesorio sino del soporte de una acción ejecutiva>>.

⁶⁴⁹ Cuestión analizada por ESTRUCH ESTRUCH J., <<El título ejecutivo de la Ley 57/68 y el concurso del promotor>>, AAVV, Coord. F. P. B.G., *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penedés*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 1004.

a la fecha de declaración del concurso y, para el caso de ser incumplimientos posteriores, deberá instarse ante el Juzgado que tramita el concurso, que podrá denegar la resolución, en interés del concurso⁶⁵⁰.

El problema es que algunos entienden que primero habrá que instar la resolución contractual ante el Juzgado de lo Mercantil, mediante un incidente; sólo cuando haya sido declarada ésta se podrá ejecutar el título⁶⁵¹.

A nuestro entender (coincidiendo con ESTRUCH y RODRÍGUEZ ACHUTEGUI⁶⁵²) sí que se puede instar la ejecución, sin necesidad de obtener previamente la resolución judicial del contrato, y ello porque la previa resolución no es un requisito establecido legalmente, y nuestra jurisprudencia así lo ha declarado en numerosas ocasiones. Además hemos de señalar que en el procedimiento ejecutivo (en el que sólo son parte la entidad garante y el beneficiario, comprador de la vivienda) no se discute el incumplimiento del promotor, que pudiera facultar una resolución (a dilucidar en otro procedimiento declarativo frente al promotor), sino tan sólo la concurrencia de los requisitos establecidos por la Ley 57/68. Al margen queda la cuestión meramente procesal, de que no existe cauce procesal hábil para poder proponer esta excepción por parte del garante, dado que el art. 557 LEC establece una serie de motivos tasados de oposición.

Finalmente, se ha señalado que una cuestión es la mera ejecución del título por parte del comprador y otra es la situación contractual, que no ha variado, por lo que (en principio) habrá que instar la resolución (incluso el cumplimiento por la administración concursal)⁶⁵³. Se afirma también que *tras la ejecución del título no judicial lo único que habrá variado es que existe un hecho concluyente del comprador (la ejecución del aval o seguro) indicativo de su voluntad de resolver el contrato por incumplimiento de la promotora (anterior o posterior a la declaración del concurso)*.

B) Defectos en la vivienda

La protección que el ordenamiento jurídico brinda al comprador de viviendas, con independencia de su cualidad de consumidor y usuario, merece una consideración aparte. Y el punto de partida lo encontramos en el régimen que con carácter genérico establece el Código Civil, a saber:

- Por un lado, el referente a la *relación entre comprador y vendedor*, que comprende tanto el régimen general regulador de la responsabilidad contractual como el de la responsabilidad por vicios ocultos, en sede de contrato de compraventa.

⁶⁵⁰ En idéntico sentido se manifiesta el citado autor en *El comprador de vivienda ante el concurso del promotor*, Navarra, Aranzadi, 2012, pág. 162.

⁶⁵¹ ENCISO ALONSO-MIÑUMER M., <<Crisis de constructoras e inmobiliarias y protección de los compradores>> en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, La Ley, Nº12, 2010 y GONZÁLEZ NAVABO B.A., <<Concurso de promotoras inmobiliarias y contratos de adquisición de viviendas pendientes de ejecución>> en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, La Ley, Nº13, 2010; ambos citados por ESTRUCH, Op. cit., pág. 1011.

⁶⁵² ESTRUCH, Op. Cit. Pág. 1386.

⁶⁵³ ESTRUCH, Op. cit., pág 1024.

El sistema de responsabilidad contractual se encuentra principalmente regulado por los arts. 1124 y 1101 CC y el sistema relativo a las acciones edilicias, cuando se trate de vicios ocultos, se encuentra regulado en los arts. 1469 a 1472 CC.

El sistema diseñado por el Código Civil motiva la existencia de tres tipos de acciones: la de cumplimiento, la de saneamiento por vicios o defectos y la de resolución.

Estas tres acciones son compatibles entre sí, tal y como ha expresado nuestro Tribunal Supremo en numerosas resoluciones⁶⁵⁴.

Si analizamos estos preceptos, podemos concluir que se trata de un sistema imperfecto, dado que, por una parte, el sistema de responsabilidad por vicios ocultos resulta extremadamente corto, ya que viene limitado a un plazo de seis meses. Por otra, el sistema de responsabilidad contractual no ofrece gran seguridad jurídica a quien la demanda, puesto que en gran medida las soluciones que ofrece vienen marcadas por una remisión a otras normas y, en otro orden, se trata de una materia en la que impera la casuística, donde la jurisprudencia menor ofrece soluciones distintas a problemas aparentemente similares.

- Por el otro, el *referente a las relaciones del comprador frente al contratista y arquitecto*, que viene referido por el art. 1591 CC⁶⁵⁵. Así, tal y como ha destacado nuestra doctrina⁶⁵⁶, la razón de ser del precepto se halla en la naturaleza duradera de la construcción, en la que se produce un vicio grave o esencial, que no suele manifestarse al recibir la obra, sino después de cierto tiempo, <<imponiendo en consecuencia durante el mismo a contratistas y arquitectos esa mayor duración de su responsabilidad por las consecuencias de su labor mal hecha>>.

El citado art. 1591, que ha sido el tradicionalmente utilizado por nuestros Tribunales para tratar de solucionar este tipo de conflictos, nos encontramos con que

⁶⁵⁴ SSTS 241/2012, de 11 de abril (Roj: STS 2630/2012) y 543/2012, de 18 de septiembre (Roj: STS 6116/2012).

⁶⁵⁵ Destaca el artículo de ESTRUCH ESTRUCH J., <<Compatibilidad del ejercicio de las acciones derivadas del contrato de compraventa de vivienda con las derivadas de la responsabilidad decenal del art. 1591 del Código Civil>>, en *Revista de Derecho Patrimonial*, Navarra, Aranzadi, núm.2, 1999. De este artículo queremos recordar que, al margen del ámbito de aplicación del art. 1591 CC, el contrato de compraventa también quedaría incumplido (lo que originaría la correspondiente responsabilidad contractual del promotor, como vendedor) aunque los defectos no tuvieran la consideración de ruina. Incluso, en ese caso, también se habría incumplido el contrato de obra, lo que legitimaría al propietario a reclamar al contratista, en base a lo dispuesto por los art. 1091, 1098, 1101, 1166 y 1258 CC (STS 2 de diciembre de 1994 –RJ 1994, 9394-), así como a los intervinientes en el proceso constructivo. Por último, el citado autor, amparado en diversas sentencias (STS 27 de junio 1994 –RJ 1994, 6505- y 8 de febrero de 1982 –RJ 1982,584) defiende la compatibilidad de acciones, siendo posible que el promotor no tenga responsabilidad ex art. 1591 CC pero, como el estado de la vivienda no se corresponde con lo que se pactó (una vivienda sin deficiencias y presentada en el mercado como un producto correcto (STS 21 de marzo de 1996 –RJ 1996, 2233-), puede que el promotor tenga que responder frente a los compradores por la vía de la responsabilidad contractual.

⁶⁵⁶ LUCAS FERRANDEZ F., AAVV, Coord. M.A.G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1986, Tomo XX, Vol. 2, pág. 275.

viene, originalmente, limitado al supuesto de declaración de ruina de la edificación⁶⁵⁷.

También conviene recordar que el citado precepto viene referido sólo al contratista y al arquitecto. La inclusión dentro del promotor en el campo subjetivo de la norma también ha sido fruto de una labor interpretativa de la jurisprudencia, dado que en la redacción original no se incluyó esta figura⁶⁵⁸. Y de igual manera, la jurisprudencia extendió el ámbito de la legitimación activa, pues inicialmente (en atención a la literalidad del precepto) sólo viene referida al comitente de la obra, para extenderlo a los posteriores adquirentes de la vivienda, quienes se subrogan en los derechos y acciones del transmitente⁶⁵⁹.

Paralelamente, la opción por la que optó la jurisprudencia tradicional fue la de dotar de elasticidad al término "ruina", inicialmente concebido como derrumbamiento físico, ampliando su significado mas allá de los estrictos términos gramaticales.

En esta labor interpretativa⁶⁶⁰, lo primero que hizo nuestro Tribunal Supremo fue incluir en el término de ruina el de *ruina parcial*. Posteriormente, incluyó dentro del término de ruina la denominada *ruina futura o temida* y, finalmente, concluyó con la denominada *ruina funcional*.

El último paso en esta labor integradora o expansiva del término ruina fue el identificarlo con un grave incumplimiento contractual, que es aquel que excede de las imperfecciones corrientes⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ PICATOSTE BOBILLO J., <<Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de vivienda>>, AAVV, Coord. A.A.L., *Hacia un Código del Consumidor*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Manual de Formación Continuada, Nº 34, 2.005, pág. 487-670.

⁶⁵⁸ SSTS que parten de la de 11 de octubre de 1974 (RJ 1974, 3798) y luego han sido muy numerosas, destacando las de 20 de junio de 1995 (RJ 1995, 4934), 5 de julio 1997 (RJ 1997, 5507) y 27 de enero 1999 (RJ 1999, 7). De igual manera, la jurisprudencia amplió el ámbito de la legitimación pasiva, para incluir en el precepto al arquitecto proyectista, aparejador. Por último, también la Administración pública, cuando promueve viviendas (STS 22 de junio de 2001 –RJ 2001, 5074-).

⁶⁵⁹ SSTS 3 de febrero de 1995 (RJ 1995, 734), 27 de abril de 1995 (RJ 1995, 3259), y 6 de febrero de 1997 (RJ 1997, 681).

⁶⁶⁰ Que, tal y como pone de manifiesto CORDERO LOBATO E., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la edificación*. Aranzadi, Navarra, 2005, pág 296, <<la creación judicial no siempre tuvo su causa en un laguna legal, sino en una laguna impropia que propició el desarrollo de una jurisprudencia de intereses en virtud de la cual el art. 1591 CC adquirió un contenido normativo que, en su origen, no estaba llamado a tener>>.

⁶⁶¹ A este respecto destacamos la sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo el pasado 26 de octubre de 2006 (BDB TS 10740/2006), según la cual <<el término "ruina" surge cuando el artículo 1591 del Código Civil menciona las diversas responsabilidades por un edificio que se arruina por vicio en la construcción; literalmente "arruinar" significa "causar ruina", esto es, la "acción de caer o destruirse una cosa", "el derrumbamiento", y, en sentido figurado, también quiere decir "destruir o causar grave daño"; interpretado así, el vocablo "ruina" determina que el vicio de la construcción ha de ser de tal gravedad que cause el derrumbamiento del edificio. Las doctrinas científica y jurisprudencial se apartan de esta interpretación literal, y dan una significación más flexible al concepto de ruina. En primer lugar, no se limita la aplicación del precepto al supuesto de ruina real, que exige un derrumbamiento actual y efectivo, sino que se extiende su ámbito al caso de amenaza o peligro de ruina, manifestado exteriormente por signos visibles, como son las modificaciones o alteraciones en los elementos esenciales para la estabilidad del edificio, que denotan por sí una situación de peligro; bastan, como declara la doctrina jurisprudencial, graves defectos que hacen "temer la próxima pérdida" de la obra, o la "inmediata posible ruina", en un plazo más o menos

No obstante, por muy elástico que sea el concepto de ruina, no toda imperfección en la construcción tiene cabida dentro del término, ni tiene por qué ser acogido por el concepto de <<vicios ocultos>>.

Al margen, junto al plazo de garantía de diez años, el Código Civil (art. 1.964) establecía un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de quince años⁶⁶².

En estas cuestiones conviene observar la regulación de otras legislaciones que adoptan fórmulas distintas, pero que nos pueden orientar para una posible modificación. Así, la legislación italiana el art. 1669 del Codice Civile va más allá de la mera ruina material o actual y sanciona el <<evidente pericolo di rovira>>. Por su parte, el sistema británico comienza diferenciando entre dos tipos de daños: los daños patentes (patent defects) que vienen referidos a aquellos defectos que son la consecuencia necesaria de algo observable, por lo que podríamos decir que son aquellos de apreciación evidente; y los daños latentes (latent defects), que son aquellos que se manifiestan sólo tras una inspección y son de carácter subjetivo.

Y a este respecto, dada la tendencia (por estar orientado hacia la justicia preventiva) a utilizar contratos estándar, redactados por organismos que gozan de prestigio en la materia, destacamos el JCT Standard Forms (Joint Contract Tribunal Standard Form of Building Contract) que, en sus distintas ediciones, contiene previsiones a este respecto.

Así, la edición de 1998, en su art. 17 dispone la firma de un acta por parte del arquitecto a la terminación de las obras y antes de la utilización de la vivienda, donde conste la adecuada terminación de las obras o, si aprecia algún defecto, le impone la obligación al constructor de repararlo en 14 días. Por su parte, la edición de 2005

breve. En segundo lugar, el texto del artículo 1591 no precisa si la ruina ha de ser total o parcial. En general, la doctrina científica entiende que el precepto se refiere a la ruina total y a la parcial, al derrumbamiento de la construcción o de los elementos sustanciales de la misma, o de una parte de ella, cuya posición es seguida por la jurisprudencia. Junto a esta amplia concepción del término "ruina", un significado sector doctrinal, extiende la responsabilidad decenal a aquellos supuestos de vicios o defectos constructivos que, sin afectar a la solidez del edificio, hacen impropia la construcción para el uso al cual es destinada; en este espacio, se dice que el artículo 1591 es aplicable al caso de ruina parcial, aunque ésta no afecte en lo más mínimo a la subsistencia de la construcción; que el concepto de ruina comprende todo detrimento o menoscabo grave que experimente una edificación, y que, sin afectar a su solidez, exceda de la medida de las imperfecciones corrientes, configurándose como una violación de las reglas de la "lex artis" o del contrato. Con mención a la doctrina jurisprudencial, hay que traer a colación la STS de 27 de diciembre de 1983, la cual explica que "el concepto de ruina ha de ser referido no sólo a lo que en sentido riguroso y estricto pudiera implicar derrumbamiento o destrucción total o parcial de una obra, sino a un más amplio contenido de arruinamiento, extensivo a defectos o vicios que afecten a los elementos esenciales de la construcción, que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato de obra", cuya sentencia constituye doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, pacífica y consolidada, y puede estimarse como epítome de otras posteriores, muy numerosas>>.

⁶⁶² Esta circunstancia, que posibilitaba la existencia de reclamaciones por vicios en la construcción 25 o 30 años después de la recepción de la obra (que prácticamente acapara la vida laboral del arquitecto), hizo que surgieran voces discrepantes y, en el proyecto de Ley 121/000043, de 1994, que pretendía modificar la regulación del contrato de servicios y obras existente en el Código Civil, se propuso un plazo de prescripción de tres años para las acciones en reclamación de los vicios constructivos.

simplifica el régimen establecido y, en vez de hablar de período de responsabilidad por defectos, habla de período de rectificación.⁶⁶³

Y, con este esquema, se supone que, a la fecha de entrega de la vivienda, no pueden existir trabajos pendientes ni defectos patentes; respecto a los latentes, el constructor tiene el derecho a repararlos por sí mismo y a su costa y (caso de no hacerlo) la obligación de indemnizar al promotor.

Nuestro ordenamiento trató de dar soluciones a estos temas con la Ley de Ordenación de la Edificación, que en su art. 17 estableció un nuevo régimen de responsabilidad, aplicable a las edificaciones definidas por la propia norma y cuya licencia de construcción se solicite a partir del 6 de mayo de 2000⁶⁶⁴.

Este régimen es compatible con el configurado por el Código Civil, anteriormente referido⁶⁶⁵. Básicamente consiste en aplicar el régimen previsto por el art. 1951 CC para aquellas edificaciones cuya licencia de edificación se solicitase antes de la entrada en vigor de la LOE (6 de mayo de 2000), por lo que está llamado a su extinción por un mero criterio temporal; así como a las edificaciones que no se encuentren comprendidas dentro del ámbito de la edificación definida por el art.2 LOE (lo que nos podría llevar a la paradoja de que obras de menor trascendencia se encuentren sometidas a un régimen más garantista) o para la reclamación de daños no amparados por la LOE (que limitada a los materiales⁶⁶⁶).

El régimen establecido por la LOE consiste en la existencia de tres niveles o tipos de garantías:

- Una responsabilidad decenal, que viene referida únicamente a los vicios o defectos estructurales que comprometan la seguridad del edificio⁶⁶⁷.

⁶⁶³ El sistema británico faculta al arquitecto para poder conceder una *practical completion* cuando la vivienda se puede utilizar para el fin al que se destina (y en este caso, cuando el promotor recibe la obra, comienza el plazo de 14 días para la apreciación de defectos latentes). También puede conceder una *substantial completion* cuando la mayor parte de los trabajos están terminados, con independencia de que se pueda habitar. Esta segunda viene regulada con gran detalle por la Institution of Civil Engineers (ICE), en las Conditions of Contract (7ª edición).

⁶⁶⁴ ESTRUCH ESTRUCH J, *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Pamplona, Civitas, 2011, pág. 500; nos define el concepto de edificio como <<una obra inmueble por naturaleza o destinación que previsiblemente deba tener una duración más o menos larga y que se realice de nueva planta o mediante remodelación importante de otra construcción anterior>>.

⁶⁶⁵ CORDERO LOBATO E., <<STS de 22 de marzo de 2010: Inaplicación retroactiva del plazo de prescripción del art. 18 de la LOE a edificaciones preexistentes a su entrada en vigor>>, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N°85, enero-abril 2011, pág. 2256, afirma que <<el TS concluye que el régimen transitorio establecido en la disposición transitoria primera de la LOE determina la subsistencia de dos regímenes diferenciados de responsabilidad según que la edificación se concluyera al amparo de la licencia solicitada antes o después de la entrada en vigor de la LOE>>.

⁶⁶⁶ Pese a que nuestro TS, en sentencias de 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8097) y 31 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 9736), haya aceptado la inclusión del daño moral (pese al tenor literal del precepto).

⁶⁶⁷ A estos se refiere el citado precepto cuando los limita a *los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio*.

Y a este respecto, tan sólo destacaremos que los daños descritos han de afectar a los elementos citados (con independencia de su origen) y, además, comprometer directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

Siguiendo con el esquema anteriormente trazado, relativo a la evolutiva expansión del término de ruina, podemos concluir que este nivel comprende tanto los supuestos de ruina física actual como futura, pero no la funcional.

Y, según nuestra doctrina, frente a los requisitos establecidos por el legislador para la aplicación de este régimen, por el mero hecho de verse afectados los elementos más esenciales de la edificación, por vicios o defectos de la construcción, debe establecer una presunción iuris tantum de que estos defectos afectan y comprometen a la resistencia y estabilidad del de la edificación⁶⁶⁸.

- Otra responsabilidad trienal, relativo a los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, referidos por el art. 3.1 c) de la LOE⁶⁶⁹. Dentro de este grupo podríamos diferenciar⁶⁷⁰ (en atención a las sentencias dictadas) los defectos que afectan a la salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio⁶⁷¹, a la protección contra el ruido⁶⁷², al aislamiento térmico y ahorro de energía, así como a otros aspectos funcionales que permitan el uso satisfactorio del edificio.

En este sentido sí podría tener encuadre la denominada <<ruina funcional>> dado que esta hace referencia a defectos que, no comprometiéndola estructura y seguridad del edificio, lo hacen inservible para el fin o destino que le es propio.

- Por último, nos encontramos con una responsabilidad anual, referente a “*los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras*”⁶⁷³.

⁶⁶⁸ ESTRUCH ESTRUCH J., Op. cit.

⁶⁶⁹ Es decir, los relativos a *higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos. Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades. Ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio. Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio.*

⁶⁷⁰ Siguiendo el esquema trazado por ESTRUCH ESTRUCH J., Op. cit.

⁶⁷¹ Y es aquí donde se incluyen los defectos por humedades o filtraciones que, con la anterior normativa, tenían cabida en el concepto de ruina del art. 1591 CC, de protección más extensa, y que ahora quedan relegados a este breve plazo de garantía (SSTS 16 de noviembre de 2011 (RJ 2001, 9459) y 27 de junio de 2002 (RJ 2002, 5505)).

⁶⁷² Que también tenía acogida en el término de ruina funcional, v. gr. STS de 10 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1829) y 16 de noviembre de 201 (RJ 2001,9459).

⁶⁷³ Tal y como pone de manifiesto CORDERO LOBATO E., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Navarra, Aranzadi, 2005, pág. 311; por elementos de terminación y acabado (citados por el legislador, pero no definidos) debemos entender el << acabado de la labor constructiva de cualquier elemento del edificio, sin que necesariamente tengan que afectar a elementos

Este concepto englobaría a las denominadas por nuestra jurisprudencia *imperfecciones corrientes de la construcción*. Y, en este caso, la responsabilidad del promotor es objetiva, siempre que el defecto devenga de un vicio o defecto de ejecución.

En los tres supuestos, el plazo de garantía comienza a contarse desde que se suscriba el acta de recepción sin reservas o transcurran seis meses desde la terminación de la edificación sin suscribirse (por presunción). Para el caso de suscribirse el acta de recepción con reservas, se establece un doble plazo por el legislador: el de reparación de las reservas, por un lado, y el del resto de trabajos, por otro, desde la fecha del acta.

Así visto, si analizamos este régimen en contraposición al establecido por el del art. 1.591 CC podemos concluir:

1º.- Que el actual sistema ha recortado en muchos casos el plazo decenal, dado que la mayoría de daños queda reducida a un plazo trienal, incluso al anual⁶⁷⁴. No obstante, entendemos que con esta postura lo que ha pretendido el legislador ha sido volver a los inicios, reconociendo un plazo de garantía decenal sólo para los supuestos más graves, alejándose de forzadas interpretaciones.

2º.- Trata de dotar de cierta seguridad jurídica al panorama creado por la interpretación extensiva del art. 1.591 CC, puesto que hasta entonces, si surgía un conflicto, su solución quedaba al criterio del Juzgador, por lo que dependiendo de la Audiencia Provincial (incluso de la Sección de ésta) que conociera el asunto se podía esperar una solución u otra, lo que atentaba no sólo frente al principio de seguridad jurídica, sino frente al de igualdad proclamado por nuestra Constitución.

3º.- El actual sistema reduce igualmente el plazo de ejercicio de acciones, puesto que mientras el art. 1.964 establecía un plazo de prescripción de quince años para los supuestos amparados por el art. 1.591 CC; el art. 17 LOE lo reduce a dos, a contar desde que se produzcan los daños, sin perjuicio de las acciones derivadas del incumplimiento contractual.

4º.- El sistema establecido por la LOE es compatible con las responsabilidades dimanantes del contrato de compraventa, tal y como reconoce la propia LOE (Cfr. art 17.9), que alcanzan al vendedor frente al comprador, de acuerdo a lo establecido en el contrato de compraventa suscrito, a los artículos 1484 y siguientes C.C. y demás legislación aplicable a la compraventa.

Por último, a este sistema de garantías tendremos que unir el establecido por el seguro de responsabilidad decenal referido por la LOE para garantizar los daños

individualizables y con independencia de la fase constructiva en que los mismos se hayan ocasionado>>.

⁶⁷⁴ A este respecto, CORDERO LOBATO, E., Op. Cit., pág. 310; critica la amplitud del art. 3.1 c.4) LOE <<que hace que este sea un requisito de habitabilidad de dudosa interpretación>>. Si a esta circunstancia se une la ausencia de definición de los llamados <<elementos de terminación o acabado>>. Para esta autora deberían incluirse en este apartado todos los daños que el TS ha calificado de ruina funcional, es decir, los que afectan a la calidad o a las condiciones de uso o habitabilidad del edificio.

materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

Respecto a los otros dos tipos de seguros previstos por el citado precepto, dado que no son de suscripción obligatoria (ni habitual⁶⁷⁵), no podemos darle encaje práctico en el esquema trazado⁶⁷⁶

Al margen, cuando concurre la cualidad de ser un consumidor o usuario, nos encontramos con las previsiones de los art. 148 y 149 TRLGDCU, que establecen un régimen especial de responsabilidad y afectan (el primero) a los servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, así como (el segundo) a los daños causados por inmuebles⁶⁷⁷. Este régimen de responsabilidad ha sido muy criticado, dado que carece de jerarquía normativa para poder introducir modificaciones en el régimen establecido por LOE y CC, y se ha señalado⁶⁷⁸ que lo que trata es de recuperar el amplio margen de protección que, antes de la LOE otorgaba el art. 1591 CC al

⁶⁷⁵ Dado que la mayoría de conflictos surgen con motivo de los daños cubiertos por el plazo trienal, es muy dudoso que ninguna compañía aseguradora ofrezca voluntariamente este producto.

⁶⁷⁶ En el Derecho británico, esta cuestión es analizada por:

- *Limitation Act 1980* (L.A. 1980), que establece un período de ejercicio de la acción basada en un incumplimiento contractual de seis años, desde el momento en que ocurrió la causa de incumplimiento, para el caso de contratos sencillos, y de doce años para el caso de ciertos contratos específicos.
- *Defective Premises Act 1972* (D.P.A. 1972), que regula la obligación de realizar adecuadamente los trabajos de construcción. Para los supuestos analizados, modifica el punto de partida del plazo de garantía al momento de terminación de la vivienda o, si se han tenido que realizar posteriormente tareas de corrección de aquéllos indebidamente ejecutados, al momento de terminación de las mismas. De esta manera, alarga el plazo de garantía, pos extender el momento inicial.
- *Latent Damage Act 1986* (L.D. 1986), que analiza ciertos supuestos de daños que son consecuencia de un acto de negligencia y que no se descubren hasta que se producen sus efectos. En este caso, extiende el plazo de garantía inicialmente referido e insertan secciones adicionales a la L.A. de 1986, pues al plazo establecido se extiende hasta el mayor: o bien el de seis años, desde el día en que se produce el daño, o bien otro de tres años, desde el día que se descubre el daño, y este conocimiento ha de ser relevante, tal y como queda expuesto en las sentencias de los casos *Halford v Brookes* (1991), *Spencer-Ward v Humberts* (1995), llegando a afirmar (*Mortgage Corporation v Lambert & Co and Another* (200)), que el conocimiento referido por la norma debe permitir al demandante que el daño es lo suficientemente serio como para justificar el ejercicio de la acción. En todo caso (Art. 14 b), se establece un plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de 15 años desde el momento en que se produjo el acto de negligencia.

⁶⁷⁷ PARRA LUCAN M.A., <<Artículo 149. Responsabilidad por daños causados por la vivienda>>, AAVV, Coord. R.B.R.C., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra, Aranzadi, 2009, pág. 1757, pone de manifiesto la dificultad de coordinar estos preceptos con el régimen previsto con la LOE y reconoce que <<los productos incorporados a un inmueble, sea o no vivienda, tienen la consideración legal de producto, lo que significa que de los daños que causen cuando sean defectuosos responde su productor (arts. 137 y 138 del TRLGDCU). De otra parte, quedan sometidos al régimen especial de responsabilidad previsto para los servicios tanto los servicios de rehabilitación y reparación de vivienda (Art. 148 TRLGDCU) como la construcción y comercialización (art. 149 TRLGDCU)>>.

⁶⁷⁸ GONZÁLEZ CARRASCO C., <<La contratación inmobiliaria con consumidores>>, en *publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2009, pág. 17.

comprador. Igualmente se ha indicado por la doctrina que sólo tiene sentido para proteger el interés de integridad de terceros no ligados contractualmente al constructor y promotor, frente a daños consecuenciales distintos a los previstos por el art. 17 LOE; así como para proteger (pese a la diligencia y buena fe del prestador del servicio defectuoso) de los daños consecuenciales indirectos o remotos, sufridos por sujetos ligados al prestador, por contratos de arrendamiento de obra o compraventa.

C) Falta de Terminación en plazo

Resulta habitual encontrar cláusulas en este tipo de contratos por las que se manifiesta que la vivienda se entregará “aproximadamente”, o “aproximadamente a partir de tal fecha”.

Frente a esta pretendida indeterminación o flexibilidad en el aspecto temporal del cumplimiento, nos encontramos habitualmente con un rígido calendario de pagos, con un sistema de drásticas consecuencias para el comprador, en caso de incumplimiento o cumplimiento tardío.

Y a este respecto, nuestro análisis debe partir de lo dispuesto por el Art. 60 2 c) TRLGDCU, que impone la obligación al empresario de suministrar al consumidor y usuario la información referente a la fecha de entrega. Este precepto (por si existiera alguna duda, dado que en la mayoría de casos, los litigios giran en torno a la esencialidad o accesoriedad de la fecha de entrega en el contrato) califica a esta información de característica esencial del contrato⁶⁷⁹.

Este precepto debe ser conectado tanto con el art. 85.1, que califica de abusivas las cláusulas que reservan al empresario un plazo insuficientemente determinado para satisfacer la prestación debida; y con el Art. 85.8, que califica también como abusivas aquellas cláusulas que implican la consignación de fechas de entrega meramente indicativas, condicionadas a la voluntad del empresario.

De este modo, podemos apreciar la existencia de dos tipos de cláusulas:

– Aquellas que implican un plazo excesivamente indeterminado de contratación, que en principio no resulta aplicable, dado que la compraventa de inmuebles, cuando todavía ni se han iniciado las obras (y sobre todo, cuando afectan a grades superficies como campos de golf) pueden diferirse mucho en el tiempo y, no por ello, son cláusulas abusivas. No obstante, si llegara el caso, y se declarase la nulidad de la cláusulas (atendiendo a que resulte absolutamente desproporcionado a lo que habitualmente podría esperar el consumidor, en atención al tipo de contrato),

⁶⁷⁹ Por seguir con la denominación ofrecida por el art. 60 TRLGDCU, dado que nuestra jurisprudencia (SAP Huelva 24/2012, de 9 de febrero (Roj: SAP H 440/2012)) ya ha declarado que <<el plazo de cumplimiento de alguna de las prestaciones pactadas no constituye -contra lo que sostiene la defensa de los recurrentes- un elemento esencial del contrato sino el objeto de un posible pacto complementario. Para convencer de ello, basta recordar que el artículo 1128 del Código Civil prevé que la obligación no señale plazo, estableciendo, para el supuesto de que de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, que los Tribunales fijarán la duración de aquel. Y añade que también fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando este haya quedado a voluntad del deudor, solución sintónica con lo previsto por el artículo 83 del Texto Refundido.

entonces deberíamos acudir a lo dispuesto por el art. 1128 C y, en su virtud, integrar el contrato, mediante la fijación por el Juez de un plazo razonable⁶⁸⁰.

– Por otro lado, nos encontramos con aquellas cláusulas que implican un plazo insuficientemente determinado, bien por su deliberada indeterminación, bien por su pretendido carácter meramente indicativo u orientativo⁶⁸¹. Y, en este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA⁶⁸² considera que lo abusivo no es tanto la ausencia de un término exacto de cumplimiento, sino la posibilidad de que el consumidor o usuario lo pueda conocer ab initio, sin necesidad de acudir a otra instancia.

Entendemos que este tipo de cláusulas no resultan admisibles, puesto que son principales, tanto por la configuración que establece el legislador (y que ahora analizaremos) como por la trascendencia de este extremo, pues resulta habitual configurar una vida personal y profesional en torno a la fecha de entrega de una vivienda (pensemos en el supuesto de inicio de un trabajo o de comienzo de una relación de pareja o, incluso otras cuestiones periféricas pero también importantes, como la elección de centro escolar, etc.)⁶⁸³.

⁶⁸⁰ A este respecto, si el plazo de ejecución habitual de una vivienda es de un año, aproximadamente, sería abusiva la cláusula que previese la terminación en un plazo no superior a cinco años, comprometiéndose el comprador a realizar el pago final y otorgar la oportuna escritura de compraventa en el plazo de quince días desde que fuera requerido. Dice la citada SAP Huelva 24/2012, de 9 de febrero (Roj: SAP H 440/2012) que «la ausencia de fijación del tiempo de cumplimiento del deber de poner la vivienda a disposición de los compradores (hipótesis que, como se pone de relieve en la sentencia apelada, no coincide exactamente con la reserva unilateral, por el empresario y en su beneficio, de un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para satisfacer la prestación debida, que se describe en el artículo 85.1 del Texto Refundido) podría ser tratada del mismo modo que cualquier cláusula abusiva por vincular en la práctica los términos del cumplimiento del contrato a la voluntad del empresario (artículo 82.4.a del Texto Refundido), pero - como enfatiza el juzgador en primera instancia en la sentencia recurrida- ello no determinaría necesariamente la nulidad de aquél, sino la nulidad de pleno derecho de la cláusula, que se tendrá por no puesta, como dispone el apartado 1 del artículo 83 del Texto Refundido, cuyo apartado 2 prevé la forma de integrar la laguna que ha de producirse «(...) con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato. (...)»

⁶⁸¹ La STS 1174/2000, de 13 de diciembre (Roj: STS 9177/2000), pone de manifiesto esta circunstancia, en un contrato en que no se fijó con claridad la fecha de entrega y, cuando el comprador requirió a la promotora para que fijase fecha de otorgamiento, entonces esta sí que le conminó a acudir a una notaría con apercibimientos de perder el 20% de lo entregado y toda suerte de consecuencias extrañas a lo pactado. Dice así la sentencia que esta reacción «fue en sí misma demostrativa no sólo de una prepotencia rayana en lo increíble y desde luego inconciliable tanto con el espíritu del art. 1124 CC como con la normativa protectora de los consumidores aplicada por el tribunal de apelación, curiosamente eludida por la recurrente en sus motivos de casación, sino también de una voluntad que, por manifiestamente opuesta al cumplimiento del contrato en sus propios términos, justificaba plenamente la interposición de la demanda por el comprador interesando el cumplimiento contractual con arreglo a lo pactado, ya que de otra forma su indefensión habría sido absoluta frente a la posición dominante en que quiso situarse la recurrente».

⁶⁸² GONZÁLEZ PACANOWSKA I., Op. Cit., pág. 1.003.

⁶⁸³ Y resulta destacable la descripción ofrecida por la SAP Murcia 192/2008, de 15 de septiembre (RJ 2009/94957), que afirma: «Por todo lo expuesto resulta evidente, como antes adelantábamos, la procedencia de acceder a la resolución contractual principalmente reclamada, al existir un claro, objetivo, esencial y definitivo incumplimiento contractual por parte de la mercantil

Pues bien, entendemos que el plazo de entrega de una vivienda es un elemento principal del contrato⁶⁸⁴, tal y como decíamos al comienzo de nuestra exposición, y su trascendencia destaca con toda claridad cuanto atendemos a lo dispuesto por el art. 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas⁶⁸⁵. Este precepto autoriza claramente al comprador a resolver el contrato (aunque el precepto hable de rescisión) o a conceder una prórroga⁶⁸⁶, con determinadas garantías⁶⁸⁷.

demandada, a la vista del dilatado periodo de tiempo transcurrido sin dar cumplimiento a su esencial obligación de entrega y sin dar explicación ni justificación alguna de su conducta a la parte actora, que sí dio cumplimiento a su esencial obligación de pago del precio en los términos pactados>>.

⁶⁸⁴ En contra de lo expuesto por algunas sentencias, como la SAP Murcia 154/2008, de 1 de julio (RJ 2008/362988), que afirma: <<En definitiva, es cierto que ha existido retraso por parte del vendedor en el cumplimiento de su obligación de entrega, pero no se ha acreditado, en modo alguno, que el plazo de entrega fuese esencial para la parte compradora ni tampoco que ese retraso en la entrega de la vivienda haya frustrado las legítimas expectativas que movieron al comprador a contratar, por lo que no puede entenderse acreditado que no pudiese conseguirse, con esa entrega tardía, el fin contractual perseguido. Y, desde luego, tampoco puede entenderse que haya existido una pasividad del vendedor que permita evidenciar una voluntad incumplidora, al haber dado todos los pasos necesarios para conseguir la legalización administrativa de la vivienda (certificado final de obra y licencia de primera ocupación), aunque esa legalización haya sido conseguida con cierto retraso respecto de la fecha de entrega prevista en el contrato privado de compraventa>>. De esta sentencia, resulta sorprendente que llegue a la conclusión de ausencia de esencialidad del plazo de entrega en base a afirmar que la vivienda la compraron unos británicos <<para disfrutar de sus vacaciones, por lo que en principio no se puede deducir del contrato una necesidad imperiosa de inmueble en dicha fecha pues ni pensaba destinar la vivienda a residencia habitual ni consta que el plazo marcado se correspondiese con sus vacaciones>>.

⁶⁸⁵ Y en este sentido ya se ha pronunciado nuestra doctrina, reproduciendo, por su claridad, el criterio de GONZÁLEZ PACANOWSKA I., Op. Cit, pág. 1003; según el cual <<en el ámbito de la compraventa de inmuebles en construcción, lo dispuesto en estos preceptos del TRLGDCU y el RD 515/1989 (art. 5.5 y 10 B.2) conduce a rechazar claramente las fechas de entrega meramente aproximadas y orientativas, así como aquellas que, tras el vencimiento del plazo fijado, fuerzan al comprador a optar entre la solicitud de resolución contractual, dentro de un plazo más o menos breve, o la concesión de una prórroga sine die.

⁶⁸⁶ SAP Madrid 414/2012, de 4 de septiembre (Roj: SAP M 15902/2012) que pone en relación el carácter esencial de la fecha de entrega en el contrato de compraventa con la citada Ley 57/68, facultando la resolución contractual, en un supuesto en que habían transcurrido tres años desde la fecha inicialmente acordada y las cantidades entregadas a cuenta no se encontraban debidamente garantizadas, entendiéndose que lo contrario supondría dejar al arbitrio de la promotora el momento de cumplimiento del contrato.

⁶⁸⁷ No obstante, debemos advertir la existencia de resoluciones (a nuestro entender, criticables) que recogen el criterio contrario al expuesto, destacando a estos efectos la SAP Murcia 68/2009, de 10 de marzo (RJ 2009/236024), según la cual <<el artículo 3 de la Ley 57/1968 citado no supone nada más que el reconocimiento específico para la compraventa de inmuebles de la facultad de resolución del comprador de un inmueble por expiración del plazo de entrega pactado, facultad que con carácter general está prevista en el artículo 1124 del Código Civil, sin que de dicho texto legal se pueda inferir en modo alguno que la resolución es automática por la expiración del plazo de entrega, pues dicha acción debe de ponerse en relación con la jurisprudencia sobre el particular que es la derivada de la interpretación del artículo 1124 citado. De hecho este artículo 3 de la Ley 57/1968 nunca ha sido utilizado por la jurisprudencia para justificar una automática resolución contractual, y ello a pesar de que se trata de una ley con una prolongada vigencia en el tiempo desde su entrada en vigor. Los artículos 1157 y 1462 del Código Civil pueden tener relación con la entrega de la cosa, pero no son aplicables, pues es evidente que el apartamento no se ha entregado, hecho no discutido, puesto que no se ha otorgado la escritura pública de compraventa. Y finalmente las referencias a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios son absolutamente inadecuadas, pues a pesar de tratarse de un contrato que (en contra de lo señalado por la parte apelada) quedaría dentro del ámbito objetivo

Igualmente, nos encontramos con los art. 5.5 y 10 B del RD 515/1989, que proscriben las fechas de entrega meramente aproximadas u orientativas⁶⁸⁸.

Pese a que la tendencia habitual para solucionar este tipo de problemas es a la determinación judicial, por la vía del 1128 CC, entendemos que no es esta la solución que realmente satisface al consumidor, puesto que le obliga a tener que acudir a los Juzgados (con el coste económico y temporal que ello implica) y beneficia al empresario, pues durante el plazo de tiempo que dura la tramitación del pleito puede terminar la vivienda. Por otro lado, parece que esta vía tiende a conservar el negocio jurídico, cuando posiblemente al consumidor ya no le interesa este.

Al margen, partiendo de la STS 7 de junio de 1991⁶⁸⁹ que superó la teoría precedente, que exigía una actitud dolosa del incumplidor (requiriendo una "actitud deliberadamente rebelde"), entendiendo que es suficiente con que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que se requiera una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al cumplidor se le pueda atribuir una conducta voluntaria, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó. Así, no podemos dejar de citar una nueva tendencia de nuestra jurisprudencia menor (entre otras, SAP Alicante 10 de octubre 2005, 4 abril 2006, 20 de julio, 31 de octubre y 22 de diciembre 2006, 20 de julio 2007 y 14 de julio 2010) a resolver esta cuestión declarando la esencialidad de la fecha prevista de entrega. Y, el fundamento de estas resoluciones lo encontramos en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL)⁶⁹⁰, utilizado como texto interpretativo del CC⁶⁹¹. A este respecto, se suele destacar el art. 8:103 PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte, el supuesto de que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato. Por otra, el supuesto de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento internacional, que da razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento.

de dichas leyes, la discusión central en este proceso no radica en determinar si alguna de las cláusulas contractuales son abusivas, sino en interpretar qué efectos tiene para la vigencia del contrato la entrega fuera de plazo, si es un mero retraso o un incumplimiento generador de resolución contractual>>. En el mismo sentido también citamos la STS 22 de marzo de 1985 (RJA 1196).

⁶⁸⁸ Y destacamos, por criticable, la SAP Coruña 438/2012, de 31 de julio (Roj: SAP C 2215/2012) que concede plena validez a los pazos aproximados u orientativos, al reconocer que <<y en los supuestos en los que en el contrato se fija la entrega "estimatoriamente" en una determinada fecha, dado que dicho término es de uso común y no presenta oscuridad alguna, debe entenderse que la fijación de la fecha se hace de forma aproximada, sin que haya compromiso en firme. Pero ello no significa que haya una indeterminación absoluta con respecto a la fecha de entrega, de modo que se deja el cumplimiento de esta obligación al arbitrio del vendedor, con infracción del art. 1256 CC>>.

⁶⁸⁹ RJ 4430.

⁶⁹⁰ Muy de agradecer, en atención a la condición de extranjeros de muchos de los adquirentes de viviendas, que acuden a contratar guiados por la buena fe y por la única experiencia de la respuesta que brinda su ordenamiento jurídico, que presumen muy similar al nuestro.

⁶⁹¹ De actual invocación por la jurisprudencia menor, tal y como ponen de manifiesto la SAP Alicante 397/12, de 22 de junio (Roj: SAP A 1897/2012); SAP Toledo 216/12, de 10 de julio (Roj: SAP TO 609/2012); SAP Valencia 471/2012, de 23 de julio (Roj: SAP V 3490/2012) y SAP Madrid 411/12, de 19 de septiembre (Roj: SAP M 14162/2012).

Por tener una referencia de contraste, el Derecho anglosajón analiza esta cuestión en la “Supply Goods and Services Act 1982”, s. 14, afirmando que si el plazo de ejecución no está fijado en el contrato, no se establece la forma de fijarlo y este no se acuerda entre las partes, se entiende que hay un plazo implícito para que el empresario realice el servicio en un tiempo razonable, siendo este término (de tiempo razonable) una cuestión de hecho, por lo que se obliga a los juzgados a tener en cuenta las circunstancias concurrentes.

Visto así, tampoco parece la solución tan distinta respecto a lo dispuesto por el art. 1128 de nuestro Código Civil.

Así, encontramos el caso *Shawton Engineering v DGP International, Ltd* (2006), en el que la Corte de Apelación declaró que, siendo el término “plazo razonable de ejecución” una cuestión de hecho, debe ser analizada objetivamente, al tiempo de plantearse la cuestión, de conformidad con las circunstancias existentes al momento de la firma del contrato.

Y a la hora de dar una respuesta al consumidor o usuario, los tribunales anglosajones distinguen entre el concepto de retraso (delay), que viene referido al tiempo, y el de interrupción (disruption), que viene referido a la (in)eficiencia y a la necesidad de recursos adicionales. De esta manera puede que exista un retraso pero el promotor – constructor haya actuado correcta o eficientemente y, al contrario, puede que el promotor - constructor termine a tiempo la obra, aunque haya obrado ineficientemente. Y esta distinción hace que sean dos cauces distintos de reclamación, aunque, en ambos casos, lo que ha de pretender el Juzgador (frente a la imagen creada por los medios de comunicación) es que el consumidor no obtenga un trato más beneficioso que si el contrato se hubiera cumplido según lo acordado⁶⁹².

Finalmente, en octubre de 2002 la Society of Construction Law publicó un protocolo (SCL Protocol) de retrasos e interrupciones con la finalidad de dotar de cierta transparencia y objetividad al panorama vigente.

Al margen, podemos defender (dado que muchas sentencias tratan de centrar el análisis en si la fecha de entrega fue un elemento determinante y decisivo para la firma del contrato) que la fecha siempre tiene carácter esencial, dado que:

1º.- El TRLGDCU establece como cláusulas abusivas, por vincular el contrato a la voluntad del empresario, la consignación de fechas meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario (Cfr. art. 85.8) y califica de relevante la información previa al contrato de la obligación de consignación de la fecha de entrega, ejecución del contrato y duración (Cfr. art. 60.2.c).

2º.- El RD 515/89, expresamente, dispone como elemento que ha de figurar en el contrato la fecha de entrega.

⁶⁹² C & P Haulage v Middleton (1983).

3º.- Resulta habitual la inclusión de cláusulas en el contrato en virtud de las cuales, ante un supuesto impago por el comprador de la parte del precio acordada, en la fecha prevista, se faculte al vendedor para instar la resolución judicial⁶⁹³.

4º.- Tanto la LOE como Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (Cfr. art 3), disponen la necesidad de devolver al comprador las cantidades entregadas más el interés (legal o al 6%, según el caso), expirado el plazo de entrega de la vivienda sin que ésta se haya verificado.

Esta circunstancia, que impone una obligación al vendedor, no deja lugar a dudas sobre la importancia de la entrega de la vivienda en la fecha pactada y, a la luz de estos preceptos, tan sólo podría pensarse en una defensa del consumidor o usuario amparada en un incumplimiento por parte del vendedor, que le faculta para exigir el cumplimiento de contrario, al ser este contrato claramente sinalagmático.

De nuestra doctrina, destaca la posición de ESTRUCH ESTRUCH⁶⁹⁴, para quien el retraso en la entrega de la vivienda es causa de resolución contractual, afirmando (frente a cierta laxitud de nuestra jurisprudencia) que *no establece la Ley un plazo mínimo de retraso en la entrega para poder ejercitar la resolución del contrato, por lo que valdrá cualquier tiempo de retraso, siempre que no se infrinja la buena fe o el comprador realice un uso abusivo de dicho derecho de resolución.*

Y, aunque en esta misma posición es sostenida por varios autores⁶⁹⁵, tenemos que reconocer que no faltan las voces discrepantes, como la de REVERTE NAVARRO⁶⁹⁶, para quien la resolución contractual no es una sanción al incumplimiento, sino un mecanismo dirigido a proteger al contratante cumplidor, en principio reservado, con carácter excepcional, a los casos de incumplimiento graves y culpables de una obligación principal. Y para este autor no existen soluciones genéricas, sino que hay que estudiar cada caso, aunque entiende que, en principio, para el Código Civil el momento del cumplimiento de la obligación tiene una importancia secundaria⁶⁹⁷.

⁶⁹³ Y así contrasta, por evidente desequilibrio de las prestaciones, el establecimiento de una serie de obligaciones (fundamentalmente referidas al pago) de cumplimiento inmediato, sin fijación de prórrogas ni remisión a plazos razonables, con facultades resolutorias e indemnizatorias para el promotor; frente a plazos inexactos, vagos e imprecisos, con toda habituales excepciones, remisiones a condiciones externas y prórrogas para el promotor frente al comprador, pese a beneficiarse el primero de las cantidades entregadas a cuenta por los segundos.

⁶⁹⁴ Cfr. Las garantías de las cantidades ..., pág. 250.

⁶⁹⁵ ALONSO SAURA A.M., *El tiempo en la entrega de la vivienda objeto de compraventa en proyecto o en construcción en situaciones de crisis económica*, Murcia, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Murcia, 2011.

⁶⁹⁶ REVERTE NAVARRO A., en la contestación al discurso leído por la anterior, en el acto de recepción como académico, Op. cit, pág. 86 y ss.

⁶⁹⁷ REVERTE NAVARRO A., Op. cit., <<El Código Civil no considera que haya un retraso cualificado, merecedor de consecuencias jurídicas, hasta que el acreedor se queja del retraso>>. Obr. Cit., Pág.89.

No obstante, de la jurisprudencia analizada merece ser destacada la circunstancia de que, en virtud del principio dispositivo que regula el proceso civil (dado que cada una de las partes alega los fundamentos de derecho que cree que amparan su petición y que le limitan), en los casos en que se ha concedido la facultad resolutoria al comprador, se han manejado tanto los preceptos del Código Civil como los de la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios⁶⁹⁸. Por el contrario, en los casos en que se ha negado esta posibilidad es inusual la aplicación de estas últimas normas, estando basadas la mayoría de sentencias en los preceptos del Código Civil, exclusivamente, haciendo a lo sumo una somera referencia a la normativa tuitiva de consumidores y usuarios.

Por último, hay que incidir en la importancia que las consecuencias derivadas de la determinación de la fecha de entrega viene adquiriendo últimamente, puesto que años atrás hubo muchas compras de viviendas con un mero carácter especulativo (pensando en transmitir antes de que la vivienda estuviera concluida) lo que, unido al incremento operado en los tipos de interés, hace que los iniciales compradores no se encuentren interesados en continuar con la compraventa, una vez llegado el vencimiento del contrato, por las dificultades que atraviesa el mercado inmobiliario. Otra circunstancia que se viene observando es que, merced a la desaceleración del mercado, los compradores, en ciertos casos han comprobado que, por el precio originalmente pactado en la cúspide de la escalada de precios, ahora puedan optar por una vivienda en mejores condiciones, lo que les hace tratar de resolver el contrato originario.

Esta ha sido la vía utilizada en muchos casos por los adquirentes de viviendas para tratar de eludir el cumplimiento de su obligación de pago, al interesar su resolución. Aquella vivienda, que compraron sobre plano en un momento de expansión inmobiliaria (cuando se construían miles de viviendas a la vez, provocando la general demora en la efectiva construcción), ya no responde a sus expectativas puesto que, llegado el momento pactado para la entrega de la misma, se han encontrado con un mercado inmobiliario que atraviesa una fase de declive con una consecuente y generalizada bajada de precios.

Desde esta perspectiva, para evitar posibles abusos de derecho por parte de los compradores, nos parece correcta la moderna corriente jurisprudencial⁶⁹⁹, que viene centrando su atención al momento en que se insta la resolución⁷⁰⁰, pues aunque creemos que en principio el plazo de entrega es un elemento esencial del contrato, parece que esta afirmación, con el paso del tiempo, debe de ser matizada y establecida más a modo de presunción iuris tantum, pues no parece que realmente tenga tanta transcendencia para quien ha dejado transcurrir los meses (posiblemente

⁶⁹⁸ STS 277/2002, de 20 de marzo (VLex 15039783), 910/2004, de 29 de septiembre (RJ 2004/5688), 725/2005, de 17 de octubre (RJ 2005/7194), entre otras muchas.

⁶⁹⁹ SAP Coruña 438/2012, de 31 de julio (Roj: SAP C 2215/2012), SAP Sevilla 337/2012, de 27 de junio (Roj SAP SE 2661/2012) y SAP Castellón de la Plana 321/2012, de 21 de junio (Roj SAP CS 730/2012), que afirma: << Es más, ha llegado a considerar esta Sala en Sentencia n. 405 de 21 de diciembre de 2010 que carece de objeto declarar abusiva la omisión existente en el contrato respecto a la indicación de la fecha de entrega de la vivienda en los casos en que ya han finalizado las obras y la promotora se encuentra en disposición de entregar las viviendas (supuesto que es el aquí acontece)>>.

⁷⁰⁰ REVERTE NAVARRO A., Op. Cit., pág. 89, analiza esta cuestión y afirma que <<si la resolución es una defensa contra el incumplimiento, como regla general no se podrá solicitar si en el momento en el que se solicita el vendedor ya está en condiciones de cumplir>>.

buscando un eventual comprador para transmitir la vivienda) y sólo cuando es requerido de cumplimiento esgrime esta circunstancia, como motivo de oposición (habitualmente), pretendiendo la resolución contractual.

D) Falta de licencia de primera ocupación

En la actualidad (y desde que comenzaron los síntomas de la actual crisis del mercado inmobiliario), esta ha sido la causa de incumplimiento más frecuentemente alegada, puesto que había muchas viviendas que se vendieron durante la época de bonanza y que, merced a la abultada demanda y al elevado número de viviendas en ejecución simultánea, no han obtenido la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación al momento previsto para la terminación y entrega de la vivienda. A esta situación también ha ayudado el histórico atasco y lentitud de los ayuntamientos en la concesión de aquellas.

Y, por otro lado, nos encontramos con compradores que tratan de buscar causas objetivas de resolución, dado que pretenden encontrar una vía que ofrezca ciertas garantías de éxito a la hora de afrontar una eventual resolución contractual, motivada por la idea real de falta de financiación o de pérdida de poder adquisitivo (mayoritariamente en el caso de los ciudadanos británicos) generada por el tipo de cambio.

No obstante, pese a que la realidad nos demuestra que los resultados han discurrido por sendas muy lejanas a las previstas por el legislador, dando lugar a no pocos abusos de derecho por parte de los consumidores, creo oportuno realizar unas consideraciones referentes a esta situación, de falta de cédula de habitabilidad al momento de entrega de la vivienda, que es todavía habitual.

Y lo primero que tenemos que destacar es la -teórica- obligatoriedad de entregar la vivienda sólo cuando se ha obtenido la misma⁷⁰¹, lo que (a sensu contrario) implica que, siendo el contrato de compraventa de vivienda en construcción un contrato sinalagmático, el comprador no puede ser compelido a realizar el pago de la vivienda, a consumir el contrato hasta que haya obtenido ésta⁷⁰².

En pro de esta idea encontramos el art. 9.2 e) de la LOE, que impone al promotor la obligación de entregar al adquirente de la vivienda la documentación de la obra ejecutada <<o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes>>. También el art. 2 de la Ley 57/68, que impone la obligación de

⁷⁰¹ Dado que, al margen de que sólo entonces se puede proceder a la contratación individualizada de los servicios de la misma, es entonces, cuando la Administración declara que la construcción es habitable, cuando podemos decir que nos encontramos en presencia de una vivienda, mas allá de un simple inmueble.

⁷⁰² La SAP Alicante 371/2012, de 11 de junio (Roj: SAP A1875/2012) así o reconoce, al expresar que << Sentado cuanto antecede resulta a todas luces evidente que la licencia de ocupación es documento exigible y deberá acreditarse en la escritura pública de compraventa, no obstante lo cual, dicho documento puede ser renunciado por el comprador en el momento de la elevación a público del contrato de compraventa, siendo en definitiva potestad del comprador, nunca del vendedor, quien viene obligado a aportarlo salvo expresa renuncia por el comprador y previa advertencia por el Sr. Notario de su exigibilidad>>.

afianzar las cantidades entregadas para garantizar que la construcción se termine en el plazo establecido o no se obtenga la cédula de habitabilidad.

En el ámbito regional, destacamos el art. 32 de la Ley 3/2004, de la LOFCA de la Comunidad Valenciana, que establece la exigibilidad de esta licencia para la ocupación de las viviendas y, en su artículo precedente, establece la necesidad de aportar la licencia de ocupación para poder contratar los servicios de energía eléctrica, agua, gas y telecomunicaciones.

Pues bien, decíamos que esta obligación es indudable a nivel teórico o dogmático, puesto que nuestra jurisprudencia (principalmente la menor, de las Audiencias Provinciales) no se ha manifestado de un modo uniforme, aunque sí con una evidente tendencia a declarar la resolución contractual a falta de la cédula de habitabilidad⁷⁰³.

No obstante, la tendencia no es unitaria, y desde la perspectiva no proclive declarar la resolución destaca la SAP Barcelona 396/2005, de 22 de junio, según la cual: <<la denominada licencia de primera ocupación o de primera utilización no tiene más finalidad que la de contrastar que se ha respetado en la realidad la licencia municipal de obras, de tal modo que supone comprobar (por parte de la Administración) si se han cumplido o no las condiciones establecidas en esta licencia de construcción y si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se le destina (STS 3 de noviembre de 1999 -RA 8859). En este sentido, no puede predicarse que el comprador tenga derecho, como parte esencial del contrato, a recibir la cosa "legalizada". La falta de licencia de primera ocupación no se puede considerar un incumplimiento esencial del contrato, porque se mueve en una órbita (la administrativa) ajena a lo pactado, a salvo las acciones que puedan corresponder a los compradores por los defectos sobre el proyecto (edilicias, por ruina, etc.), sometidas al principio de carga de la prueba. En definitiva, el incumplimiento de una formalidad administrativa (la obtención de la licencia de primera ocupación) no afecta de forma directa, salvo pacto, a las obligaciones contractuales.

Por otra parte, corresponde en exclusiva al comprador buscar la financiación de la compra que le interese (no consta que las entidades financieras exijan a los compradores dicha "legalización" y tampoco se ha probado que la falta de licencia administrativa haya impedido contratar con terceros la financiación de la compra y los servicios y suministros.

La entrega de la documentación administrativa no se configura, así, como obligación esencial del promotor-vendedor, cuyo incumplimiento le sitúe en situación de mora o haga ineficaz su petición de venta en escritura pública y no justifica la resolución contractual instada por los compradores⁷⁰⁴>>.

⁷⁰³ Por su parte, ASÚA GONZÁLEZ C.I., <<Tipología de errores en la compraventa>>, en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Aranzadi, Navarra, 2013, Tomo I, pág. 362; considera esta cuestión un claro error de Derecho, con efectos relevantes a efectos anulatorios.

⁷⁰⁴ SSTs de 15 de noviembre de 1999 -RJ 8217-, 10 de octubre de 1987-RJ 6935- y 3 de noviembre de 1999 -RJ 8859- y SSAP Avila -Sec. Única- 8 de enero de 2003 -RA 83125- y Pontevedra -Sec. 5ª- 28 de mayo de 2003 -RJ 229625.

También destacamos la SAP Málaga de 18 de abril de 2007 ⁷⁰⁵, que afirma: <<A fin de resolver la primera de estas cuestiones se hace necesario aclarar que el vendedor tiene como obligación principal precisamente la de entrega de la cosa y en este sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido señalando que la necesaria adecuación que el objeto vendido ha de reunir respecto al fin que le es propio y para el que se adquirió, lo que comporta la obligación de entregar apto el inmueble y a plena utilidad del comprador para permitir el uso normal del objeto adquirido (SSTS 24 mayo 1991 y 16 marzo 1995, entre otras), y así parece claro que la compraventa de dos viviendas comporta la obligación para el vendedor de entregarlas en condiciones aptas para ser vividas, resultando elemental la necesidad de disponer, entre otros elementos, de agua, alcantarillado, luz eléctrica y viales de acceso practicable a las mismas, formando parte del núcleo de la obligación esencial del vendedor la entrega en tales condiciones, obligación que se ha incumplido en este caso; no obstante, es criterio de esta Sala (siguiendo doctrina del Tribunal Supremo contenida en Sentencias de 10 de Octubre de 1987 y 1989) 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, supuesto analizado y resuelto por esta Sala en la sentencia de 20 de Marzo de 2007), de la misma forma que la existencia de autorización administrativa no implica el cumplimiento de la obligación del vendedor, de ahí que no sea acertada la afirmación contenida en la sentencia de instancia referente a ser requisito esencial para la habitabilidad de las viviendas la Licencia de Primera Ocupación >>.

En los casos en que no ha optado por esta solución, ha destacado la naturaleza administrativa de la normativa que regula la cédula de habitabilidad, como si unos órdenes legislativos fuesen superiores a otros; y en estos casos es también habitual la ausencia de referencia a la legislación tuitiva de consumidores y usuarios.

Este tipo de resoluciones suele destacar la idea de que la concesión de la licencia es una actividad reglada y el vendedor cumple con la fiel ejecución de la obra respecto a la licencia de edificación concedida, sin tener que esperar al documento administrativo que lo verifica ⁷⁰⁶. Incluso la STS de 26 de mayo de 1994 (RJ 1994/3748), aunque referida a un supuesto distinto (de reclamación por parte de una comunidad de propietarios de la ejecución de unas obras) viene al caso, al reconocer que <<las licencias de obras responden a actuaciones administrativas de control y finalización, pero no se integran y menos someten a las mismas los contratos de compraventa de los edificios construidos, salvo pacto expreso en contra, de tal manera que los adquirentes acceden a la propiedad en orden y relación a que cumplan la finalidad que motiva su compra, es decir, la entrega de viviendas, por consecuencia de contrato de compraventa, libre y decididamente concertado. Las referidas licencias de obras, en cuanto actos meramente administrativos municipales

⁷⁰⁵ SAP Málaga 231/2007 (Roj: SAP MA 1794/2007).

⁷⁰⁶ En este sentido, SSTS de 18 de julio de 1997 (RJ 1997/6038), 1 (RJ 1998/4753) y 23 de junio (RJ 1998/4777), 20 de octubre (RJ 1998/7995) y 14 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10102).

no pueden imponerse a los contratos civiles y menos tiranizarlos como se pretende, pues ello vendría a desnaturalizar la relación obligatoria y hacer dificultosas las exigencias de responsabilidades de constructores y promotores>>.⁷⁰⁷

Por lo que respecta a los casos en que nuestros Tribunales han entendido que la entrega de la cédula de habitabilidad es una obligación esencial⁷⁰⁸, sí son habituales las referencias a la legislación tuitiva de consumidores y usuarios⁷⁰⁹.

En este sentido, existe un consolidado cuerpo jurisprudencial⁷¹⁰ que otorga carácter esencial para una entrega correcta a la cédula de habitabilidad, sin que sea admisible el suministro con agua y luz de obra.

⁷⁰⁷ A este respecto, también destaca la reciente sentencia de la AP Alicante 91/2009, de 16 de febrero (RJ/2009/262553), que analiza esta cuestión y abre una posibilidad muy peligrosa para el consumidor o usuario (pensemos que luego el Ayuntamiento deniega la licencia de primera ocupación) y llega a afirmar (aunque también hay que advertir que en un supuesto en que el propio contrato había previsto la toma de la vivienda con luz y agua de obra), que <<no compartimos sin embargo el criterio del Juzgador de instancia relativo a que no se puede obligar al comprador a recibir una vivienda sin cédula de habitabilidad, requisito al que atribuye condición de esencialidad y que entendemos, que al menos en el presente caso no concurre, en virtud del contenido de la cláusula décima del contrato, puesto que en esta expresamente se pactó la posibilidad de habitar la vivienda haciendo uso del suministro de luz y agua contratados por la vendedora en tanto no se pudiese contratar directamente por el comprador tales suministros, lo que necesariamente va referido al periodo que pudiese existir entre la entrega, que en el presente caso se fijó en el momento de suscripción de la escritura pública de compraventa y la obtención de la correspondiente cédula de habitabilidad, por lo que el retraso en su obtención no puede determinar la resolución del contrato al no haberse fijado su esencialidad>>.

⁷⁰⁸ Y citamos la sentencia 523/2009 de la Audiencia Provincial de Alicante, de 19 de octubre (Roj: SAP A 3323/2009) que, recopilando jurisprudencia en este sentido, reconoce que <<el inmueble ha de ser entregado en condiciones aptas para su destino natural o pactado, que también comprende la inexistencia de obstáculos administrativos que impidan el destino o finalidad pactados (así, Sentencias TS de 10-7-1984 y 18-12-1984); es decir, el vendedor ha de entregar el inmueble con las administrativas básicas exigibles, esto es, licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad en los casos de vivienda o licencias de apertura para los garajes>>.

⁷⁰⁹ En este sentido comenzamos citando la Sentencia 268 de la misma AP Málaga, de 30 de marzo de 2006 (Roj: SAP MA 461/2006), según la cual << la Sala estima que es relevante el estado de la licencia de obra y de primera ocupación -con la que tampoco se contaba y que entre otras finalidades tiene la de autorizar a las empresas suministradoras de agua, luz, gas y teléfono poder contratar el suministro de dichos servicios-, como circunstancia influyente a los efectos de determinar la fecha de entrega de una vivienda en condiciones aptas para ser habitada (...) Además, la demandada no puede eludir los deberes que le impone el Real Decreto 515/1989 de 21 de abril del Ministerio de Sanidad y Consumo, sobre Protección de los Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamientos de viviendas; que, a su vez, constituye un desarrollo del derecho establecido en la Ley 26/84 en favor de los consumidores de tener una información correcta de los diferentes productos o servicios, en el ámbito de la adquisición de viviendas. Donde, la licencia de primera ocupación viene a constituir la licencia administrativa otorgada por el Ayuntamiento para poder habitar una vivienda; si el constructor para iniciar las obras de construcción de un edificio tiene que solicitar la licencia de obras de acuerdo con el proyecto que se le presenta, la de primera ocupación lo que certifica es que la vivienda se ha construido conforme aquél proyecto y que por lo tanto cuenta con la inspección previa de los órganos técnicos del Ayuntamiento correspondiente manifestando que la vivienda se ha construido conforme al proyecto, pues puede que la referida administración entienda que la vivienda no se ha sujetado a la licencia concedida y luego el comprador sea el que se vea inmerso en problemas que quien debió de solventar fue la constructora del edificio>>.

⁷¹⁰ Cfr. sentencias (SAP Las Palmas 17 de enero de 2007 -RJ 2007/159127-, SAP Cádiz de 18 de enero 2007 -RJ 007/158574-, SAP Vizcaya de 18 de enero -RJ 2007/122095- SAP Las Palmas de 2 de marzo de 2007 -RJ 2007/150623-, SAP Baleares, de 14 de junio de 2007 -RJ 2007/311955- y SAP Barcelona de 29 de junio de 2007 -RJ 2007/292660)

Nuestra doctrina también se manifiesta en este sentido, destacando a este respecto la posición de ESTRUCH⁷¹¹, para quien no cabe duda, al afirmar que *el comprador podrá resolver el contrato cuando, en el plazo establecido en el contrato, no se le entregue físicamente la vivienda comprada con la correspondiente autorización administrativa para su utilización.*

También merecen ser destacadas otras resoluciones que han optado por la solución de entender que la cédula se ha obtenido, no en la fecha acordada, pero sí con cierto retraso. Y esta solución es mucho más discutible, dado que ignora los mandatos del legislador (especialmente los de la Ley 57/68) y nos sitúa nuevamente en una posición relativista, puesto que el plazo de retraso admisible varía en función de la Audiencia Provincial o incluso de la Sala⁷¹².

Por último, y al igual que sucedía en el precedente análisis (del retraso en la entrega), hemos de prestar especial atención al momento en que se esgrime este incumplimiento por parte de los compradores, dada la posibilidad de que se cometan abusos por parte de éstos, especialmente en los últimos años de crisis del mercado inmobiliario, pues conociendo que la vivienda carecía de licencia de primera ocupación puede que hayan permanecido silentes y sólo han alegado esta cuestión, pretendido la resolución cuando han sido compelidos al cumplimiento por parte del promotor. Así, la reciente jurisprudencia ha prestado especial interés a esta circunstancia, relativizando el eventual incumplimiento del vendedor e incluso negando que se hubiese producido tal si, al tiempo de interposición de la demanda o durante la tramitación del pleito, se hubiese obtenido la citada licencia⁷¹³.

⁷¹¹ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH J.: "Las garantías, de las cantidades anticipadas ...", pág. 265.

⁷¹² En este sentido, existen resoluciones que declaran el incumplimiento por el transcurso del plazo de cinco meses (SAP Sevilla de 30 de noviembre de 1993, AC 1993/2301), seis meses (SAP Baleares 19 de septiembre de 2006, RJ 2006/287), menos de un año desde la fecha comprometida (STS de 14 de noviembre de 1998, RJ 1998/9972) o trece meses (SAP Baleares de 15 de diciembre de 2005, AC 2005/2298).

⁷¹³ La SAP Madrid 446/12, de 14 de septiembre (Roj: SAP M 14979/12) declaró la resolución contractual, destacando la circunstancia de que, a la presentación de demanda (5 de noviembre 2010), muy posterior a la fecha pactada para la terminación de la vivienda (2 de febrero de 2010), todavía no se había obtenido la licencia de primera ocupación, que finalmente se obtuvo en junio de 2011. Y destaca la SAP Alicante 322/2012, de 23 de mayo (Roj: SAP A 1594/2012) que analiza el criterio jurisprudencial imperante y afirma: <<Como se dice en la SAP Las Palmas de 28 octubre 2011 "Esta Sala coincide en lo señalado por la Jurisprudencia arriba citada, en concreto la Sentencia de la AP de Murcia (Sección 4a), núm. 274/2011 de 26 mayo ., cuando expone que 'Es cierto que la falta de la garantía, mientras la vivienda no estuviera construida, podría haber fundado dicha pretensión, pero la finalidad de la norma es impedir que el dinero entregado a cuenta sea destinado a un fin diferente de la construcción del edificio, y en el presente caso no cabe duda de que sí tuvo tal destino, pues, cuando se interpone la demanda, e incluso cuando comunica su decisión de resolver el contrato el 16-10-2008, ya estaba acabada la vivienda, existiendo desde el 23-9-2008 el certificado de fin de obra, que, según la propia certificación del aval, ponía fin a la vigencia del mismo. Esta Sala ha venido reiteradamente sosteniendo la imposibilidad de invocar el citado incumplimiento como causa de resolución del contrato celebrado una vez finalizada la obra (sentencias citadas por la de instancia y las de esta Sección de 26-11 y 17-12- 2009). Es cierto que la Ley 57/1968 prevé que hasta la cédula de habitabilidad (actualmente licencia de primera ocupación) no se cancelará el aval o seguro, pero debe tenerse en cuenta que el 1-10-2008 ya se había solicitado dicha licencia y que finalmente se ha concedido, por lo que se acredita la correcta finalización de la obra desde antes de la expresión de la voluntad de la compradora de resolver el contrato, por lo que no puede invocar como causa un incumplimiento ya intrascendente.'. Posición que consideramos absolutamente ajustada al cumplimiento de las contraprestaciones a las que se obligan las partes en el contrato, y por ello

Cuestión distinta es que las partes, en una auténtica negociación (y no mediante imposición en un contrato de adhesión) decidan que el comprador concede una prórroga al vendedor, tal y como prevé la Ley 57/1968, es decir, una vez llegado el caso y no desde un principio.

En el Derecho británico no existe esta figura, dado que es suficiente con la certificación de final de obra que suscribe el arquitecto (y que, como vemos, puede darse con ciertos trabajos pendientes -practical and substantial completion-). Pero a este respecto, creemos oportuno mencionar la *Defective Premises Act* (DPA) de 1972, que analiza aquellos defectos de la construcción, que la hacen inhabitable.

E) Diferencias entre lo vendido y la obra ejecutada.

Resulta más o menos habitual que existan diferencias entre la vivienda ofertada y la entregada, sucediendo casi siempre que estas diferencias actúan en detrimento del consumidor y usuario.

Y a nivel teórico esto resulta inadmisibile, pues la obligación del vendedor es de resultado.

Y lo primero que destacamos es que, salvado el entramado contractual que habitualmente pretende permitir al vendedor producir modificaciones en el proyecto original, al comprador (que suele percatarse de esta circunstancia al final del proceso edificatorio) le caben dos opciones, dejando al margen la negocial, o instar la resolución si las diferencias son de tal entidad que no existe correspondencia alguna, o el cumplimiento contractual (dejando a salvo el derecho a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que se le pudieran haber causado).

Por ello, si la obra no se ajusta al proyecto (plano) sobre el que las partes firmaron el contrato, aun cuando los defectos o cambios detectados no puedan considerarse con entidad suficiente para aplicar la acción por ruina del artículo 1591 del Código Civil, el comprador tendrá una acción por incumplimiento contractual basada en el artículo 1124 del Código Civil y no una mera acción para reclamar defectos de cabida o vicios ocultos⁷¹⁴.

No obstante, destacamos la circunstancia de que nuestra jurisprudencia ha declarado que, en el caso de compraventa de vivienda sobre plano, en caso de discrepancia entre la superficie reflejada en el plano incorporado en el contrato de compra y la real cabida, una vez ejecutada la vivienda, no se puede hacer uso de la cláusula que habitualmente se incluye en los contratos, que afirma que la vivienda se adquiere como cuerpo cierto, por ser incompatible con el concepto de cosa futura⁷¹⁵.

consideramos también que la falta de prestación de dicho seguro no es un defecto esencial del contrato".

⁷¹⁴ SSAP Cáceres 408/2012 y 410/2012, de 20 de septiembre (Roj: SAP CC 736/2012 y 737/2012) y AAP Barcelona 147/2012, de 17 de septiembre (Roj: AAP B 6122/2012).

⁷¹⁵ SAP Asturias 11 julio 2000, SAP Ciudad Real 19 diciembre 2007, SAP Tarragona 14 febrero 2008 y SSTS 20 marzo 2002, 19 enero y 17 octubre 2005, así como 7 diciembre 2006.

Entiende entonces que nos enfrentamos a supuestos de cumplimiento defectuoso y, por aplicación de lo dispuesto por los art. 1469 a 1472, establecen una indemnización⁷¹⁶.

En este sentido, si en el contrato se ha establecido un precio en atención a una unidad de medida o número y de su calidad (art. 1469.2 CC), el comprador tiene derecho a exigir al vendedor que le entregue la cantidad y calidad expresadas en el contrato. Si esto no fuera posible, entonces el comprador podrá optar entre la rebaja del precio o la rescisión del contrato, siempre que la disminución no sea inferior a la décima parte de la cabida. De esta manera, tal y como señala FERRÁNDEZ⁷¹⁷, si la diferencia con la superficie efectiva no supera el 10%, el contrato se mantiene ope legis, si bien facultando al comprador a solicitar una rebaja en el precio, en concordancia con la superficie real. En este sentido, el legislador presume que la intención del comprador era la de comprar, en el caso de contar con la cabida inicialmente pactada, y contaba con medios económicos suficientes, de manera que prima la conservación del contrato sobre otro tipo de consideraciones.

Por el contrario, si nos encontramos frente al mismo supuesto anterior (de establecer el precio en atención a una unidad de medida o número y de su calidad) si la cabida real es superior a la pactada, entonces el legislador diferencia entre aquellos casos en que la diferencia no supere la vigésima parte de la superficie pactada en el contrato, en cuyo caso se establece la obligación de pagar el exceso de precio; en el caso de superar la vigésima parte, el comprador tiene la facultad de optar entre satisfacer el incremento del precio o desistir del contrato.

El diferente tratamiento ofrecido por el legislador (en el caso de mayor cabida el límite viene referido al 10% mientras que en el caso de menor cabida, se reduce al 5%) se encuentra en una pretendida protección del comprador, para no hacerle muy gravosa la adquisición.

En el caso de que la finca resulte ser de peor calidad que la acordada, habrá que atender a si la diferencia de (peor) calidad excede o no del 10%. Si la diferencia de valor de la finca no alcanza el 10%, el comprador sólo puede optar por la reducción del precio, manteniendo el negocio jurídico; pero si excede del 10%, entonces se concede la facultad de desistimiento. Si la calidad fuera mejor que la ofertada, aunque el Código no diga nada, nuestra doctrina⁷¹⁸ se muestra proclive a aplicar analógicamente el régimen de mayor cabida, de manera que dará lugar a un incremento del precio si no supera el 5%, con facultad resolutoria para el comprador para el caso contrario.

⁷¹⁶ ATAZ LOPEZ J., <<Compraventa y contrato de obra futura>>, en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Aranzadi, Navarra, 2013, Tomo I, pág. 114 se posiciona en contra de esta solución, al entender que los art. 1469 a 1471 del Código Civil parten de la idea de que ha habido un error de las partes en cuanto a la extensión de la cosa y, en este caso (de compraventa de vivienda sobre plano) *no hay un error en el momento de contratar, sino defectuosa ejecución de la obligación de hacer por parte del vendedor/constructor.*

⁷¹⁷ LUCAS FERRÁNDEZ F., <<Artículos 1469 a 1472>>, AAVV, Coord. M.A.G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1980. Tomo XIX, pág. 232.

⁷¹⁸ LUCAS FERRÁNDEZ F., Op. Cit., que, a su vez, cita a MANRESA-BLOCH, SCAEVOLA-BONET y PUIG BRUTAU.

Así pues, no todo incumplimiento opera de manera automática sino que debe modularse en función de la finalidad del contrato, y no puede pretenderse un reconocimiento automático o apriorístico de incumplimiento contractual por la diferencia entre lo proyectado y lo entregado; de ahí que la Jurisprudencia condicione el éxito de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente a que el defecto o defectos de la obra sean de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comprador, afirmando que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida⁷¹⁹.

Visto lo anterior, si la desviación entre lo proyectado y lo después construido es de tal envergadura que estamos en presencia de entrega de cosa diversa o «aliud pro alio», entiende nuestra jurisprudencia que nos encontramos frente a un incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, sin que dicho incumplimiento pueda quedar subsanado⁷²⁰.

A este respecto, diremos tan sólo que si el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la pactada, ni un cumplimiento parcial, tampoco lo estará a conformarse con una prestación que no se ajuste a la convenida (STS de 2 de noviembre de 1994⁷²¹).

F) Falta de pago en las condiciones pactadas y resolución automática

Uno de los elementos esenciales del contrato es la fijación de un precio y lo habitual es que se establezca un calendario de pagos, que suele dilatarse durante el proceso edificatorio, de manera que se realiza un pago inicial, una serie de pagos diferidos, habitualmente en relación con la ejecución de determinadas partidas del iter constructivo, y un pago final, al otorgamiento de la escritura de compraventa.

Por otro lado, no podemos olvidar que el art. 1500 CC impone al comprador la obligación de pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato.

El problema, ya clásico pero ahora más habitual, es el tratamiento que se conceda a las compraventas con pacto comisorio, donde es habitual insertar cláusulas por las que se manifiesta que el impago de uno solo de los pagos diferidos provocará la resolución automática del contrato por incumplimiento⁷²².

⁷¹⁹ STS 21 noviembre 1971, 17 de enero de 1975, 15 de marzo [RJ 1979, 871] y 30 de octubre de 1979, 13 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2388] y 26 julio 1999 [RJ 1999, 6576].

⁷²⁰ Tal y como destacan las (STS 30 de noviembre de 1972 [RJ 1972, 4689], 29 de enero [RJ 1983, 400] y 23 de marzo de 1983 SIC, 20 de febrero de 1884 [RJ 1984, 693], 12 de febrero de 1988 [RJ 1988, 941], 12 de abril de 1993 [RJ 1993, 2997] y 10 de mayo de 1995 [RJ 1995, 4226], 28 noviembre 2003 [RJ 2003, 8361]).

⁷²¹ RJ 1994, 8364.

⁷²² A este respecto, destaca FERRANDIZ GABRIEL J.R., «El incumplimiento resolutorio según los principios del Derecho europeo de contratos», en *La compraventa: ley de garantías*, AAVV, Dir. P.J.A.Z. Manuales de Formación continuada, núm. 11. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pág. 117-148, por analizar este problema desde la perspectiva del Derecho europeo de

El análisis de este tipo de cláusulas, desde la óptica de la reciprocidad en las contraprestaciones, nos podría llevar a su aceptación, sólo cuando se previese un régimen idéntico ante el incumplimiento de las obligaciones *por ambas partes* (y, por lo tanto, también parte del vendedor). No obstante, es conveniente destacar que, en virtud de lo dispuesto por el art. 1504 CC, hay que rechazar la resolución ipso iure, por incumplimiento del comprador. En efecto, el citado precepto impone al vendedor la carga del requerimiento formal resolutorio⁷²³.

Y así lo ha entendido nuestra jurisprudencia desde hace muchos años, STS 23 de septiembre 1959⁷²⁴, 16 de noviembre 1979⁷²⁵, 7 de julio⁷²⁶ y 27 de noviembre 1987⁷²⁷. Y el motivo era entender que el requerimiento resolutorio impuesto por el art. 1.504 CC es una exigencia de orden público⁷²⁸. Por este motivo se ha exigido este requisito tanto a las compraventas de vivienda en construcción, se haya pactado o no la resolución automática frente al impago por parte del comprador.

Por otro lado, es digno de ser citada la nueva interpretación jurisprudencial, de la que es exponente la STS de 17 de julio de 2009⁷²⁹ y de la que destacamos dos ideas:

1º.- Pese a que el art. 1504 CC establece la necesidad, para poder resolver este contrato, de que el deudor sea requerido judicial o notarialmente, esta sentencia sienta doctrina según la cual *en aplicación al caso de la realidad social que impone el art. 3.1 del Código Civil para la interpretación de las leyes (que desarrolla la sentencia de 26 de febrero de 2044 (RJ 2004, 1749), que el requerimiento puede ser por medios distintos fehacientes, como es el telegrama o el burofax, lo que no es más que una interpretación extensiva de aquel precepto*. Nuestra doctrina se manifiesta en idéntico sentido⁷³⁰. No obstante, este criterio ha sido posteriormente modificado

contratos, que lentamente va teniendo cabida en nuestro ordenamiento, al menos como criterio interpretativo.

⁷²³ A este respecto, destacan JORDANO FRAGA F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, Civitas, 1992; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO C.: *Requerimiento y Resolución en la Compraventa Inmobiliaria*, Navarra, Aranzadi, 2001. CLEMENTE MEORO M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

⁷²⁴ RA 3360.

⁷²⁵ RA 3849.

⁷²⁶ RA 5181.

⁷²⁷ RA 8696.

⁷²⁸ JORDANO FRAGA, Op. cit., pág 27.

⁷²⁹ RJ 2009/6475.

⁷³⁰ PEREZ DE ONTIVEROS BARQUERO C., comenta esta sentencia en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Aranzadi, Navarra, N° 84, sep-dic. 2010, pág1420; y manifiesta: "En este punto coincido en la sentencia que comento, puesto que en la actualidad existen medios que pueden cumplir con la misma finalidad". De igual manera, PINTÓ RUIZ, J.J. (Estudios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación 2011, Dykinson, Madrid, pág. 563), afirma que <<si se pacta que el contrato se resuelve (es decir se pulveriza) *automáticamente*, para el caso de que el obligado no cumpla, como entonces, así las cosas, *el deudor tiene en su mano* cumplir, en cuyo caso el contrato es eficaz, o no cumplir, en cuyo caso el contrato queda "automáticamente" resuelto; la eficacia del contrato está sujeta a la *libre decisión* del deudor. Y sabido es que el art. 1.115 del CC dice que cuando la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula y, más genéricamente, el art. 1256 del CC dice que la validez y el cumplimiento de los contratos *no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*>>.

por nuestro Tribunal Supremo, dado que en la sentencia de Pleno 315/2011, de 4 de julio⁷³¹, se manifestó en sentido contrario y luego ha reiterado este criterio, entre otras, mediante la sentencia 549/2012, de 2 de octubre⁷³².

2º.- Se acoge a un criterio jurisprudencial mayoritario, según el cual la resolución contractual (tal y como analizaremos a continuación) se produce desde el requerimiento resolutorio, para el caso de ser consentida; caso contrario, cuando el comprador no se allane, habrá que acudir a la vía judicial y la sentencia no tendrá efecto constitutivo de la resolución, sino declarativo de la misma, con efecto retroactivo⁷³³.

Por su parte, el Código Civil francés, en sus art. 1654 a 1657, regula esta cuestión de manera similar a como lo hace nuestro legislador, en el art. 1503 CC. Así, expone el Código francés, en el caso de venta de inmuebles, se decretará inmediatamente la resolución si el vendedor estuviere en peligro de perder la cosa y el precio; si no existe tal peligro, el juez podrá conceder al adquirente un plazo más o menos largo según las circunstancias. Transcurrido ese plazo, si el comprador no ha pagado, se decretará la resolución de la venta. No obstante lo anterior, si existiera un pacto comisorio, se resolverá la venta de pleno derecho, aunque el comprador podrá pagar después de la expiración del plazo mientras que no le haya sido estimada la mora mediante interpelación, pero después de esta el juez no podrá concederle plazo.

G) Consecuencias de la declaración de concurso del promotor

Coincidiendo con el inicio de la crisis económica y hasta muy recientes fechas se ha producido un notable incremento de los procedimientos concursales en el sector inmobiliario, que parece haberse estabilizado en la actualidad⁷³⁴.

⁷³¹ Roj: STS 5101/2011.

⁷³² Roj: STS 6337/2012.

⁷³³ En este mismo sentido BUSTO LAGO J.M., <<Sentencia de 6 de septiembre de 2010: Resolución de compraventa inmobiliaria por impago del precio. Irrelevancia de incumplimientos parciales imputables a la promotora vendedora. Eficacia del requerimiento resolutorio ex art. 1504 del CC>>, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Pamplona, Aranzadi, N°87, sep-dic 2011, pág. 1438, afirma que “se trata de una resolución unilateral, cuya eficacia no requiere el consentimiento del comprador, pero sí el conocimiento de este –la unilateral declaración de voluntad resolutoria es de carácter recepticio (v. gr., STS de 28 de septiembre de 2011), remitiéndose a los órganos jurisdiccionales la valoración acerca de la adecuación a Derecho de la misma en caso de que la concurrencia de los presupuestos sea discutida por el comprador que pretende mantener la eficacia de la compraventa”.

⁷³⁴ Así, en el primer semestre de 2008, se registraron 1.010 nuevos procesos concursales. Esto supone un incremento del 109% respecto del mismo periodo en el año 2007 y, según los datos publicados por el anuario de estadística concursal del año 2011, publicado por el Colegio de Registradores (www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal/Estadistica_Concursal_Anuario.pdf), en 2011 se han contabilizado 2.193 nuevos concursos correspondientes al sector de la construcción. Esta cifra representa el 45,36% del total de concursos registrado en 2011, manteniéndose la participación porcentual del número de empresas concursadas vinculadas a la construcción con respecto a los ejercicios 2009 y 2010 (cuando se alcanzó el 44,8% y el 45,7% respectivamente).

Y estos procesos, pese a que en principio no afectan a la vigencia del contrato (art. 62.1 LC), sí que tienen innegables efectos sobre los compradores de vivienda sobre plano, que van más allá de la incertidumbre generada.

Nuestra doctrina⁷³⁵, partiendo de lo dispuesto por los art. 61 y 62 LC, así como lo declarado por nuestra jurisprudencia, ha diferenciado entre:

- La situación de cumplimiento íntegro de las obligaciones por parte del promotor o del comprador con anterioridad a la declaración del concurso. Este sería el (improbable) caso de que el comprador hubiese abonado la totalidad del precio o de que el promotor hubiese entregado adecuadamente la vivienda. En virtud de lo dispuesto por el art. 61 LC, el crédito se incluirá en la masa activa o pasiva del concurso, según proceda: el comprador tendrá un crédito concursal ordinario a la entrega de una vivienda (aunque deba cuantificarse a los meros efectos de la determinación del pasivo) y, si el que ha cumplido es el promotor, este ostentará un crédito dinerario (equivalente al importe pendiente de abono) contra el comprador⁷³⁶.
- La situación de incumplimiento de sus obligaciones, anterior a la declaración de concurso, por parte del promotor. En este caso, el comprador no podrá instar la resolución contractual (al no ser un contrato de tracto sucesivo) y quedará vinculado por el contrato al promotor, pasando a ostentar un crédito a la entrega de una vivienda, que tendrá la calificación de concursal ordinario (no así la eventual indemnización por daños y perjuicios, que se califica como crédito concursal subordinado (dado que los considera intereses –art. 93 LC- y se devengan hasta la fecha de declaración del concurso –art. 59.1LC-) ⁷³⁷. No obstante, para el supuesto de que el comprador hubiese instado la resolución con anterioridad a la declaración del concurso, el procedimiento

⁷³⁵ ESTRUCH ESTRUCH J., *El comprador de vivienda ante el concurso del promotor*, Pamplona, Aranzadi, 2011, pág. 162 y ss. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI R., <<Contratos de compraventa de vivienda y concursos inmobiliarios>>, AAVV, Coord. M.A.L.A., *Derecho Inmobiliario: problemática actual*, Madrid, CGPJ, 2009, Manuales de Formación Continuada Nº59, Tomo II, pág. 1.309 y ss.

⁷³⁶ DIEZ SOTO C., <<Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda y concurso del promotor>>, en *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Navarra, Aranzadi, 2013, Tomo II, pág. 967, pone de manifiesto que, en la práctica, el comprador quedará privado tanto de la facultad de exigir el cumplimiento del contrato en forma específica como de la de resolver el contrato, con base en el incumplimiento del promotor, y *sólo podrá hacer valer respecto a la entrega de la vivienda -y a la indemnización de los daños derivados del incumplimiento- como acreedor concursal, con sujeción al ya mencionado régimen de comunicación, reconocimiento y graduación.*

⁷³⁷ Pese a reconocer ESTRUCH que existen sentencias que discrepan de este criterio, como la SAP Alicante de 11 de octubre de 2011 (RJ 2011, 23487), sobre la idea de que el art. 62.1 LC no ha derogado expresamente la facultad resolutoria que concede el art. 1124 CC y que no puede condenarse al contratante cumplidor a quedar indefinidamente vinculado con la concursada, cuando es imposible que esta pueda cumplir con su obligación. Por su parte, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI se sitúa en la misma posición que anterior autor, al afirmar (Op. Cit., pág. 1333) que <<en el contrato de compraventa de inmueble futuro, que es de tracto único, no puede alegarse el incumplimiento anterior a la declaración de concurso por el comprador, como causa de resolución>> y matiza que <<distinto es que antes de la declaración de concurso se hubiera resuelto el contrato por cualquiera de esas causas o con base en el art. 1124 CC, porque entonces el crédito que existiría sería dinerario y sometido a la calificación concursal que correspondiera>>. Por su parte, DIEZ SOTO C., Op. cit, pág. 968, reconociendo la existencia de un debate doctrinal y jurisprudencial, respecto a la interpretación del art. 62.1 LC, se acoge a la tesis mayoritaria, negatoria de facultades resolutorias al comprador que no las ejercitó antes del concurso.

seguirá su curso hasta la firmeza de la sentencia y el crédito del comprador será calificado, respecto a las cantidades entregadas, como crédito concursal ordinario; mientras que, respecto de los intereses, será calificado de concursal subordinado.

- La situación de incumplimiento por ambas partes a la fecha de declaración del concurso. Nos encontramos con que inicialmente la declaración del concurso no afectaría a la vigencia del contrato y, en este caso (salvo que la administración concursal o el propio concursado hagan uso de la facultad que concede el art. 62.2.II LC de resolución contractual en interés del concurso) el comprador no es un acreedor concursal.
- La situación de incumplimiento por parte del promotor posterior a la declaración concursal. En este caso el comprador podrá instar la resolución contractual (frente al Juzgado de lo Mercantil y sabiendo que el Juez puede acordar el cumplimiento en interés del concurso, a cargo de la masa) y el crédito derivado de la resolución contractual será un crédito contra la masa (y no un crédito concursal, por lo que sus posibilidades de satisfacción son muy inferiores).

Por su parte, la eventual ejecución del título previsto por la Ley 57/68, tanto por incumplimientos previos como posteriores a la declaración del concurso, es ajena a los avatares del concurso⁷³⁸, por lo que podrá instarse de manera paralela⁷³⁹. Es más, podría decirse que este es uno de los motivos de su existencia, al tratar de evitar al consumidor y usuario el quedar sometido a los avatares del concurso, cuyas consecuencias son siempre negativas, especialmente para quienes ostentan créditos ordinarios y subordinados⁷⁴⁰.

Por último, tan solo señalar que, respecto al eventual sometimiento de las controversias que pudieran surgir al arbitraje de consumo, quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión suscritos por el concursado⁷⁴¹.

5) ACCIONES DISPONIBLES PARA LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

⁷³⁸ Dado que el art. 557 LEC establece un sistema tasado de motivos de oposición, entre los que no se encuentra la eventual declaración de concurso de la entidad garantizada.

⁷³⁹ AAP Castellón de 10 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 40086) y Valencia de 27 de septiembre de 2010 (RJ 2011,43818), citados por Estruch, obr. Cit, pág. 168.

⁷⁴⁰ No obstante, tal y como destaca DIEZ SOTO C., Op. cit., pág. 963; junto a las carencias propias de la citada Ley, corregidas por la D.A. 1ª de la LOE, habría que añadir una defectuosa coordinación con las previsiones de la Ley Concursal (especialmente en lo referente a la posición del garante en el concurso, por subrogación en los derechos que le correspondan al comprador dentro del concurso), que pudiera generar una injustificada restricción de los derechos y garantías reconocidos al comprador por la Ley 57/68 (al plantear la necesidad de realizar un requerimiento de pago, o incluso exigir una resolución contractual previa a la ejecución del título), o bien una poco explicable alteración de algunos de los principios básicos que sustentan la Ley Concursal (por una eventual privación a los órganos del concurso de la posibilidad de adoptar las decisiones más convenientes desde el punto de vista del interés general).

⁷⁴¹ Art. 58.2 TRLGDCU así como 53 y 54 LC.

Una vez analizado el sistema de garantías legalmente establecido nos enfrentamos a una de las cuestiones más complejas que existen en esta materia: coordinar el sistema de acciones que asisten al consumidor y usuario, tratando de establecer las relaciones existentes entre todas ellas.

En este sentido, tendremos que partir de la existencia de una gran disparidad de criterios, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, este último en menor medida puesto que históricamente ha resuelto todas las reclamaciones con aplicación del art. 1591 CC o, en menor proporción aunque con mayor frecuencia en los últimos tiempos, del sistema de responsabilidad contractual establecido por el art. 1.101 y concordantes, desatendiendo el resto de opciones que asisten a estos propietarios.

1. LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO CRIMINAL

La exigencia de la responsabilidad criminal supone, desde la óptica del presente trabajo, la última fase del sistema de protección que el legislador brinda a los consumidores y usuarios.

Esta protección del interés económico se articula desde dos planos distintos: en el plano individual, a través de los tipos de lesión patrimonial y, concretamente, a través de la estafa⁷⁴²; y en el plano colectivo, a través de los tipos delictivos contenidos en la sección tercera del Capítulo XI, del Título XIII CP (Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico), analizados por los art. 281 a 286, que regulan los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

Dado el ámbito del presente trabajo, nos centraremos en la protección brindada al consumidor individual, que se articula principalmente a través del delito de estafa. Por último, citaremos la publicidad falsa o fraudulenta.

Salvo en algunos supuestos de evidente y flagrante estafa (que ahora analizaremos), el problema que se nos presenta es que, en la mayoría de supuestos, nos enfrentamos al denominado <<negocio jurídico criminalizado>>⁷⁴³, en el que un contratante simula el propósito de concertar un determinado negocio, valiéndose de la buena fe del contrario, cuando en realidad solo tiene intención de beneficiarse de

⁷⁴² Una vez que se ha derogado el Art. 6 de la Ley 57/68 por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, siendo la causa de tal derogación expuesta por la STS de 29 de abril de 2008, y responde a la inadecuación de la técnica legislativa, que dispone efectos civiles y penales y, respecto a estos últimos, establece una aplicación directa y automática del delito de apropiación indebida, sin atender al criterio de culpabilidad. Y en esta misma dirección destaca la STS 5 de abril de 1995, que cita las anteriores, de 20 de marzo de 1978, 23 de febrero de 1988, 5 de junio de 1991 y 25 de abril de 1994.

⁷⁴³ Cfr. STS 1514/2002, de 19 de septiembre (BDB TS 24573/2002) y ATS 1665/2012, de 27 de septiembre (Roj.: ATS 10845/2012), según el cual <<en la modalidad defraudatoria denominada "negocio jurídico criminalizado", el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a esta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales (SSTS 21/2008 y 65/2010)>>.

las prestaciones que ha de realizar la parte contraria sin ánimo de cumplir las propias obligaciones, revelando así el dolo antecedente y el engaño propiciador del fraude⁷⁴⁴.

En estos supuestos, el dolo penal consiste en el propósito de no cumplir o iniciar parcialmente un cumplimiento aparente para terminar en un incumplimiento definitivo, en tanto el contrato concluido es una ficción al servicio del fraude porque, o bien se oculta el decidido propósito de incumplir la propia contraprestación, o se silencia la imposibilidad de satisfacerla en que se encuentra el agente.

La distinción con los negocios válidos, pero posteriormente incumplidos, estriba en la prueba del aludido engaño previo, por cuanto la distinción o línea divisoria entre el dolo civil y el dolo penal consiste precisamente en el criterio de la tipicidad; esto es, si el comportamiento que es juzgado es subsumible en un precepto penal, el dolo será de esta naturaleza y, en los demás casos, se estará en presencia del llamado dolo civil -sentencias del Tribunal Supremo de 21 mayo 1997, 26 mayo 1998 y 17 setiembre 1999-.

Para determinar la eventual tipicidad penal hay que analizar el requisito fundamental, y el más característico de la estafa, constituido por el engaño: consistente en la argucia o ardid de que se vale el autor para inducir a error al sujeto pasivo o provocar un conocimiento deformado o inexacto de la realidad, que vicia su voluntad y su consentimiento y le determina a entregar alguna cosa o a realizar una prestación que de otra manera no habría realizado.

El engaño, como ha manifestado nuestra jurisprudencia en numerosas resoluciones, tiene que ser necesariamente antecedente, causante y bastante: antecedente, porque ha de preceder y determinar el consecutivo acto de desplazamiento; causante, porque debe estar ligado por un nexo causal con dicho acto dispositivo, de forma que este haya sido generado por aquel; y, por último, bastante, en cuanto que debe tratarse de una acción adecuada y proporcional para la consecución de los fines propuestos cualquiera que sea su modalidad, debiendo tener entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial y dé lugar al fraude.

Visto esto, el CP regula en su art. 248 el tipo delictual básico, afirmando que <<cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno>>. Y destaca nuestra jurisprudencia, como elementos integradores de este tipo delictivo:

1.- Un engaño precedente o concurrente, concebido como una norma penal en blanco, dado que no existe una definición del mismo, con la intención de acomodar el tipo a los diversos supuestos que la realidad presenta⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ SERRANO GÓMEZ A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 2002, pág. 397 y ss.; establece la diferenciación entre el ilícito civil y el delito en la eventual voluntad de incumplimiento del contrato: si es anterior a la celebración, de manera que nunca se ha tenido voluntad de cumplimiento, podemos estar frente al delito, mientras que si la voluntad de incumplir es posterior, debe resolverse por la vía civil.

⁷⁴⁵ CHOCLÁN MONTALVO J.A., *El delito de estafa*, Barcelona, Bosch, 2000, pág. 262; pone de manifiesto que la diferencia entre el fraude penal y el dolo civil <<exige que en todas las conductas esté presente un engaño inicial -antecedente- que sea bastante para producir la disposición

2.- Dicho engaño ha de ser <<bastante>>, entendido como suficiente y proporcional, capaz de aparentar la realidad y seriedad suficientes para el individuo medio⁷⁴⁶.

3.- Debe provocar un error esencial en el sujeto pasivo, que realiza el traspaso patrimonial, quien debe tener un desconocimiento de la realidad o conocimiento deformado o inexacto, por causa de la fabulación del agente⁷⁴⁷.

4.- Debe provocar un acto de disposición patrimonial en contra del sujeto pasivo, motivado por el engaño. De esta manera, el bien jurídico protegido es el patrimonio.

5.- También es preciso que concurra un ánimo de lucro, entendido como propósito del infractor de obtener una ventaja patrimonial correlativa, aunque no se exige una correspondencia con el perjuicio ocasionado. Este elemento aparece configurado como elemento subjetivo del injusto.

6.- Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio ocasionado, ofreciéndose este como resultado del primero. Por lo tanto, el dolo del agente ha de ser anterior o concurrente al acto defraudatorio, pero no posterior (dolo subsequens).

Al margen, tenemos que destacar la existencia de un tipo agravado, regulado por el art. 250 CP y que castiga con pena de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses, cuando, <<recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros

patrimonial, requiriéndose asimismo la producción de un efectivo perjuicio. La necesaria concurrencia de estos elementos básicos que no pueden faltar (engaño y perjuicio), pues de lo contrario nos encontraríamos ante un ilícito civil>>.

⁷⁴⁶ La STS 877/12, de 13 de noviembre (Roj.: STS 7282/12) analiza este requisito y afirma que <<el engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina jurisprudencial que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación, ocultación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro, incluida la ocultación de datos relevantes que deberían haberse comunicado para un debido conocimiento de la situación por parte del sujeto pasivo, pues con tal forma de proceder el actor provoca un error de evaluación de la situación que induce al engañado a realizar un acto de disposición que en una valoración correcta, en caso de conocer los datos relevantes, no habría realizado.

Se exige en el tipo que el engaño sea bastante para producir error en otro, es decir, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error, o sea que el engaño sea suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos. Dicha idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la mendacidad del agente>>.

⁷⁴⁷ Dice la STS 814/2012, de 30 de octubre (roj.: STS 6869/2012) que << La doctrina de esta Sala (Sentencia 17 de noviembre de 1999 y Sentencia de 26 de junio de 2000, núm. 634/2000 , entre otras) considera como engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquel que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto. La maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado>>.

bienes de reconocida utilidad social>>; queda así clara la preocupación del legislador al prever un tipo agravado para el caso específico de que la estafa recaiga sobre una vivienda⁷⁴⁸. No obstante, también se prevé el tipo agravado para aquellos supuestos en que <<revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia>>; atendiendo al precio de la vivienda y la situación en que suelen quedar las víctimas de las estafas inmobiliarias, la aplicabilidad del tipo agravado, también por esta vía, parece más que posible a la mayoría de supuestos⁷⁴⁹.

Y, visto así, destaca la protección que brinda el legislador a los compradores de viviendas, puesto que los dos párrafos del precepto citado hacen mención al supuesto clásico de compraventa de vivienda, en el que se entregan fuertes sumas de dinero.

En este sentido, también conviene tener presente, respecto a la falta de aseguramiento de las cantidades recibidas con motivo de la compraventa de vivienda en construcción, a tenor de lo preceptuado por la Ley 57/1968; que anteriormente, el párrafo segundo del derogado (por la LO 10/1995, de 23 de octubre, del Código Penal) art. 6 establecía que la falta de devolución de estas cantidades constituía un delito o falta de apropiación indebida, de los art. 3 y 535 CP. No obstante esta derogación expresa, nada impide que (al margen del anterior automatismo) se pueda aplicar esta figura⁷⁵⁰ a la falta de devolución del dinero⁷⁵¹ (distinto a la falta de afianzamiento, no punible por la vía del art. 636 CP, dado que éste sólo afecta a los

⁷⁴⁸ VALLE MUÑIZ J.M. y QUINTERO OLIVARES G., <<Artículo 311>>, AAVV, Dir. G.Q.O., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, Aranzadi, 2005, pág. 1268; ponen de manifiesto que en estos casos el legislador persigue una mayor intensidad de la tutela al consumidor frente a ataques fraudulentos de bienes <<cuasiprimarios>>. Y la STS de 8 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2553) dispone que <<la cualificación tiende a proteger al consumidor y por ello menta los artículos de primera necesidad y bienes de reconocida utilidad social entre los que incluye las viviendas, de modo que el precepto tendrá virtualidad respecto a estas cuando la entrega de las mismas se haga con mermas de superficie respecto de la contratada o con notorios defectos de calidad>>. Por su parte, la STS de 25 de febrero de 1993 (RJ 1993, 547) declaró la concurrencia del tipo agravado, dado que el contrato firmado entre las partes no fue de compra de parcela, sino (también) de construcción de vivienda sobre ella.

⁷⁴⁹ Op. Cit, pág. 1285, no obstante, los citados autores ponen de manifiesto la necesidad de analizar la especial gravedad en atención al conjunto de elementos ofrecidos por el tipo, de manera que la interpretación (dado el significativo agravamiento de la pena) se vuelva permeable, dejando atrás el criterio cualitativo anteriormente imperante. En todo caso, entienden que no es preciso que provoque una situación de ruina o cuasimiserable, tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia (STS 9 de octubre de 1986 –RJ 1986, 5585-), sino que es suficiente con que la defraudación comporte dificultades graves en la normal satisfacción de las necesidades económicas de la víctima o, como dice la STS 8 de mayo de 1989 –RJ 1989, 4145- y 18 de octubre 1990 –RJ 1990, 8174-) <<basta con que la víctima se vea abocada a una situación patrimonial de cierto agobio e inseguridad, sin que precise la indigencia o penuria rayana en la miseria>>.

⁷⁵⁰ Y así lo entendió nuestro Tribunal Supremo, en sentencias de 23 de octubre de 1996 (RJ 1996, 9501) y 29 de abril de 2008 (RJ 2008, 2184).

⁷⁵¹ MORENO VERDEJO J., *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 2002, Tomo 2, pág. 1748; se manifiesta en este mismo sentido, destacando la circunstancia de que nuestra jurisprudencia ha calificado como delito de apropiación indebida <<cuando el promotor no hubiese destinado a la construcción las cantidades percibidas a modo de anticipos, sino que se las apoderare empleándolas en otros usos>>. También lo ha calificado de estafa <<si desde el inicio existió voluntad de no construir y apoderarse de las cantidades que los compradores entregaron (acto de disposición) a consecuencia de error en que incurrieron por las maniobras engañosas del constructor que les hizo creer en la realidad de una obra que no se pensaba ab initio llevar a cabo>>.

seguros obligatorios de responsabilidad civil, y el impuesto por la LOE es un mero seguro de caución, sustituible por un aval bancario)⁷⁵². En estos casos la jurisprudencia entiende que el dinero entregado por el comprador constituye un depósito irregular o una relación puramente fiduciaria, ya que quien lo recibe no tiene libre disposición sobre el mismo, existiendo unas claras obligaciones respecto a su destino.

Igualmente, destacamos lo dispuesto por el art. 251 CP, que castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años a <<quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero>>.

Este tipo, a priori, no sólo resulta aplicable para el supuesto de venta de lo ajeno sin facultades o doble venta. También podría aplicarse a aquellos supuestos en que se procede a la venta de inmuebles sin tener la propiedad del solar.

Y a este respecto, nuestro Tribunal Supremo⁷⁵³, continuando con lo anteriormente expuesto, ya ha manifestado que la figura citada de la doble venta puede encajar en la figura de la enajenación mediante atribución falsa de una facultad de disposición de la que se carece, por haberla ya ejercitado en perjuicio del adquirente o de un tercero, y también como una nueva enajenación antes de la definitiva transmisión al primer adquirente en perjuicio de este o de un tercero. Conforme a las citadas normas penales, podemos decir que los requisitos exigidos para la sanción de la doble venta como delito son los siguientes⁷⁵⁴:

1º. Que haya existido una primera enajenación.

2º. Que, sobre la misma cosa antes enajenada, haya existido una segunda enajenación "antes de la definitiva transmisión al adquirente" , es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un nuevo acto de disposición en favor de otra persona.

3º. Perjuicio de otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quien sea el que, en definitiva, se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 1.473 C.C.

⁷⁵² La STS 752/2007, de 2 de octubre (Roj: STS 6930/2007), destaca la circunstancia de que, mediante sugestiva publicidad, consistente en aparentar el afianzamiento de las cantidades entregadas de conformidad con lo dispuesto por la Ley 57/68, los acusados lograron atraer la atención de compradores de viviendas, garajes y locales. Y en este sentido, pese a reconocer que el art. 6º de la Ley 53/1968, que definía estos hechos como apropiación indebida, ha sido derogado por la LO 10/95 (de Código Penal) llega a la conclusión de que << la circunstancia de que el art. 6 de la ley 53/1968 haya considerado que el uso indebido del dinero ingresado debía dar lugar a una distracción de dinero en el sentido de la apropiación indebida (antiguo art. 535 CP 1973 = art. 252 CP) no excluía ni excluye la posibilidad de que en la celebración del contrato se haya cometido un delito de estafa, engañando al sujeto pasivo sobre condiciones esenciales de la contratación>>. Finalmente la sentencia condena a los acusados por un delito continuado de estafa.

⁷⁵³ Cfr. STS (Sala II) 1809/2000, de 24 de noviembre (BDB 40385/2000).

⁷⁵⁴ ATS 627/2012, de 12 de abril (Roj.: ATS 3891/2012) y STS 39/2011, de 1 de febrero (Roj.: STS 901/2011).

4º. Además, ha de concurrir el dolo, como en todos los delitos dolosos, consistente en este caso en haber actuado el acusado en tales hechos con conocimiento de la concurrencia de esos tres requisitos objetivos antes expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio.

En estas figuras de estafa impropia el engaño aparece implícito en cada una de ellas, como ocurre en estos casos de doble venta, en los cuales ese engaño se encuentra en la actitud de falsedad con que el autor de la enajenación se muestra en la segunda operación al ocultar que antes había realizado ya otra mediante la cual se había despojado de su titularidad.

Con igual pena castiga al <<que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la grave o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero>>⁷⁵⁵

Y a este respecto, creemos preciso recordar que es una práctica habitual el que, al firmar el contrato de compraventa de vivienda en construcción, el promotor manifieste que la vivienda objeto del contrato se transmite libre de cargas. Y tan común como esto es que, a continuación, el promotor constituya un préstamo hipotecario sobre la edificación.

Para evitar este tipo de situaciones, con límites poco definidos por nuestra jurisprudencia y de las que pudieran derivarse responsabilidades criminales para los promotores, es por lo que muchos de estos han optado por incluir una cláusula en virtud de la cual el comprador (mediante una condición general) presta su consentimiento para que el promotor constituya el préstamo hipotecario, con la única obligación de que, al momento de la transmisión, la vivienda se encuentre libre de cargas⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ Y a este respecto, destaca la STS 39/2011, de 1 de febrero (Roj.: STS 901/2011) dictada en un asunto en que los herederos de quien previamente transmitió unas fincas, pero no se inscribió, aparentaron frente al Ayuntamiento en un proceso de reparcelación que eran los propietarios, para vender las fincas urbanas resultantes, y que terminó absolviendo del delito de estafa a los acusados, pero afirmando previamente que <<para que alcance realidad el tipo delictivo cuestionado es, pues, necesario que el sujeto activo finja ser propietario de un inmueble, que mediante esta simulación consiga que el sujeto pasivo acepte una enajenación que cree le es propuesta por quien tiene titularidad bastante para ello y que, como consecuencia del engaño provocado, el sujeto pasivo realice un acto de disposición patrimonial en su perjuicio o en el de un tercero. A lo que cabe añadir dos notas de validez general para todo delito de estafa pero dignas de una especial ponderación en el caso enjuiciado en la Sentencia recurrida: que el engaño puede consistir en la deliberada ocultación de datos o en la omisión de informaciones --Ss. de 22-11-86, 27-4-90 y 20-4-93- siempre, claro está, que la conducta omisiva tenga eficacia causal para la producción del error en el sujeto pasivo y sea determinante de su acto de disposición, y que en la estafa es indispensable el dolo antecedente proyectado sobre todos los elementos objetivos del tipo -S. 13-10-87- siendo incompatible la imprudencia con la esencia misma de este delito, por lo que el error que afecte a un elemento esencial del tipo, sea vencible o invencible, excluye la culpabilidad.>>

⁷⁵⁶ A este respecto, resulta llamativa la STS 877/12, de 13 de noviembre (Roj.: STS 7282/12), que condenó por un delito de estafa a quien vendió como vivienda un local que no tenía (por haber sido previamente denegada) licencia de primera ocupación.

Por último, castiga el precepto, con idéntica pena, al <<que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado>>.

Finalmente, dada la trascendencia que tiene la publicidad en la fase precontractual (inicialmente analizada), creemos oportuno destacar lo dispuesto por el art. 282 CP, que castiga con pena de prisión de seis meses a un año y multa de 12 a 24 meses el denominado “delito publicitario” y que castiga la publicidad fraudulenta o engañosa.

Se trata de una figura de nuevo cuño, que nace con el Código Penal de 1995, aunque con anterioridad se había incluido en varios proyectos normativos, sin llegar a tener virtualidad hasta entonces y que, pese a los años de vigencia, prácticamente no ha sido analizado por nuestros Tribunales, al ser excepcionales los procedimientos instruidos por este delito.

El citado precepto castiga a <<los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores>>.

La jurisprudencia ha analizado este tipo delictual en escasas ocasiones⁷⁵⁷, destacando la STS 357/2004, de 19 de marzo⁷⁵⁸, donde se establece que <<son elementos constitutivos de tal delito del *art. 282 C.P.* los siguientes: 1º.- El sujeto activo ha de ser un fabricante o comerciante. Se trata, por tanto, de un delito especial propio. 2º.- El sujeto pasivo tiene carácter colectivo, los consumidores, según el propio texto del precepto. La conducta delictiva ha de dirigirse a una pluralidad de personas en esa perspectiva propia del delito de peligro que no exige para la consumación del delito perjuicio concreto. 3º.- La conducta delictiva exige la concurrencia de los requisitos siguientes: a) Que con relación a productos o servicios haya una publicidad o una oferta; b) Que esta publicidad u oferta se haga con falsedad: alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre tales productos o servicios, nos dice el *art. 282*. Este es el elemento central del delito, el que determina la antijuricidad del hecho. 4º.- Este *art. 282* exige la posibilidad de un resultado. Aparece definido como un delito de mera actividad y de peligro. Ha de entenderse, por las características del hecho, que de este comportamiento pueda derivarse un perjuicio grave y manifiesto para el citado sujeto pasivo: los consumidores, con lo cual quedan excluidos de esta clase de delito aquellos casos que por su menor entidad no merezcan la actuación del derecho penal. "Perjuicio grave o manifiesto para los consumidores" quiere decir aptitud para producir graves daños o perjuicios. Una limitación cuantitativa difícil de precisar, pero que en todo caso excluye las infracciones de poca importancia. Muchos pueden ser los criterios que cabe utilizar para medir y precisar este elemento cuantitativo: la clase del

⁷⁵⁷ La naturaleza de dicha figura delictiva ha sido igualmente objeto de análisis en el AAP Madrid 885/2010, de 11 de octubre (Roj.: AAP M 16829/2010), que destaca el criterio jurisprudencial asentado por las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 11-4-2005, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, A 9-6-2005, Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 19-4-2007 y la reciente sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 17-11-2009.

⁷⁵⁸ R.J.: STS 1908/2004. Que es citada por la SAP Logroño 198/2010, de 9 de julio (Roj.: SAP LO 609/2010) y de la que reproducimos su fundamentación.

producto que se quiere vender o del servicio que se pretende prestar, pues no es lo mismo la publicidad de una promoción de viviendas que la de unos zapatos; el precio que se quiere obtener a cambio; el número de personas al que se quiere llegar con la publicidad; el medio de propaganda utilizado; la cualidad de los destinatarios del mensaje, particularmente su situación económica, etc. 5º.- Por último, es necesario que concurra el dolo, como elemento constitutivo del tipo (o de la culpabilidad) en todos los delitos dolosos, que consiste en una actuación realizada con conocimiento de la concurrencia de esos otros elementos que acabamos de enumerar. Quien actúa con ese conocimiento actúa con dolo, siendo suficiente el dolo eventual>>.

Lo que pretende la norma es dotar de protección criminal al consumidor para que este reciba una información veraz, aunque bien es cierto que⁷⁵⁹ la diferencia entre la publicidad (lícita) que sobrevalora las cualidades del producto, la que exagera hasta límites irreales y la que utiliza abiertamente el engaño para atraer a potenciales clientes no siempre está clara⁷⁶⁰.

Y destaca la norma por castigar la conducta en sí, con independencia de sus resultados, pudiendo cometerse (en caso de causar el perjuicio efectivamente) en concurso con otros tipos delictuales⁷⁶¹.

También destaca por la expresa mención a los consumidores y usuarios, dado que la protección sólo viene referida a este tipo de destinatarios del producto y no a todos (por lo que, nuevamente, será de gran transcendencia la concepción que tengamos del consumidor; por ejemplo, respecto a las personas jurídicas o a los particulares comerciantes).

Finalmente, destacamos la conducta delictiva consistente en realizar (dolosamente, dado que no cabe el delito imprudente) ofertas de productos o

⁷⁵⁹ Como pone de manifiesto MUÑOZ CUESTA F.J., <<Publicidad engañosa: una figura delictiva de contornos poco definidos que dificultan su aplicación>>, en *Revista de Aranzadi Doctrina*, Aranzadi, 2010, págs. 35 a 40.

⁷⁶⁰ Tal y como pone de manifiesto la STS 1097/2009, de 17 de noviembre (Roj: STS 7786/2009), según la cual << la mayor o menor minuciosidad de los términos en que se presenta la publicidad de un producto es decisiva para su valoración desde una perspectiva jurídica, dentro del marco de los derechos de los consumidores o bien cuando el reproche se eleva a las esferas penales, que sólo deben intervenir cuando la falsedad de los términos publicitarios sea manifiesta o puede inducir a engaño. Es cierto que, como diremos más adelante, la línea divisoria entre la publicidad lícita que sobrevalora las cualidades del producto, la que las exagerándolas hasta términos irreales y la que lisa y llanamente utiliza el engaño como medio de comunicarse con los potenciales consumidores es siempre muy tenue, de tal modo que llegar al extremo más riguroso de la sanción penal debe limitarse a casos de grave contravención de la buena fe y fidelidad que se debe a los consumidores como titulares de derechos que vienen marcados por los principios rectores de la política social y económica sancionados por la Constitución. El artículo 51 impone a los poderes públicos la tarea de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

⁷⁶¹ Y siendo las referencias jurisprudenciales penales referentes a la publicidad engañosa muy escasas, podemos destacar también la SAP Lleida 259/2012, de 17 de julio (Roj.: SAP L 498/2012) y que hacía referencia a la venta de viviendas prefabricadas, con posibilidad de legalización urbanística, en terrenos que no eran aptos para ello. También destaca el AAP Madrid 885/2010, de 11 de octubre, que analiza la figura delictual por referencia a la STS de 19 de marzo de 2004, ya comentada. Por último, citamos la SAP Logroño 198/2010, de 9 de julio (Roj.: SAP LO 609/2010) que niega la existencia de delito, haciendo especial referencia al principio de intervención mínima.

servicios en las que se hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas de ellos, siempre que vengan referidas a datos importantes que condicionen la decisión (elección) del consumidor, debiendo ser idóneas para causar un *perjuicio grave y manifiesto* a los consumidores⁷⁶². Y así la STS 1097/2009, de 17 de noviembre⁷⁶³ ya reconoce que <<Los indicadores de la posible existencia de una publicidad engañosa son muy variables y dependen de muchos factores, como la naturaleza del producto o sus características principales. También es relevante si se ha omitido información sustancial que necesite el consumidor medio para tomar una decisión. Se equipara la omisión a la inclusión de informaciones poco claras, ininteligibles o ambiguas>>.

De esta manera, vemos como el legislador deja fuera del ámbito de la norma aquellos casos de menor entidad, justo los que habitualmente suceden dentro del campo del derecho de consumo, aunque, dado el objeto del presente (la compraventa de vivienda en construcción), esta limitación cuantitativa no nos afecte.

Y, por último, dada la cercanía y conexiones de este tipo delictual con el de estafa, dejamos constancia⁷⁶⁴ de que el delito de publicidad falsa (art. 282 CP), cuando ya la estafa se ha iniciado en su ejecución (tentativa o consumación) y el engaño radica sólo en tal publicidad falsa, entonces queda absorbido en la estafa, puesto que pasa a integrarse en el engaño, elemento central de esta última infracción.

2. LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO CIVIL

A) Relaciones entre el art. 1591 y la LOE⁷⁶⁵

El primero de los análisis a realizar es el de la relación entre ambos preceptos, dada su proximidad, incluso coincidencia, como veremos⁷⁶⁶.

⁷⁶² Y destaca la STS 1097/2009, de 17 de noviembre (Roj: STS 7786/2009) que, siguiendo el criterio de la jurisprudencia comunitaria (por referencia al principio de proporcionalidad), distingue entre la figura del consumidor medio (el que está normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, ponderando sus factores sociales, culturales, etc.) y el consumidor típico <<por la especificidad de la oferta>>. La doctrina (RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias. La Ley, Madrid, 2011, pág. 1118) ha entendido que el precepto viene referido al segundo.

⁷⁶³ Roj: STS 7786/2009.

⁷⁶⁴ Tal y como expone la STS 357/2004, de 19 de marzo; citada por CALDERON CEREZO A., *Delitos contra el orden socioeconómico*, Madrid, La Ley 2008, pág.213.

⁷⁶⁵ Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Valladolid, Lex Nova, 2007 y ESTRUCH ESTRUCH J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Navarra, Aranzadi, 2011.

⁷⁶⁶ Dispone el art. 1591: “El contratista de un edificio que se arruinase por vicios en la construcción responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años”.

Partiendo de lo preceptuado por el art. 1591 CC, tenemos que acudir a las disposiciones de la LOE⁷⁶⁷ que establece, en su art. 17⁷⁶⁸, la responsabilidad civil de los distintos agentes que intervienen en el proceso de edificación⁷⁶⁹.

A la vista de los citados preceptos, lo primero que observamos es que existe una aparente coincidencia en la regulación del análisis de la responsabilidad decenal y, si analizamos las disposiciones derogatorias de la LOE, esta no ha derogado el art. 1591, lo que nos presenta un problema inicial.

Esta circunstancia ya ha sido puesta de manifiesto por nuestra doctrina⁷⁷⁰, encontrando su razón en la premura con que se quiso aprobar la LOE, antes de que culminara la legislatura⁷⁷¹, con meros fines electoralistas. A este respecto, la derogación del art. 1591 CC hubiera requerido el análisis de la LOE por la Comisión General de Codificación, lo que habría impedido la aprobación del texto legal dentro de la legislatura y en un momento oportuno; ello motivo que no se hiciera expresa referencia en la disposición derogatoria primera, que sólo alude a la derogación de *todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley*.

Esta circunstancia ha provocado que existan dos tesis: la que entiende que la LOE ha derogado (al menos tácitamente) el citado art. 1591 CC y la que entiende que no⁷⁷².

Y esta discusión, lejos de quedar en un plano teórico o ideal, presenta graves consecuencias en su aplicación práctica.

a) Ámbito de aplicación de los citados artículos.

⁷⁶⁷ GONZALEZ POVEDA P., <<La Ley de Ordenación de la Edificación y derechos de los consumidores>>, AAVV, Dir. M.P.L.I., *Derecho y vivienda*, Manuales de Formación continuada, núm. 10. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pág. 99 y sgts.

⁷⁶⁸ Este precepto establece tres tipos de responsabilidad: “Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3. El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año”. Paralelamente, la citada norma reconoce la exigibilidad por parte de los propietarios y terceros adquirentes, por título de responsabilidad contractual, frente a quienes intervienen en el proceso edificatorio.

⁷⁶⁹ Cfr. LOPEZ RICHART J., *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Madrid, Dykinson, 2003.

⁷⁷⁰ TAPIA GUTIÉRREZ, P, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.D. entre otros, citados por MARTÍNEZ ESCRIBANO C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Valladolid, Lex Nova, 2007..

⁷⁷¹ PANTALEÓN PRIETO, Citado por MARTÍNEZ ESCRIBANO C., Op. Cit., que se remite a “Las Garantías de la LOE”.

⁷⁷² A este respecto, conviene recordar que en la tramitación parlamentaria de la LOE se presentó por el Grupo Parlamentario Vasco una enmienda que pretendía la derogación expresa del art. 1591 CC, que fue rechazada.

Lo primero que tenemos que apreciar es el ámbito de ambas normas porque, dependiendo de la postura que adoptemos, podrá suceder que existan supuestos que no tengan acogida por la norma o, al contrario, que se encuentren regulados por dos normas (y de modo diferente).

Si analizamos la letra del art. 1591 CC podemos comenzar observando cómo parece referirse sólo a la ruina en sentido literal, a su derrumbamiento; habiendo sido este precepto ampliado por la jurisprudencia a todo tipo de situaciones, con la finalidad de poder ofrecer una justicia material a situaciones injustas, sin resultar especialmente riguroso con el contenido de la norma.

Por el contrario, la LOE diferencia claramente entre tres tipos de daños que, en función de su gravedad, dan lugar a tres tipos de responsabilidad: la anual, la trienal y la decenal⁷⁷³.

Si analizamos el régimen de responsabilidad decenal establecido por la LOE y lo confrontamos con el espíritu originario del art. 1591 CC, con su letra, podemos apreciar que existe plena identidad. Por el contrario, quedarían fuera los *daños menores* que, dando lugar a responsabilidad, no alcanzan la gravedad de ruina.

A este respecto, entendemos que los citados preceptos analizan supuestos distintos, dado que el ámbito de aplicación de la LOE es muy limitado y el del CC mucho más extenso.

En efecto, la LOE sólo analiza las responsabilidades extracontractuales, puesto que, de lo contrario, carece de sentido la referencia y salvaguarda que realiza de las responsabilidades contractuales⁷⁷⁴.

Y dentro de estas, sólo a lo que esta norma define como edificación, quedando al margen el resto de construcciones que no tengan cabida dentro del concepto que ofrece la norma (Art. 2.2).

En los casos de coincidencia, que existen, debiera haberse producido una derogación del art. 1591 CC, dado que la LOE es norma posterior y especial respecto al CC. No obstante, el criterio de aplicación será el temporal, según si la licencia de obra se hubiera solicitado a partir del 6 de mayo de 2000 (en cuyo caso se aplicaría la LOE) o antes (en cuyo caso se aplicaría el art. 1591 CC).

b) Contenido de los mismos.

⁷⁷³ Junto al distinto plazo de garantía tenemos que recordar la existencia de un plazo de ejercicio distinto: en la LOE el plazo es de dos años, mientras que en el 1591 CC es de quince años.

⁷⁷⁴ El art. 17 comienza diciendo: <<Sin perjuicio de las responsabilidades contractuales (...)>>. Por su parte, el art. 18 LOE hace referencia a la subsistencia de responsabilidades contractuales, al margen de las reguladas en la Ley, al establecer un plazo de prescripción de acciones de dos años, <<sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual>>. Por último, el art. 8 afirma que las obligaciones de cada uno de los intervinientes en el proceso productivo <<vendrán determinadas por lo dispuesto por esta Ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención>>.

A la vista de lo precedente podemos apreciar con carácter previo o inicial la existencia de distorsiones (incluso injusticias) dentro del sistema, puesto que ambas normas dispensan un trato distinto para situaciones análogas.

A este respecto, en aquellos supuestos en los que no sea de aplicación la LOE, por quedar dentro del ámbito de aplicación (por ejemplo, por no tener la cualidad de “edificación”), nos encontraríamos, de seguir aplicando el criterio tradicional del art. 1591 CC, con que ciertos daños quedarían amparados dentro del sistema de responsabilidad trienal de la LOE, por lo que tendrían un ámbito temporal limitado a tres años, mientras que (en supuestos de edificaciones de escasa entidad) quedarían amparados por el sistema decenal, lo que supone un contrasentido⁷⁷⁵. A parte, nos encontraríamos con la circunstancia de que la LOE permite reclamar sólo los daños materiales ocasionados en el edificio, mientras que el art. 1591 CC permite reclamar el resto de conceptos (daños personales, morales, lucro cesante, etc).

Lo mismo ocurriría en aquellos casos en que se produjeran daños materiales en el edificio por defectos en los elementos constructivos, pero que se ajustasen a los requisitos de habitabilidad que establece la norma. De este modo, no parece muy lógico que, sobre la base del cumplimiento de los requisitos de habitabilidad que establece la norma, se establezca un sistema trienal o decenal; reservando el más extenso para los supuestos en que exista cumplimiento que, en principio, parece que merecen un tratamiento más suave.

Posiblemente la solución a este problema venga dada por una distinción en el ámbito de aplicación de las citadas normas y, en los supuestos de coincidencia (dado que el art. 17 LOE y el 1591 CC son coincidentes en ciertos supuestos), por el retorno al original y decimonónico sentido del art. 1591 CC, para finalmente reconocer que la LOE ha venido a regular lo que anteriormente era sólo un criterio jurisprudencial, que no dotaba de plena seguridad jurídica, dado el tenor de las resoluciones (en muchos casos contradictorias) de nuestro Tribunal Supremo, claramente divergente de nuestras Audiencias Provinciales⁷⁷⁶.

El problema es que esta solución supone una merma en las garantías de los consumidores, que hasta ahora era mucho mayor por aplicación indiscriminada del Art. 1591 CC y que no atraviesa la frontera del ejercicio dialéctico, dado que no tenemos constancia de haber sido acogida por nuestra jurisprudencia que, directamente, ha obviado este problema y continúa aplicando el citado precepto, quizás por costumbre o por tratarse de una figura ampliamente elaborada, de perfiles

⁷⁷⁵ FERNÁNDEZ GREGORACI B., <<La disciplina normativa de la responsabilidad de los agentes de la edificación: un intento de articulación>>, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº23, 2009-2, pág. 265 y 267; pone de manifiesto dos paradojas: que daños menos graves (como el bien mueble de un salón dañado por humedades) serían indemnizables, mientras que el daño más grave (las humedades) no lo sería; por otra parte, una obra que se entregase al comprador transcurridos más de cuatro años después de su recepción -cosa previsible en nuestro panorama inmobiliario, en que los bancos atesoran gran cantidad de inmuebles terminados- no podrían tener reparación de los daños materiales en el edificio derivados de defectos de la construcción.

⁷⁷⁶ A este respecto, destaca ESTRUCH (Cfr. Las responsabilidades en la construcción ..., pág. 964), quien nos recuerda que el art. 1591 CC se ubica dentro de la regulación del contrato de obra, aunque se acabó aplicando de manera generalizada (merced a la labor jurisprudencial) a los casos de compraventa, como medio para dotar de legitimación a los compradores, que no habían contratado con los agentes de la edificación. En su opinión, para las edificaciones con licencia de obras posteriores.

más o menos claros que, sin resultar del todo rigurosa desde el punto de vista técnico, alcanza con facilidad situaciones de justicia material.

a. Relaciones entre las normas que integran el sistema de responsabilidad contractual

Los problemas derivados de la rebaja en las garantías ofrecidas a los consumidores, compradores de viviendas deberán ser resueltos por aplicación de la responsabilidad contractual, tal y como expresamente prevé el art. 17 LOE, quedando entonces muy ampliado el marco de protección frente al vendedor, aunque no así frente a los demás intervinientes en el proceso edificatorio⁷⁷⁷.

A este respecto, merced a la figura de la acumulación de acciones, nada impide que el reclamante fundamente su demanda en base a los preceptos de la LOE, así como los que regulan el contrato de compraventa o de obra, o los derivados del TRLGDCU (o normativa autonómica, dependiendo de la zona), pudiendo así salvar el extremo margen temporal que ofrece la LOE, así como sus estrictos términos de aplicación⁷⁷⁸.

a) Respecto a la RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA debemos comenzar diciendo que, en principio, son normas que se complementan aunque, para un correcto análisis, debemos subrayar la circunstancia de que el Código Civil obedece al sistema liberal de contratación⁷⁷⁹, manteniendo el principio de la autonomía de la voluntad y no atiende o se detiene en la circunstancia de que las partes contratantes no se encuentran situadas en un plano de igualdad. Así, frente a la idea básica del Código Civil, que es la contratación de la edificación de una vivienda, tanto el TRLGDCU como la LOE atienden a la circunstancia de que las viviendas son puestas en el mercado por los promotores, quienes ofrecen su producto al mercado en las condiciones que ellos mismos desean, sin otorgar capacidad de negociación al comprador o, en el mejor de los casos, siendo ésta más que escasa.

Dicho lo anterior, debemos destacar la independencia de las acciones que brinda la LOE al propietario respecto de las acciones que concede el CC al comprador de vivienda, que se complementan. Incluso, una vez transcurrido el plazo de ejercicio de las acciones derivadas de la LOE, el comprador mantendrá la facultad de ejercitar las acciones derivadas del contrato de compraventa frente al (promotor)

⁷⁷⁷ Este recorte de garantías ha sido criticado por nuestra doctrina. Cfr. ORTI VALLEJO A., <<La responsabilidad civil en la edificación>>, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, AAVV, Coord. L.F.R.C., Navarra, Aranzadi, 2003, pág. 1672.

⁷⁷⁸ ASÚA GONZÁLEZ C.I., <<La responsabilidad>>, en *Manual de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, AAVV, pág. 451; analiza el ámbito de la responsabilidad contractual y hace referencia a la denominada *tesis de la opción o de la acumulación*, donde conviven dos acciones distintas (de responsabilidad contractual y extracontractual) que en realidad no se acumulan, sino que concurren.

⁷⁷⁹ DE LEÓN ARCE A., <<Contratos de adquisición de derechos sobre vivienda>>, Coords. A.D.L.A y L.M.G.G., *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, Tomo I, pág. 719.

vendedor, si los defectos constructivos pudieran entenderse como un incumplimiento contractual⁷⁸⁰.

Llegados a este punto, conviene destacar:

- El SISTEMA DE GARANTIAS PARA LOS BIENES DURADEROS que establece el TRLGDCU impone, entre otras, la obligación de reparar gratuitamente los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por estos ocasionados⁷⁸¹, incluso, en aquellos casos en que no sea posible la reparación o esta no resultare satisfactoria, la sustitución por otro de idénticas características o la devolución del dinero abonado⁷⁸². También impone el derecho a una asistencia técnica y a la existencia de repuestos.

Habiendo aclarado la inclusión de la vivienda en la enumeración de bienes duraderos, merced a la Disposición Transitoria 2ª TRLGDCU y RD 1507/2000, de 1 de septiembre, hay que tratar de aclarar lo que este precepto le aporta al consumidor, la extensión del mismo, tanto en sí mismo considerado, como por ampliación en relación con el citado texto legal.

Y lo primero que nos encontramos es que, pese a la claridad del precepto citado, el Art. 19.6 LOE concede la opción al asegurador (no al consumidor) de reparar el daño o abonar en metálico las indemnizaciones oportunas; lo que supone justo lo contrario de lo declarado por el TRLGDCU.

También podemos apreciar que el TRLGDCU no delimita con claridad los bienes que ampara y, generalmente, la vivienda se entrega con elementos tales como aire acondicionado, cocina, alarma, etc., por lo que cabría plantearse si esta garantía comprende los “accesorios” de la vivienda o no, incluso qué se entiende por tal⁷⁸³.

Quizás la solución venga por tratar de conciliar este precepto con el sistema de responsabilidades establecido por la LOE, pero salvando ahora uno de los mayores problemas que esta norma presenta: el del inicio del cómputo de la garantía, que es el de la recepción de la obra, para ampliarse ahora, y por esta vía, al de la entrega al comprador.

También habrá que tener muy presente el tipo acción que se ejercita, para poder atender así la normativa que sirve de base y amparo, que puede establecer un período más amplio de garantía.

- El sistema de protección de las ACCIONES EDILICIAS. La solución nos viene dada por el art. 17.9 LOE que, expresamente declara compatible este régimen de responsabilidad con el derivado del contrato de compraventa.

⁷⁸⁰ Y así lo entendieron la STS de 27 de junio de 1994 (RJ 1994,6505) y la SAP Albacete de 11 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 66918).

⁷⁸¹ Cfr. art 126 y DT 2ª.

⁷⁸² Cfr. Art 119 y 120 TRLGDCU.

⁷⁸³ Dado que la enumeración que realiza el art. 148, aplicable en virtud de lo dispuesto por el artículo siguiente, ambos del TRLGDCU; no parece tener un carácter limitativo, apareciendo como un *numerus apertus*.

De esta manera, el comprador de la vivienda podrá optar por la vía que más le interese, incluso optar por una acumulación de acciones, puesto que no son incompatibles.

No obstante esta opción, parece que, en principio, el comprador de viviendas optará por el sistema establecido por la LOE dado que:

1º.- El sistema de responsabilidad establecido por el Código civil es más corto, seis meses, frente a uno, tres o diez años de la LOE.

2º.- El sistema del Código Civil es de caducidad, mientras que el de la LOE es de prescripción.

3º.- Mientras en el sistema del Código Civil, el responsable es sólo el vendedor, en el sistema elaborado por la LOE, la responsabilidad se extiende solidariamente del promotor (que habitualmente es el vendedor) al resto de agentes de la edificación.

Finalmente, conviene recordar que, con la aplicación de la LOE, tan sólo se pueden reclamar los daños materiales en el propio edificio, mientras que, con las acciones derivadas del contrato de compraventa, tanto en lo que respecta a la responsabilidad contractual como a las acciones edilicias, se podrán reclamar todo tipo de daños, los materiales (no limitados al propio edificio), así como los personales y morales.

b) Por último, respecto a la RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CONTRATO DE OBRA.

En este capítulo, lo primero es destacar que la jurisprudencia ha venido regulando los problemas derivados por defectos en la construcción en el art. 1591 CC, cuando se trataba de supuestos de mayor gravedad, los de ruina (no existiendo unanimidad en este sentido y cambiando notablemente la amplitud de concepto). Por el contrario, para los supuestos de menor trascendencia ha optado por la aplicación del sistema de responsabilidad contractual del art. 1101 y siguientes del CC.

Este sistema, ya de por sí complicado, viene a complicarse aún más cuando observamos que la LOE analiza la misma realidad, pero concediéndole una respuesta muy distinta⁷⁸⁴.

⁷⁸⁴ A este respecto, destacamos la reciente STS de 22 de marzo de 2010 (La Ley 16950/2010) que estudia las relaciones temporales entre el art. 1591 CC y la LOE y establece que <<en la actualidad subsisten dos regímenes diferenciados de responsabilidad: el que se establece a partir de la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil, para las obras en cuyos proyectos se había solicitado licencia de edificación con anterioridad al día 5 de mayo de 2000, y el posterior a esta fecha. El primero regido por el artículo 1591 del CC. El segundo por el artículo 17 de la LOE. Y una cosa es que aun no siendo directamente aplicable esta Ley a los casos surgidos con anterioridad a su entrada en vigor se tengan en cuenta principios esenciales para interpretar adecuada la responsabilidad establecida en el artículo 1.591, y otra distinta aplicar directamente una normativa prevista para otros casos. Lo contrario supone crear un problema donde no lo había, no debía haberlo, dotando al sistema de una indudable inseguridad jurídica>>.

El comprador de vivienda podrá ampararse en cualquiera de las citadas normas (incluso acumular su ejercicio⁷⁸⁵) pero teniendo en cuenta la finalidad perseguida:

1º.- En cuando al ámbito subjetivo, la responsabilidad contractual, incluso gracias a la ampliación operada merced al art. 1596, en principio, resulta más restrictiva que la establecida por la LOE.

2º.- Por el contrario, la responsabilidad contractual presenta un mayor número de supuestos de aplicación, no quedando limitada a los casos de daños materiales producidos por vicios constructivos y aplicándose a todos los supuestos de incumplimiento contractual, incluso más allá: a los supuestos en que, no habiendo incumplimiento contractual, no se ha cumplido con las exigencias técnicas del edificio, marcadas por el Código Técnico de la Edificación (CTE).

A nivel doctrinal⁷⁸⁶, se presenta una cuestión que no debe ser pasada por alto: teóricamente, existe una responsabilidad contractual enfrentada a la legal (y por lo tanto, de carácter objetivo) contenida en la LOE. Esta situación hace que varíe tanto el régimen de prueba de la culpa como las posibilidades moderadoras que otorga el art. 1103 CC, reservadas sólo a la primera y no a la segunda.

b. Relaciones entre normas que integran el sistema de responsabilidad extracontractual

El análisis de la responsabilidad contractual centra la mayoría de esfuerzos del legislador, quien llega a citar expresamente la subsistencia de la responsabilidad contractual junto al sistema de obligaciones y responsabilidades configurado por la LOE.

No obstante esta circunstancia, lo cierto es que también subsiste el régimen de responsabilidad extracontractual, centrandó nuestro análisis⁷⁸⁷ en dos situaciones:

a) La responsabilidad extracontractual frente al propietario. art. 1.902 CC

Hasta ahora hemos analizado el supuesto de que una persona (consumidor o usuario) adquiriría una vivienda directamente el promotor, al que le une un contrato de compraventa; pero existen múltiples supuestos en que, dentro del plazo de garantía, la vivienda se transmite de un comprador a otro, quien no se encuentra vinculado contractualmente con el promotor, ni con ninguno de los intervinientes en el proceso edificatorio.

⁷⁸⁵ ESTRUCH ESTRUCH J., <<Compatibilidad del ejercicio de las acciones derivadas del contrato de compraventa de vivienda con las derivadas de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC>>, en *Revista de Derecho Patrimonial*. Aranzadi, Navarra, núm.2, 1999.

⁷⁸⁶ DE LEÓN ARCE A. y GARCÍA GARCÍA L.M., *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

⁷⁸⁷ Siguiendo el mismo esquema de la obra citada, "Responsabilidades y garantías ...".

Desde esta perspectiva, no parece que pueda ser aplicable el sistema de responsabilidad contractual, dado que no media vínculo contractual alguno entre las partes e, incluso, puede que suceda que en la cadena de sucesivas transmisiones, alguno de los adquirentes no posea la cualidad de consumidor o usuario, por lo que entendemos que no sería merecedor del trato prioritario que ofrece el legislador y, no teniéndolo o mereciéndolo, no podrá transmitirlo, en función del viejo aforismo de que nadie puede transmitir lo que no tiene.

La respuesta ofrecida por nuestros Tribunales ha sido la de ignorar todas estas consideraciones y entender que los sucesivos adquirentes se han transmitido las acciones derivadas del régimen de responsabilidad contractual, pese a la inexistencia de lazos contractuales⁷⁸⁸. Posiblemente en esta tesis ha primado la protección a los compradores de viviendas frente al rigor jurídico⁷⁸⁹, buscando una protección de los compradores de vivienda⁷⁹⁰.

No obstante lo anterior, queremos llamar la atención sobre dos circunstancias:

1.- Dado el limitado marco de actuación de la LOE (daños materiales producidos en el ámbito que la Ley describe), entendemos que el ámbito del art. 1902 CC abarca los supuestos no contemplados por la LOE, de modo que son dos normas que (a nuestro entender) se complementan.

2.- El plazo de ejercicio es distinto, pues mientras que la LOE establece un plazo de ejercicio de tres años, la responsabilidad extracontractual tiene fijado (art. 1968.2 CC) un plazo de ejercicio de un año, a contar desde que el perjudicado conoció la existencia de los daños.

b) La responsabilidad extracontractual frente a terceros. art. 1909 CC

El art. 1.909 CC analiza el supuesto de resultar perjudicados terceros, no propietarios, haciendo responsables a los arquitectos y constructores⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ Manteniendo para la LOE el criterio interpretativo de aplicación del art. 1591 CC.

⁷⁸⁹ Llegando incluso el art. 17.1 LOE a legitimar indirectamente a la comunidad de propietarios (al referirse a los adquirentes de parte de los edificios <<en el caso de que sean objeto de división>>), continuando así con el criterio jurisprudencial asentado con motivo de la interpretación del art. 1591 CC, que también les legitimaba activamente.

⁷⁹⁰ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*. Aranzadi, 2011, que analiza la cuestión de la transmisión de las acciones del art. 1591 CC junto con la propiedad (pág. 357) y analiza numerosas sentencias en que el Tribunal Supremo así lo ha declarado (STS 21 de marzo de 1988 –RJ 1988, 2222-, 9 de junio 1989 –RJ1989, 4417-, 27 de marzo de 1995 –RJ 1995, 2143- y 30 de junio 1997 –RJ 1997, 5406-). Igualmente, el citado autor (pág. 643) analiza esta cuestión desde la óptica de la LOE, llegando a idéntica conclusión, de transmisión de acciones, con la diferencia de destacar que ahora es el propio texto legal el que legitima a los denominados <<terceros adquirentes>>, con lo que pretende reforzar esta idea.

⁷⁹¹ A este respecto, la STS 227/1993, de 15 de marzo (Roj.: STS 1623/1993), dictada en un procedimiento donde el análisis se centraba en unas inmisiones, declaró que <<el artículo 1909 del Código Civil (suponiendo que sea ese el precepto al que, sin mencionarlo, quiera referirse el alegato del motivo) concede al tercero perjudicado (por los hechos que enumera el 1908) la facultad ("podrá", dice el artículo) de dirigir también su acción contra el técnico (aunque el poco afortunado precepto sólo habla de arquitecto) correspondiente, pero no le impone la obligación de hacerlo, con lo que la relación jurídico-procesal queda adecuadamente constituida si solamente demanda (como aquí ha

Este precepto debe ser analizado conjuntamente con los arts. 1907, 1908 y 1591, todos ellos del mismo texto y, en definitiva, sigue el siguiente esquema: existe una relación de daños de los que responde el propietario pero, si obedecen a defectos de construcción y suceden dentro del período establecido por el art. 1591, la responsabilidad se traslada de este al arquitecto y al constructor⁷⁹².

El escenario cambia para aquellos que entienden que la LOE ha derogado el art. 1591, pues entonces los plazos se acortan, pasando al régimen de responsabilidad anual, trienal o decenal. Transcurrido este período, no podemos dejar de atender a la circunstancia de que el propietario responderá por la vía de los arts. 1907 y 1908⁷⁹³.

Y, llegados este extremo, de responsabilidad del propietario, una vez transcurrido el período de la LOE, siendo el daño claramente imputable (vía Código Técnico de la Edificación) a cualquiera de los intervinientes en el proceso edificatorio (no estando constreñido el ámbito al constructor y al arquitecto), nuestra doctrina declara la aplicabilidad del régimen de responsabilidad aquiliana a este supuesto. Y, en este caso, debemos atender a dos situaciones:

1.- Los daños que se produzcan dentro del plazo que faculta la aplicación del art. 1909, donde existe una presunción de culpabilidad y una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad.

2.- Los que se produzcan fuera del ámbito del art. 1909, pero dentro del ámbito de aplicación temporal del art. 1902, en los que habrá que probar la culpa.

ocurrido) al propietario que explota y se beneficia de la fábrica emisora de los gases y polvo excesivos y causantes del daño>>.

⁷⁹² ALGARRA PRATS E., *Estudio de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, La Ley, 2006, pág. 48 y siguientes; se muestra partidario de aplicar el art. 1909 a los supuestos previstos por los dos artículos de referencia y se muestra partidario de extender la responsabilidad a todo aquel que haya podido intervenir en la construcción, proyección o instalación, cuyos defectos hayan sido determinantes en la causación del daño, teniendo en cuenta que en el caso del art. 1908 <<estamos hablando de defectos no de la cosa (máquina o sustancia), sino del lugar donde se encuentra o se ha colocado>>.

⁷⁹³ Y, a este respecto, citamos la STS 746/2008, de 21 de julio (Roj.: STS 4332/2008), que analiza el tema de la prescripción y dispone que <<el artículo 1909 CC establece que si el daño resultare por defecto de construcción, "el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal", lo que obliga a la interpretación de esta última frase. La expresión "tiempo legal" constituye una referencia al momento en que debe aparecer el defecto para que pueda ser atribuido a los técnicos que han intervenido en la construcción que ha producido el daño; se trata, por tanto, de una remisión al plazo de garantía del artículo 1591 CC, que era el aplicable en el momento en que se produjeron los daños que se reclaman y que ahora debe entenderse efectuada a los plazos previstos en el artículo 17 de la Ley 38/1999, de 5 noviembre, de ordenación de la construcción. Ello no quita que deba aplicarse el plazo del artículo 1968,2º CC para computar el plazo de prescripción de la acción de los terceros afectados "desde que lo supo el agraviado", porque al tratarse de una responsabilidad extracontractual, debe regirse por el plazo de prescripción establecido en el citado artículo 1968.2 CC, a contar desde el momento que en él se prevé, siempre que se produzca dentro del plazo legal>>.

B) Relaciones entre la L.O.E. y la legislación sobre consumidores

Lo primero que debemos destacar es el diferente ámbito de actuación, que en el caso de la LOE es mucho más extenso que el del TRLGDCU.

En efecto, si atendemos al TRLGDCU, veremos que tiene restringido su campo de actuación tanto desde la perspectiva del vendedor como del comprador y, si alguna de las partes no reúne los requisitos establecidos por su articulado, no podrá ser objeto de aplicación. Por el contrario, la LOE tiene un campo de actuación mucho más extenso, que carece de las anteriores limitaciones, aunque nace con vocación (tal y como se establece en su propia exposición de motivos) de ser una aportación más al TRLGDCU.

En igual dirección, si nos guiamos por el carácter de especialidad, tendremos que apreciar que la LOE se presenta como una especialidad del TRLGDCU, pero sólo en la zona compartida por ambas normas. En la no compartida (por ejemplo en el supuesto de que quien compre la vivienda o local comercial lo haga en el ámbito de una actividad empresarial o profesional, para revenderlo) será de aplicación directa por exclusión del TRLGDCU.

Por último, si lo analizamos desde una perspectiva temporal, podremos concluir en sentido contrario, al ser la LOE una norma anterior al TRLGDCU.

Esta última reflexión nos debe hacer ver que en aquellos supuestos en que no sea de aplicación la LOE (principalmente por ser la licencia de edificación anterior al 6 de mayo del 2000), será de aplicación el TRLGDCU, cuando las partes tengan cabida dentro de su ámbito de actuación. Para los supuestos posteriores, entendemos que deberá resultar de aplicación prioritaria la LOE, por los motivos expuestos⁷⁹⁴.

Por otro lado, si atendemos a la catalogación de la vivienda como BIEN DE NATURALEZA DURADERA, por el anexo II del RD 1507/2000, de 1 de septiembre⁷⁹⁵, se nos presenta la duda de la aplicabilidad del régimen de garantías aplicable: el previsto por el art. 19 LOE o el previsto por el TRLGDCU, tanto en su art. 127 (que regula la garantía comercial que se ha de prestar a los bienes de naturaleza duradera) como en su art. 149 (que establece el régimen especial de responsabilidad por daños causados por la vivienda).

Así, pese a que el art. 19 LOE establece el triple nivel de garantías, que abarca tres períodos (el anual, el trienal y el decenal), lo cierto es que termina garantizando sólo el más extenso temporalmente, pero de menor casuística, aquellos daños que afecten a la estabilidad o a la resistencia mecánica del edificio. Los otros

⁷⁹⁴ Por su parte, FERNÁNDEZ GREGORACI B., <<La disciplina normativa de la responsabilidad de los agentes de la edificación: un intento de articulación>>, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº23, 2009-2, pág. 255 y siguientes; destaca la posibilidad de una tercera opción: la aplicación del TRLGDCU (Libro III) en lo relativo a la responsabilidad civil por los bienes o servicios defectuosos y, específicamente el art. 136, al considerar los productos de construcción como bienes muebles incorporados a un bien inmueble. Por último, llama la atención sobre la distinción entre la responsabilidad de los prestadores de rehabilitación o reparación de viviendas (art. 148) y la de los profesionales de la construcción o comercialización de viviendas (art. 149).

⁷⁹⁵ Cfr. Disposición transitoria segunda TRLGDCU.

dos tipos de garantías, pese a constar expresamente, no son objeto de aseguramiento obligatorio.

Por el contrario, el régimen previsto por el art. 127 TRLGDCU concede a los consumidores y usuarios el derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante un plazo determinado, que no determina, al establecer sólo su mínimo, de cinco años (como novedad frente a la anterior LGDCU).

Por su parte, el art. 149 TRLGDCU establece un régimen especial de responsabilidad que afecta a los daños ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico.

Es aquí donde surge el problema pues, frente a la concreción de la LOE, el TRLGDCU establece un marco amplísimo de garantías, pero no lo delimita temporalmente.

Esta extensión de las garantías es muy importante, dado que cada vez es más común la técnica comercial de entregar la vivienda con numerosos muebles, electrodomésticos, aparatos de aire acondicionado, bañeras de hidromasaje, etc, que, por vía indirecta (al ser parte integrante de la vivienda e igual objeto de compraventa) podrían tener cabida en este amplísimo régimen.

Alguna sentencia (como la dictada por la AP de Burgos de 8 de julio de 2005), trata de situarse en una posición intermedia, afirmando que la LOE ha venido a concretar este plazo de garantía, al delimitarlo y hacerlo extensivo sólo por estos tres períodos⁷⁹⁶.

No obstante, no creemos que esta sea la solución más razonable, puesto que:

1º.- La consecuencia alcanzada por las citadas normas no necesariamente coincide: si atendemos al TRLGDCU el consumidor tiene derecho a la reparación gratuita de los vicios o defectos originarios así como de los daños y perjuicios que éstos hayan ocasionado; incluso si la reparación no resultase satisfactoria, concede el derecho a la sustitución del bien por otro de idénticas características o, si no fuera posible, a la devolución del dinero. Por el contrario, el art. 19 LOE concede al asegurador la posibilidad de optar entre la reparación de los daños o la indemnización en metálico.

⁷⁹⁶ SAP Burgos 314/2005, de 8 de julio (Roj.: SAP BU 748/2005), que afirma: << Lo que ocurre es que, no habiéndose fijado el plazo de garantía en la Ley de Consumidores ni en ninguna otra disposición legal para los bienes inmuebles, salvo quizás hasta la publicación de la Ley de Ordenación de la Edificación, la doctrina y la práctica de los tribunales ha venido permitiendo que el consumidor pueda reclamar por vicios originarios de la cosa vendida, unas veces acudiendo sin más a los artículos 11 y 25 y siguientes de la LGDCU, y otras acudiendo a la doctrina del aliud pro alio con lo que ello supone de incumplimiento de la obligación de entrega. Pero tras la publicación de la LOE, que impone la responsabilidad solidaria del promotor en todo caso, y sin que la responsabilidad del promotor pueda considerarse una obligación fundada en la culpa, habrá que plantearse si lo que viene a hacer la LOE es llenar el vacío legal que existía sobre la regulación del plazo de garantía en el caso de venta de vivienda por un vendedor profesional>>.

2º.- Parece que el derecho que otorga el art. 11.3.b) a la vivienda (dada su catalogación de bien de naturaleza duradera) resulta desorbitado para los vicios del edificio, que parece pensado para bienes fabricados en serie.

A día de hoy, la preferencia de uno u otro, así como la pacífica dualidad de sistemas no se ha solucionado, por lo que será más que probable que en el futuro se suscite esta cuestión.

VI.- SISTEMAS ALTERNATIVOS A LA VIA JURISDICCIONAL PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Con la evolución sufrida en los últimos años, las distintas legislaciones han ido reconociendo un cierto fracaso del sistema jurisdiccional tradicional⁷⁹⁷, máxime cuando se enfrenta a reclamaciones de escaso importe o transfronterizas⁷⁹⁸, especialmente en materia de comercio electrónico⁷⁹⁹.

En este sentido, tal y como ha puesto de manifiesto nuestra doctrina, pese a que la tutela legislativa del consumidor es más que razonable, resulta necesario establecer mecanismos adecuados para que el consumidor pueda hacer valer los derechos reconocidos, apareciendo insuficientes las vías de resolución jurisdiccionales, por lo que se hace aconsejable el acudir a sistemas alternativos para la resolución de conflictos⁸⁰⁰.

Y en los países de nuestro entorno, sólo Irlanda ha establecido un procedimiento especial para la resolución de conflictos de consumo, denominado *small claims consumer procedures*. Por su parte, sólo Reino Unido cuenta con un

⁷⁹⁷ A este respecto GASCON INCHAUSTI F., <<Acciones de cesación>>, AAVV, Dirs. M.R.P. y M.I.C., *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Iustel, 2011, pág. 892; reconoce que, <<cubiertas las necesidades vitales esenciales de los ciudadanos y alcanzado un elevado nivel de desarrollo económico y social, el consumo de bienes y servicios se ha convertido en una faceta básica de la vida jurídica contemporánea. Son por ello muy frecuentes las controversias que surgen con ocasión de la adquisición de bienes de consumo y la prestación de servicios. Ocurre, sin embargo, que no siempre esos litigios son sometidos a la decisión de los órganos judiciales -o de otras instancias para la resolución de controversias-, de modo que la efectividad real de los derechos y garantías que las normas sustantivas reconocen a los consumidores quedan privadas de una verdadera efectividad práctica>>.

⁷⁹⁸ Cfr. ALBIEZ DOHRMANN K.J.: <<Cuestiones que plantea el contrato de obra en el ámbito del Derecho de consumo español>> en las Actas del Congreso "Contrato de obra y Protección de los Consumidores", AAVV, Fase 20 SL, Granada, 2013, pág. 189.

⁷⁹⁹ El citado autor menciona, Op. cit., pág. 189; como elementos que distorsionan o dificultan la resolución de conflictos por la vía tradicional (la jurisdiccional): la desigualdad que suele existir fuera del proceso entre las partes, y que puede disuadir al consumidor (tanto por su falta de medios como por el desequilibrio frente al empresario), así como la escasa cuantía de la mayoría de los litigios en materia de consumo, lo que hace que el coste personal y económico desmerezcan la eventualidad de iniciar un pleito.

⁸⁰⁰ MARÍN LÓPEZ M.J., <<Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco.

Tribunal especializado en conflictos de consumo, conocido como *Restrictive Practices Court*.

Así, en este intento de avanzar hacia un acceso a la justicia de una manera más eficaz y adecuada, surgen los denominados “Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos (Alternative Dispute Resolution), conocidos como ADR; de entre los que destacan la mediación, la conciliación y el arbitraje.

El origen de los ADR se encuentra en EEUU, a comienzos del siglo XX, y es en los años 80 cuando adquiere su reconocimiento legislativo pleno y generalizado. Este movimiento se traslada a Gran Bretaña, que introduce la mediación en el ámbito familiar y, en materia de consumo, destaca la Consumer Arbitration Agreements Act de 1988 y, los arbitrajes de consumo suelen ser introducidos por códigos de buenas conductas en las asociaciones comerciales. A partir de aquí se produce una expansión hacia el resto de Europa, principalmente por la vía de la recomendación, en el ámbito comunitario y en tres ámbitos: el familiar, el laboral y el de consumo⁸⁰¹.

I. MEDIACIÓN DE CONSUMO

Definida por SERNA MEROÑO⁸⁰² como un medio de solución de conflictos de carácter extrajudicial que se concreta en un procedimiento voluntario, informal y confidencial por el cual una persona ajena al conflicto con una formación profesional adaptada a las necesidades de conflicto, asiste a las partes con la finalidad de que éstas lleguen a un acuerdo por sí mismas⁸⁰³.

De ésta destaca la intervención de una tercera parte, neutral e imparcial: el mediador, que orienta y guía a las partes opuestas, mediante la utilización de diversas técnicas, para que puedan manejar y/o resolver su disputa y llegar a un acuerdo consensuado con el fin de resolver su conflicto, sin forzar ni imponer la resolución, propiciando el diálogo cara a cara, resolviendo el problema y desarrollando soluciones alternativas.

⁸⁰¹ Destacan la Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE); y la Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE)

⁸⁰² SERNA MEROÑO E., <<La mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos en materia de consumo>>, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*. Pamplona, Aranzadi, 2012, pág. 773.

⁸⁰³ Por su parte, MARIN LOPEZ, M.J.: <<Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos>>, en www.uclm.es/cesco, la define como un medio de solución de *conflictos por el cual son las propias partes las que consiguen poner fin a los mismos mediante un acuerdo adoptado tras una negociación en la que un tercero -el mediador- intenta aproximar posiciones o incluso proponer el acuerdo, pero sin que, en ningún caso, la solución al conflicto sea decidida ni impuesta a las partes por el mediador*. Y BLANCO CARRASCO M., *Mediación y consumidores*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2005, la define como un *sistema extrajudicial, no judicial y autocompositivo de solución de conflictos, de carácter voluntario, a través del cual un tercero neutral e imparcial, el mediador, ayuda y guía a las partes involucradas en una situación conflictiva para que, a través de un proceso, sean éstas quienes alcancen un acuerdo mutuamente aceptable en un contexto más flexible e informal que el que se encuentra en los espacios clásicos de resolución de conflictos*.

Consiste, por lo tanto, en un medio alternativo a la vía jurisdiccional en virtud del cual dos personas deciden acudir a un tercero, denominado mediador, que se compromete a ayudarles a alcanzar una solución al problema que les enfrenta⁸⁰⁴. De este modo, la labor del mediador consiste en dirigir el proceso negociador, carece de facultades resolutorias y sólo trata de acercar la posición del consumidor y la del empresario.

Y nuestra doctrina ha destacado que esta técnica de resolución de conflictos utiliza un enfoque orientado a resolver el problema de manera constructiva, que difiere del enfoque tradicional del adversario, en la que unos ganan y otros pierden⁸⁰⁵. De esta manera, el mediador ha de inculcar a las partes la idea de que el conflicto les está perjudicando a todos y que la única manera de salir es proponiendo soluciones conjuntas; así el objetivo de las partes no será ganar lo máximo a costa del otro, sino salir de esa situación estancada desde que se produjo el conflicto.

Como referentes (pese a encontrarnos frente a una regulación creada a finales del siglo XX) destacamos la legislación de Estados Unidos donde, a partir de los años 80, comenzaron a dictarse leyes federales, destacando en el ámbito del derecho de familia⁸⁰⁶.

Por su parte, la Recomendación 1998/257/CE, de 30 de marzo, *sobre los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*⁸⁰⁷, estimó necesario establecer a escala comunitaria una serie de principios mínimos sobre la creación y el funcionamiento de procedimientos extrajudiciales de solución de litigios en materia de consumo para apoyar y completar, en un ámbito esencial, las iniciativas realizadas por los Estados miembros, con el fin de lograr, con arreglo al artículo 129 A del Tratado, un alto nivel de protección de los consumidores, siendo ello necesario para garantizar el buen funcionamiento de los procedimientos extrajudiciales y ajustada al principio de subsidiariedad.

Respecto a los países de nuestro entorno, conviene señalar que en Italia no existe normativa específica sobre la mediación, tan sólo proyectos en el ámbito familiar y penal. Y en Francia destacan las leyes de 4 de enero de 1993, 8 de febrero de 1995 y 18 de febrero de 1998, relativas a mediación familiar civil o penal, la penal para los mayores y la mediación-reparación para los menores.

En España contamos con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, con la que el legislador había querido poner fin al incumplimiento respecto al plazo de transposición fijado en la Directiva 2008/52/CE.

⁸⁰⁴ La exposición de motivos del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dispone que << entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad>>.

⁸⁰⁵ CORCHERO M. y GRANDE MURILLO A., *La Protección de los Consumidores*, Pamplona, Aranzadi, 2007, pág. 136.

⁸⁰⁶ Federal Rules of Civil Procedure (de 1983), Administrative Dispute Resolution Act 1990 y Civil Rights Act of 1991.

⁸⁰⁷ DOL núm. 115, de 17 de abril de 1998.

De esta destacamos la expresa (art. 2.d) exclusión de su ámbito de aplicación a <<la mediación en materia de consumo>>, habiendo justificado nuestra doctrina esta exclusión en atención a las peculiaridades que presentan los conflictos en materia de consumo, donde se trata de proteger al colectivo de los consumidores y usuarios⁸⁰⁸.

Así pues, no existe una regulación legislativa de la mediación de consumo, ni siquiera la menciona el TRLGDCU, aunque sí en el art. 38 RDSAC⁸⁰⁹, que confiere a las Juntas Arbitrales de Consumo facultades de mediación respecto a las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios; y en algunas normas autonómicas⁸¹⁰.

El acuerdo de someter la resolución del conflicto a la mediación se denomina convenio de mediación y puede alcanzarse por sometimiento por parte del empresario a una oferta pública de adhesión⁸¹¹, admitida por el consumidor, o bien por acuerdo expreso (proposición por parte del consumidor y sometimiento voluntariamente aceptado del empresario) entre las partes.

Una vez aceptada esta solución, las partes deberán suscribir el acuerdo de mediación, en virtud del cual se establecen las reglas para el desarrollo de la misma y la aceptación del cargo por parte del mediador.

El contrato de mediación es un contrato de obligación de medios (no de resultados) y en este, el mediador se compromete a facilitar los medios, a dirigir el proceso de mediación y tratar de que exista comunicación entre las partes, para que éstas puedan alcanzar una eventual solución⁸¹². Las partes, inicialmente solo asumen la obligación de aceptar o rechazar las instrucciones, propuestas o sugerencias del mediador, así como la de confidencialidad⁸¹³.

⁸⁰⁸ BARRAL VIÑALS I., <<La mediación y arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR>>, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, Nº11, noviembre de 2010, <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n11-barral>.

⁸⁰⁹ El RD 231/2008 explica, en su Exposición de Motivos, que no regula la mediación, por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia, dado que las Comunidades Autónomas sí que tienen competencia para regular la mediación de consumo y atribuir la función de mediador al organismo administrativo que determinen

⁸¹⁰ Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, que expresamente lo regula en sus art. 131 y 132; la Ley 1/2011, de 22 de marzo, de la Generalitat, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana, regula escuetamente, en su art. 78, la mediación de consumo. También (art. 12) la Ley del Parlamento Vasco 6/2003, de 22 de diciembre, del Estatuto de las Personas Usuarias y Consumidoras contempla la mediación. Por su parte, el art. 30 de la Ley de la CA de Madrid 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, incluye una mención específica a la mediación, pero el Decreto 152/2001, que lo desarrolla, no alude a la mediación. Y la Ley de las Illes Balears 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios, en cuyo art. 27.b recoge expresamente la mediación como un sistema alternativo de resolución de conflictos distinto al arbitraje. Finalmente, conviene recordar que el art. 25.2.g de la Ley de Bases de Régimen Local atribuye competencias a las entidades locales en materia de defensa de consumidores y usuarios.

⁸¹¹ Cada vez más restringidas por los poderes públicos, pues se han detectado situaciones en que, merced a la posibilidad de adhesión con exclusiones que prevé el propio sistema, la adhesión venía vacía de contenido, quedando únicamente para supuestos residuales, especialmente en materia de telefonía móvil.

⁸¹² El RD 231/2008 exige al mediador, dentro del procedimiento arbitral, los mismos requisitos que a los árbitros de independencia, imparcialidad y confidencialidad.

⁸¹³ La exposición de motivos de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, hace referencia, como principios informadores de la mediación, a la voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. Por su parte, la Ley catalana 22/10 del Código de

Como decíamos, en el ámbito estatal del consumo, más allá de la mención que realiza el art. 38 RDSAC, referente a la mediación en el procedimiento arbitral⁸¹⁴; no existe una normativa específica que regule la mediación de consumo⁸¹⁵, por lo que carece de elementos definatorios o calificadores que la diferencien del régimen genérico. Su regulación viene establecida por la regulación genérica de los contratos y, por analogía, por la legislación reguladora del arbitraje⁸¹⁶.

De esta manera, cada Comunidad Autónoma e incluso cada Ayuntamiento ofrece una solución singular, aunque siguiendo un esquema muy parecido: generalmente, huyendo de formalismos y con una amplia flexibilidad, se parte de una reclamación, se da traslado por unos 10 días para que el reclamado exponga lo que estime oportuno se cita a las partes para un intento de conciliación (que suele ser telefónico). Si las partes no logran solucionar por sí solas el conflicto, entonces llegan a un acuerdo de mediación, por el que someten la resolución del conflicto a la mediación y en el que ya forma parte el mediador, al tener que aceptar el encargo⁸¹⁷.

De este esquema, conviene señalar la diferencia entre la mediación y la conciliación⁸¹⁸ en materia de consumo, dado que, aunque ambas tienen idéntica

Consumo de Cataluña (art. 132) hace referencia a los principios de voluntariedad, la imparcialidad, la confidencialidad y la universalidad. A este respecto, la confidencialidad, al garantizar que sus declaraciones no tendrán ninguna consecuencia fuera del procedimiento de mediación, se configura como un instrumento que fomenta la franqueza y propicia la apertura de las partes.

⁸¹⁴ Del que destacamos la previsión de que <<la mediación se registrará por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros>>.

⁸¹⁵ Y, así, la citada exposición de motivos de la Ley 5/12 pone de manifiesto el conflicto competencial que ello podría generar y aclara que << el presente real decreto-ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias>>.

Por su parte, ESPÍN ALBA I., <<Arbitraje y mediación de consumo: a propósito de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de créditos al consumo>>, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, www.mjusticia.es/bmj, núm. 2160, noviembre 2013, pág. 4; analiza los motivos por los que la mediación no ha sido plenamente desarrollada por el legislador, destacando la posibilidad de que su desarrollo estatal invada las competencias autonómicas, por lo que <<en la esfera autonómica, las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, fueron regulando la mediación de consumo, dándole rasgos institucionales, atribuyendo el papel de mediador a algún organismo de la Administración>>.

⁸¹⁶ BLANCO CARRASCO M., Op. Cit. (pág. 200), critica que la Ley de Arbitraje de 2003 haya desaprovechado la oportunidad de encajar la mediación en un proceso arbitral, puesto que es una práctica que viene desarrollándose en el seno del mismo desde hace varios años, especialmente si atendemos a la circunstancia de que el RD 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo, prevé la función mediadora, tanto para la Junta arbitral (art 6.f) como para el propio procedimiento arbitral (art 38).

⁸¹⁷ El art. 38.1 del Real Decreto 231/2008 dispone que cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de ellas o cuando conste que la mediación ha sido ya intentada sin efecto.

⁸¹⁸ El art. 42 del RD 231/2008 la alude de forma expresa, al disponer que el órgano arbitral, al inicio de la fase de audiencia, podrá instar a las partes a la conciliación. De esta manera, la

finalidad, consistente en el arreglo del conflicto mediante la intervención de un tercero que ayuda a las partes a alcanzar un acuerdo que lo solucione, en la conciliación, la persona que la realiza tiene capacidad decisoria para solucionar el conflicto, aunque en ese momento no la ejerce⁸¹⁹.

En otro orden, si las partes logran alcanzar una solución a su conflicto, el acuerdo alcanzado tiene eficacia de acuerdo privado interpartes y, en virtud de lo preceptuado por el art. 1091 CC, tiene fuerza de Ley entre ellas⁸²⁰.

Como conclusión, tal y como destaca nuestra doctrina, nos encontramos ante una institución escasamente regulada, si bien puede cumplir una importante finalidad en cuanto que permite la solución de los conflictos con colaboración de cualificados profesionales del derecho de los consumidores como son los integrantes de las Juntas Arbitrales de Consumo⁸²¹. Estos profesionales pueden ofrecer vías de solución en estas materias no sólo con relación al problema surgido sino también con vistas al futuro, ya que no podemos olvidar que en la mayoría de las ocasiones, las partes en conflicto continuarán manteniendo relaciones comerciales como prestadores de servicios y como consumidores de los mismos. A todo ello hay que añadir que esta vía también puede constituir un importante instrumento para la desjudicialización de los conflictos en materia de derechos de los consumidores y usuarios⁸²².

II. EL ARBITRAJE DE CONSUMO

El arbitraje de consumo es otra alternativa a la vía jurisdiccional de resolución de conflictos que, por los altos costes que implica y la lentitud de la misma, si bien precisa más medios para ofrecer una respuesta satisfactoria a las demandas de los consumidores.

conciliación se concibe como el primer estadio del procedimiento, en el que el técnico de consumo trata de favorecer un entendimiento entre las partes, para alcanzar una solución negocial. Como ejemplo de regulación independiente podemos citar la Ordenanza Reguladora del Servicio de Conciliación Municipal de Consumo (BOC 07/09/2004, disponible en <http://archivo.ayto-arganda.es/documentos/ordenanzas/Servicio%20Conciliacion.pdf>).

⁸¹⁹ SERNA MEROÑO E., Op. Cit., pág. 786.

⁸²⁰ BUSTO LAGO J.M., *Reclamaciones de consumo (Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor)*, Navarra, Aranzadi, 2008, pág. 332 a 337, analiza esta figura y destaca que la principal diferencia entre la mediación y el arbitraje se encuentra en los efectos del citado acuerdo, pues el laudo arbitral tiene efectos propios de la cosa juzgada –similares a los que son consustanciales a las resoluciones judiciales- y el acuerdo de mediación se puede equiparar (como acuerdo privado), a lo sumo, a la transacción extrajudicial. En el mismo sentido encontramos a SERNA MEROÑO E., Op. Cit., pág. 786, señala que el acuerdo conciliatorio se materializa en un laudo conciliatorio y con ello se pone fin al procedimiento arbitral, dicho laudo tendrá carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes.

⁸²¹ A título de ejemplo podemos citar que en la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia, del total de asuntos resueltos durante el año 2010, el 39% lo fueron a través de mediación, alcanzado laudo conciliatorios en el 6%; mientras que en el año 2011 los asuntos resueltos por mediación alcanzaron el 32%, pero con un incremento de los laudos confirmatorios, al 21%.

⁸²² TORRES-FERNANDO CABALLERO GARCÍA P.J., <<La defensa judicial y extrajudicial de los derechos de los consumidores y usuarios>>, AAVV, Coords. L.M.M.S. y J. P. L.): *Derecho (privado) de los consumidores*. Madrid Marcial Pons, , 2012, pág. 457.

Tal y como han señalado doctrina y jurisprudencia, el arbitraje tiene su base en la libertad y en la libre disposición de los derechos subjetivos privados⁸²³.

Este sistema, que establece los principios aplicables a los arbitrajes en materia de consumo, aunque en su aplicación práctica precisa de más medios, es altamente aconsejado por la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo⁸²⁴.

Y nuestra doctrina pone de manifiesto que el hecho de que otras leyes (en materias tan dispares como la defensa de los consumidores y usuarios, la ordenación del seguro privado, los arrendamientos urbanos o la igualdad de oportunidades) prevean expresamente el sistema arbitral como medio para la resolución de conflictos pone de manifiesto el prestigio de la institución, ganado a través de los años, desde la originaria Ley de Arbitraje Privado de 1953, pasando por la anterior Ley de Arbitraje 36/1988 hasta la vigente, Ley 60/2003⁸²⁵.

Este sistema arbitral de consumo tiene su origen en 1984, con el art. 31 LGDCU, apareciendo como medio específico para la resolución de conflictos en aquellas controversias que pudieran afectar a los derechos e intereses económicos de los consumidores y usuarios⁸²⁶.

⁸²³ BUJOSA VANDEL L.M., *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, Tomo II, pág. 1799.

A este respecto, nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia 9/2005, de 17 de enero (BOE 17/02/2005), ha reiterado la validez de este sistema de resolución de conflictos, al afirmar que <<el arbitraje es un «medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4) ... Es indudable que quienes someten sus controversias a un arbitraje de equidad tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 24.1 de la Ley de arbitraje de 2003), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje —por medio de motivos de impugnación tasados— concede a quienes consideren que aquellos han sido vulnerados>>.

⁸²⁴ Cfr. con el libro verde la Comisión de las Comunidades Europeas (Bruselas 19 de abril de 2002), que destaca la decisión del Consejo 2001/470/CE de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, DO L 174 de 27 de junio de 2001, pág. 25. Con arreglo al artículo 14 de esta Decisión, "se creará progresivamente un sistema de información destinado al público a través de Internet" que incluirá, en particular, fichas de información, algunas de las cuales se referirán a la "posibilidad de solucionar los litigios por medios alternativos, con indicación de los centros nacionales de información y asistencia de la Red extrajudicial a escala europea para la solución de litigios de los consumidores".

⁸²⁵ BELLO JANEIRO D., <<La resolución de conflictos a través del arbitraje>>, en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, AAVV, Coords. F.P.B.G., M.E.C.M., F.J.O.M., L.P.A. y R.V.S. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pág. 251.

⁸²⁶ Y la primera experiencia piloto se puso en marcha en 1968. Posteriormente, el INC - según la memoria del sistema arbitral de consumo del año 2007 publicada por el INC (www.consumo-inc.gob.es/arbitraje/docs/memarb072.pdf)- nos ha mostrado la evolución del número de solicitudes de arbitraje, partiendo de 1800 en el año 1889, llegando a alcanzar 65.577 en el año 2004 y alcanzando un resultado de 57.885 en el año 2007.

Y este precepto fue posteriormente desarrollado por el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que contenía numerosas remisiones a la Ley de arbitraje de 1988⁸²⁷.

Así, dado el sistema constitucional de atribución de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas, conviene recordar que la STC 15/1989, de 26 de enero (BOE 43/1989, de 20 de febrero) dejó claro que <<el establecimiento de un sistema general de arbitraje es materia que constitucionalmente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1, 6 y 8 CE)>>. No obstante, esta competencia estatal no ha impedido que las Comunidades, en su correspondiente ámbito, hayan creado instituciones arbitrales.

Tal y como señala CUBILLO LOPEZ la falta de respuesta normativa a diversas cuestiones, las dudas interpretativas de algunos de sus preceptos y, sobre todo, la necesidad de adecuar esta norma a la nueva Ley de Arbitraje de 2003⁸²⁸. Posteriormente, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, dispuso la nueva regulación del sistema arbitral de consumo, en el plazo de un año. Y, en cumplimiento de esta previsión, se promulgó el RD 231/2008, de 15 de febrero, que regula el sistema arbitral de consumo⁸²⁹, y que desarrolla los art. 57 y 58 TRLGDCU.

Tal y como hemos expuesto, ha de versar sobre pretensiones de los consumidores o usuarios relativas a los derechos de los mismos. Estos derechos pueden estar legal o contractualmente establecidos y han de tener un carácter disponible (dado que el art. 2.1 del RD 231/2008 determina que únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos *que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho*). Por el contrario, aquellos conflictos que tengan un interés público en su resolución no podrán ser objeto de arbitraje⁸³⁰.

⁸²⁷ A este respecto, MARÍN LÓPEZ M.J., <<Artículo 57. Sistema Arbitral de Consumo>>, AAVV, Coord. R.B.R.C., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra, Aranzadi, 2009, pág. 713, aboga por una necesaria reforma del sistema arbitral de consumo al entender que existen aspectos no regulados en la norma que requieren un desarrollo legislativo, por existir disfunciones en la convivencia de esta norma con la vigente Ley de Arbitraje y por precisar una aplicación de “criterios de racionalidad económica”, dado que se trata de un sistema gratuito, pero que debe ser más eficiente o, al menos, sufrir una reducción de costes.

⁸²⁸ CUBILLO LOPEZ I.J., <<sistema arbitral de consumo>>, AAVV, Dirs. M.R.P. y M.I.C., *La defensa de los consumidores y usuarios*. Madrid, Iustel, 2011, pág. 968 y siguientes.

⁸²⁹ Modificado por el RD 863/2009, de 14 de mayo, relativo al sistema de arbitraje de consumo electrónico.

⁸³⁰ Y a este respecto, citamos el AAP Barcelona 217/2012, de 26 de octubre (Roj AAP B 7106/2012) dictado en un procedimiento instado por una asociación de consumidores frente al BBVA donde se analizaba un contrato de SWAP, y que nos resulta interesante, por cuanto faculta expresamente para someter (a nuestros efectos) todas las cuestiones derivadas del contrato de compraventa de vivienda en construcción; dice la referida resolución que <<Es cierto que los árbitros no pueden, so pena de rectificación o anulación, resolver sobre cuestiones no sometidas a arbitraje (art. 9.1, 39.1 y 41.1 de la Ley 60/2003, de Arbitraje), pero los términos de lo pactado no excluyen que, en este caso, la jurisdicción arbitral sea competente, porque las expresiones referidas a la "interpretación" y al "cumplimiento" del contrato incluyen las pretensiones referidas a su ineficacia, por nulidad o anulabilidad. Los términos de la cláusula no pueden ser interpretados en el sentido restrictivo que propone el recurrente porque la interpretación del contrato se extiende sin duda al análisis de los requisitos de su validez, tanto desde el punto de vista del Derecho necesario (abuso de derecho, fraude de ley, Derecho del consumidor) como desde la perspectiva contractual (arts. 1261, 1300 y concordantes CCE). El término es lo suficientemente amplio como para permitir a los árbitros

Se presenta así el arbitraje de consumo como una vía extrajudicial para la resolución de conflictos y, en su virtud, dos personas deciden someter la resolución de una controversia presente o futura a la decisión de uno o tres árbitros (según la cuantía), que se materializa en un laudo, que tiene fuerza ejecutiva y efectos de cosa juzgada y se basa (en principio) en su leal saber y entender. Las características esenciales de la institución son:

- a) Dependencia de las Administraciones públicas, que son quienes se encargan de su administración y las mantienen económicamente⁸³¹.
- b) Carácter voluntario: sólo es posible su aplicación previo acuerdo entre las partes, que puede decidirse por haber realizado previamente el empresario una oferta pública de adhesión (OPAd) al sistema arbitral (plena o con limitaciones), o bien por solicitud del consumidor, cuyo sometimiento acepta el empresario voluntariamente⁸³².
- c) Carácter gratuito (art. 41 RD 231/2008), dado que las partes sólo deben sufragar las pruebas propuestas por ellas y que no sea acordadas de oficio⁸³³. Esta circunstancia responde a la voluntad de fomentar el movimiento de protección de los consumidores, frente a los otros arbitrajes, generalmente civiles o mercantiles⁸³⁴.

estudiar las pretensiones del actor". Y añadíamos que "expresiones como ésta se han considerado por el Tribunal Supremo como suficientes para predicar que los árbitros tienen competencia para resolver sobre las peticiones de incumplimiento (STS, Civil sección 1 del 11 de Febrero del 2010 (ROJ: STS 1669/2010) y también sobre la nulidad y la ineficacia del contrato (STS, Civil sección 1 del 19 de Noviembre del 1990 (ROJ: STS 10728/1990); (STS, Civil sección 1 del 20 de Julio del 1988 (ROJ: STS 5775/1988) y, en parte, STS, Civil sección 1 del 12 de Julio del 2005 (ROJ: STS 4671/2005)". En el mismo sentido, nuestros AAP, Civil sección 14 del 03 de Mayo del 2012 (ROJ: AAP B 3875/2012) AAP, Civil sección 14 del 27 de Enero del 2012 (ROJ: AAP B 271/2012)>>.

⁸³¹ Tal y como señala HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ A., <<Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo on line en el marco del sistema español de protección de los consumidores>>, en publicaciones de la Universidad de Valencia, (<http://www.uv.es/revdret/num2/pdf/ahernandez.pdf>), pág. 8; inicialmente <<se levantaron algunas voces críticas por las posibles interferencias que podían producirse entre la Administración y las partes, aunque estas quedaron solucionadas con el desglose que el RDAC hizo de los órganos arbitrales, distinguiendo entre las Juntas Arbitrales que son el órgano que administra el arbitraje, y el Colegio Arbitral, compuesto mayoritariamente por representantes de las partes y que es el que ejerce la potestad decisoria>>.

⁸³² No obstante, destacamos la STC 352/2006, de 14 de diciembre (BOE Nº14, de 16 de enero de 2007), que declaró la constitucionalidad del art. 38 de la Ley 16/1987, de Ordenación de Transportes Terrestres, y que somete (por presunción de acuerdo de sometimiento) a arbitraje las controversias que pudieran suscitarse en los contratos de transporte, siempre que no excedan de 500.000 pesetas, salvo declaración en contra de las partes, expresada antes de que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado. La STSJ Galicia 19/2013, de 2 de mayo (Roj. STSJ GAL 3242/2013) también destaca el carácter voluntario del arbitraje de consumo.

⁸³³ Aunque tradicionalmente se ha identificado el servicio público con la gratuidad, a la luz de las últimas novedades legislativas, esta afirmación puede quedar en entredicho, pues no es descartable el establecimiento de algún tipo de contraprestación, máxime cuando apreciamos la implantación de tasas en el orden jurisdiccional.

⁸³⁴ LASARTE ÁLVAREZ C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson, 2007, pág. 363; que resalta la preocupación del legislador, frente a lo que suele ocurrir con el arbitraje (del que destaca que en la Ley 60/2003 la palabra "gratuidad" o el epíteto "gratuito" no aparecen por parte alguna), de resaltar que el arbitraje de consumo debe ser gratuito, tanto para los empresarios como (cuando más) para los consumidores y usuarios.

Y esta era una de las mayores críticas que se realizaban a la AEDAE que, resolviendo generalmente cuestiones típicas del derecho de consumo, imponía unos fuertes gastos al perdedor, que normalmente eran muy superiores al importe reclamado. En este sentido, la SAP Palencia 303/12, de 4

- d) Es un arbitraje de equidad (art. 33 RD 231/2008 y D.A. de la Ley de Arbitraje), <<salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho>>⁸³⁵.
- e) Es unidireccional, dado que sólo puede concebirse cuando quien reclama es el consumidor, y no sería posible en el caso contrario, de reclamación por parte del empresario, salvo para el supuesto de que, habiendo sido demandado, este planteara una reconvencción⁸³⁶.
- f) Rapidez y no sujeción a excesivas formalidades, dado que el procedimiento se caracteriza por su flexibilidad⁸³⁷.

La regulación, partiendo de lo dispuesto por los art. 57 y 58 TRLGDCU, tenemos que encontrarla en el RD 231/2008, de 15 de febrero, de sistema arbitral de consumo (RDSAC), así como (con carácter supletorio) en Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

de diciembre (Roj: SAP P 525/2012), dictada en un procedimiento que analizaba la cláusula inserta en un contrato de SWAP del BBVA, que la rechaza con el argumento de que <<hemos de concluir que no se le puede aplicar la exclusión que pretende aplicarle el Banco, contemplada en el artículo 3 del TRLGDCU, según el cual son consumidores y usuarios "las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", pues D^a Trinidad contrató el producto actuando en un ámbito ajeno a su actividad empresarial y, siendo esto así, la cláusula de sumisión a arbitraje debe considerarse abusiva y, por tanto, nula, pues no remite a las partes a un arbitraje de consumo, ni a un arbitraje institucional creado legalmente para un sector o un supuesto específico y, además, introduce, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha quedado expuesta, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, puesto que, permite al Banco agrupar todos los contenciosos relacionados con este tipo de contratos en un órgano arbitral, que aunque no está situado en el lugar de su domicilio social, le facilita la organización de su comparecencia, mientras que obliga al consumidor a litigar fuera de su domicilio, con renuncia al fuero del lugar de celebración del contrato, que le reconoce el artículo 50.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y además le priva de los recursos ordinarios que dicha Ley permite interponer contra las Sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia, puesto que contra el Laudo arbitral solo cabe interponer recurso extraordinario de anulación, de modo que una cláusula de éste cariz sólo sería válida si se disipa toda duda de que fue expresa e individualmente negociada con el consumidor, cosa que el Banco demandado no acredita en absoluto». En sentido semejante vid. AAP Asturias 98/2011 de 14 de octubre, AAP Cáceres, 107/2011 de 26 de septiembre, entre otras muchas>>

⁸³⁵ La STC 43/1988, de 16 de marzo (RTC 1988/43) analiza el arbitraje de equidad, descartando la posibilidad de incurrir en arbitrariedad y enmarcándolo dentro de los supuestos excepcionales previstos por el art. 3.2 CC, al permitir la equidad en la aplicación de las normas jurídicas sólo en las resoluciones de los tribunales cuando la Ley expresamente lo permite.

⁸³⁶ La STSJ Granada 11/2013, de 19 de abril (Roj: STS AND 6373/2013), pone de manifiesto la naturaleza tuitiva del sistema, incluso en su regulación procesal, que le hace huir de un excesivo formalismo, al manifestar que <<a diferencia del arbitraje normal de derecho privado, en el Sistema Arbitral de Consumo el principio de aportación de parte queda particularmente matizado por el carácter tuitivo de la normativa de protección de consumidores; en particular, el artículo 45.1 del Real Decreto 231/2008 , prevé que el colegio arbitral proponga, de oficio, la práctica de pruebas complementarias " que se consideren imprescindibles para la solución de la controversia >>.

⁸³⁷ La STSJ Galicia 19/2013, de 2 de mayo (Roj: STSJ GAL 3242/2013), que analiza la pretendida nulidad de un laudo arbitral instada por una compañía telefónica, describe algunas de los caracteres del arbitraje de consumo y afirma que <<Habida cuenta que nos hallamos ante un arbitraje de consumo hay que señalar que en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 53 de la Constitución Española, la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 estableció que el Gobierno dispondría de un sistema arbitral que sin formalidades especiales, atendiese y resolviese con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas y reclamaciones de los consumidores>>.

Dentro de los sistemas arbitrales, destacan los arbitrajes de consumo, que tienen carácter público, al ser resuelto por la Junta Arbitral de Consumo competente⁸³⁸, y en ellos el empresario puede aceptar en cada caso concreto o suscribir una oferta pública de adhesión (OPAd), por la que comunica a la Junta Arbitral de Consumo que aceptará que tramite cualquier solicitud de arbitraje que sus clientes planteen, sin necesidad de cuestionar si la acepta o no; y puede adherirse con o sin limitaciones (la denominada OPAd total).

Y la OPAd, como decimos, puede ser limitada, cuando la oferta viene limitada por un tiempo, que no podrá ser inferior al año (art. 25.3 RD 231/2008). También puede tener limitaciones de carácter territorial, pero hay que tener presente que no se considera OPAd limitada al sistema arbitral de consumo aquella que limite la adhesión "a las Juntas Arbitrales de Consumo correspondientes al territorio en que la empresa o profesional desarrolle principalmente su actividad" (Art. 25.3). También pueden existir limitaciones en atención a la materia, siempre que no la desnaturalice⁸³⁹. Por último, conviene destacar que una OPAd se considerará total, no limitada, cuando condicione el conocimiento del conflicto a través del Sistema Arbitral de Consumo a la previa presentación de la reclamación ante los mecanismos de solución de conflictos habilitados por la empresa o profesional, siempre que el recurso a tales mecanismos sea gratuito y se preste información sobre su existencia y modo de acceder a ellos en la información precontractual y en el contrato. Finalmente, la aceptación de la OPAd limitada es una facultad de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, que debe emitir un informe preceptivo que sólo es vinculante en el supuesto de inadmisión de la OPAd limitada⁸⁴⁰.

En la OPAd deberá expresar si acepta que el arbitraje sea de derecho o de equidad, así como el plazo. Si no manifiesta nada se presume que se acepta el arbitraje de equidad, por tiempo indefinido y con aceptación de mediación previa.

Destacamos a estos efectos la previsión que establecen algunos legisladores autonómicos, como el murciano, que en la Ley 8/2005, para la Calidad en la Edificación (art. 18), establece la obligación de dejar constancia en los contratos del sometimiento voluntario, en su caso, a convenios de arbitraje para dirimir las posibles controversias entre las partes, así como de las responsabilidades y compromisos adicionales adquiridos por las empresas y los profesionales que hayan participado en la construcción.

⁸³⁸ Definidas por el RDSAC como <<los órganos administrativos de gestión de arbitraje institucional de consumo>>, cuya misión es prestar <<servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros>>.

⁸³⁹ Vid. MARÍN LÓPEZ M.J., <<Objeto y límites del arbitraje de consumo>>, en *Cuadernos de Consumo*. Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón, 2005, nº23; que critica esta posibilidad, dado que crea inseguridad y confusión en el consumidor, pues el distintivo oficial facilitado al empresario no deja lugar para insertar en la misma las limitaciones de la oferta, por lo que el consumidor carece de esa información al celebrar el contrato con el empresario.

⁸⁴⁰ LARA GONZÁLEZ R., <<Modificaciones estructurales societarias y adhesión al sistema arbitral de consumo>>, en *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 276, abril-junio 2010, pág. 574; afirma que los órganos competentes deben enfrentarse a la admisión de la OPAd limitada de una manera flexible, pues todos los inconvenientes y dificultades que esgriman irán en contra del consumidor, entendiéndose que sólo tendría sentido el rechazo a la OPAd limitada cuando el límite (s) impuesto por el empresario o profesional hiciera imperativa la adhesión, y cita como ejemplo el concesionario de coches que limitase la cuantía controvertida a treinta euros, de manera que la limitación impida el conocimiento de un número significativo de reclamaciones usuales de los consumidores y usuarios.

Los empresarios que han aceptado la oferta pública de adhesión reciben un distintivo que pueden exhibir, como sistema de garantía para sus clientes⁸⁴¹.

Al margen, el sometimiento al arbitraje de consumo puede venir por la vía de la cláusula arbitral, inserta en algunos contratos suscritos con consumidores⁸⁴². Este tipo de cláusulas se encontraban inicialmente previstas por el art. 9 de la Ley de Arbitraje y actualmente reguladas por los art. 24 y 33 del RDSAC (que desarrolla los art. 57 y 58 TRLGDCU). Pese a existir libertad de forma (art. 1278 CC), el TRLGDCU impone que conste por escrito, por cualquier forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo. Respecto a su contenido, en gran medida se encuentra regulado legalmente (tanto respecto del órgano arbitral –de consumo- competente para la resolución del conflicto, como su contenido)⁸⁴³.

Por su parte, la resolución con la que termina el arbitraje es un laudo, que ha de ser motivado (ya sea un arbitraje de derecho o de equidad) y puede ser impugnado ante la jurisdicción ordinaria, a través de la acción de anulación (cuando concurra alguno de los motivos previstos por art. 41 LA) pero que, una vez firme, tiene efectos de cosa juzgada y constituye un título ejecutivo⁸⁴⁴.

⁸⁴¹ A este respecto, LARA GONZÁLEZ R., ob. cit., pág. 574, pone de manifiesto que, dado que la OPAd puede estar limitada, tanto temporal como territorialmente, como por materias, conviene tener presente que el Presidente de la Junta Arbitral podrá aceptar la limitación, pero (a su vez) rechazar el distintivo oficial.

⁸⁴² Tal y como señala MARÍN LÓPEZ M.J., <<Artículo 58. Sumisión al Sistema Arbitral de Consumo>>, AAVV, Coord. RBRC, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra, Aranzadi, 2009, pág. 739, nuestro Tribunal Constitucional ha reiterado que el fundamento del arbitraje es la autonomía de la voluntad (SSTC 43/1988, de 16 de marzo –RTC 1988, 43-, 56/1990, de 29 de marzo –RTC 1990, 56-; 175/1995, de 5 de diciembre –RTC 1995, 175- y 176/1996, de 11 de diciembre (RTC 1995, 176-), por lo que no puede imponerse un arbitraje forzoso y obligatorio, pues ello supondría una vulneración del derecho constitucionalmente protegido –art. 24.1 CE- a la tutela judicial efectiva y a la reserva jurisdiccional –art. 117.3 CE-. No obstante, no encontramos razones por las que el empresario pudiera estar interesado en imponer un arbitraje de consumo a los consumidores, dado que, en principio, lo lógico sería pensar que le fuese más interesante a este, o bien el sometimiento a Tribunales alejados del consumidor y usuario o, como mucho, el sometimiento a un arbitraje “influyente” por el empresario, cosa que no sucede con el arbitraje de consumo y ahí reside gran parte de su prestigio, que se ha ganado la confianza a los consumidores y, por ello, se ha popularizado en los últimos años, aunque todavía no ha alcanzado las cotas de participación que serían deseables.

⁸⁴³ MATEO Y VILLA, M., <<De la cláusula arbitral en materia de consumo>>, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°723, pág. 125, pone de manifiesto que si las partes no especifican el ámbito material de aplicación del arbitraje, la cláusula tendrá total validez, aunque ha de diferenciarse: si el arbitraje se encuentra inserto en un contrato de adhesión, deberá aplicarse el art. 1288 CC, si el arbitraje forma parte de una condición general de contratación, procederá la aplicación del mismo artículo citado en tanto que redactado exclusivamente por una de las partes además de la LCGC; si se trata de un arbitraje de consumo, el TRLGDCU no establece previsión interpretativa alguna, sin perjuicio de aplicar el espíritu de subordinación del que parte el legislador respecto del consumidor.

⁸⁴⁴ Cfr. MARIN LOPEZ M.J., <<Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla la Mancha*, en www.uclm.es/cesco; plantea la hipótesis contraria (y que en la práctica adquirió cierta relevancia por la sumisión de muchos contratos de telefonía móvil al arbitraje de AEADE) y es el caso de que ciertos contratos contengan cláusulas de sumisión a arbitrajes distintos a los de consumo y se desarrolle el arbitraje sin conocimiento pleno del consumidor. En este artículo hace mención de las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales, tendentes a tratar de paliar el abuso que aquella

En efecto, el laudo se ha de dictar en el plazo de 6 meses desde la designación del colegio arbitral, siendo un plazo civil y no procesal, aunque puede ser prorrogado (art. 49 RDSAC) y ha de constar por escrito, no siendo admisible el dictado de laudos *in voce*⁸⁴⁵. Además, en el caso del arbitraje de derecho, deberá contener y mostrar el fundamento de la decisión, para poder comprobar que se ajusta a Derecho (STC 199/1991, de 28 de octubre -BOE 284/1991, de 27 de noviembre-⁸⁴⁶) y que no obedece a la mera arbitrariedad (STC 109/1992, de 14 de septiembre -BOE 69/1993, de 22 de marzo-⁸⁴⁷). Por último, una vez dictado, tendrá carácter vinculante, producirá efectos de cosa juzgada (art. 43 LA) y puede ser ejecutado judicialmente, a tenor del procedimiento previsto por los art. 517 y siguientes LEC, relativos a la ejecución forzosa de sentencias y demás títulos ejecutivos⁸⁴⁸.

práctica suponía, con los estrechos márgenes que prevé la LEC ante una eventual solicitud de ejecutividad de un laudo arbitral.

⁸⁴⁵ A este respecto destaca la SAP Valladolid 125/2013, de 8 de abril (Roj: 501/2013) que analiza el citado límite temporal, dado que la actual Ley no establece ninguna previsión, como sí lo hacía la anterior norma. Así, desestima la pretendida nulidad del laudo arbitral, por extemporaneidad, << pues la Sala reconociendo que la cuestión ha sido doctrinalmente muy debatida se inclina por la solución propugnada por algunos sectores doctrinales que interpretando esta concreta peculiaridad de la falta de mención expresa del motivo de anulación de la nueva ley en relación con la legislación anterior opinan que los motivos de anulación son tasados y que la supresión no se ha debido a un olvido del legislador que barajó la introducción de este motivo en la tramitación parlamentaria de la Ley y finalmente no se incluyó>>.

⁸⁴⁶ Según la cual, para que el requisito de motivación pueda considerarse cumplido, es necesario que lleve a cabo la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que éste responde a una determinada interpretación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos.

⁸⁴⁷ Para la que <<en relación con la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, el art. 24.1 de la C.E. impone -como de modo reiterado ha declarado este Tribunal y muy señaladamente en la STC 116/1986- a los Jueces y Tribunales la obligación de dictar como respuesta a la pretensión una resolución fundada en Derecho. Esta obligación no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de conocimiento o de voluntad del órgano jurisdiccional en un sentido determinado, esto es, si no va precedida por una exposición de los argumentos que la fundamentan. La necesidad de dicha motivación es la de dar a conocer al interesado las razones decisivas, el fundamento de las resoluciones que le afectan. Dicha exigencia de motivación, proclamada por el art 120.3 de la C.E., constituye «una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se pueda comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad».

Ello no obstante, el cumplimiento de dicha obligación constitucional admite matizaciones, puesto que la necesidad de motivación no comporta una exhaustiva descripción del proceso intelectual que lleva al órgano judicial a adoptar una solución determinada, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado (STC 100/1987).

Por ello, este Tribunal ha dicho que no cabe deducir en vía de amparo constitucional «el enjuiciamiento o censura de la parquedad o concentración del razonamiento», salvo que no permita conocer el motivo que justifica la decisión y, en consecuencia, no garantice la exclusión de la arbitrariedad (STC 36/1989) o excepcione o restrinja un derecho fundamental (STC 62/1982), en cuyo caso sí estaría justificado el análisis del razonamiento judicial>>.

⁸⁴⁸ La STSJ Galicia 13/2013, de 1 de abril (Roj: STSJ GA 3268/2013) analiza la posibilidad de instar la nulidad del laudo arbitral ante la jurisdicción ordinaria, afirmando que << A este Tribunal, - como exponíamos en nuestras sentencias número 18/2012, de 2 de mayo , 15/2012, de 23 de abril y 35/12, de 10 de octubre - sin pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, porque no estamos en presencia de un recurso sino de una demanda de nulidad (artículos 8.5, 40 y 41 de la Ley de arbitraje y STC 43/1988 de 16 de marzo , 11 de noviembre de 1996 o del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1986), sólo le compete verificar la forma del juicio arbitral o sus mínimas garantías formales de rogación, bilateralidad, contradicción, igualdad de partes, congruencia y proscriptión de cualquier situación de indefensión, plasmadas y recogidas en los tasados motivos de nulidad del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, cuya interpretación debe ser estricta, pues no implica nulidad cualquier

Respecto a su aplicabilidad como vía de resolución de conflictos, entendemos que en la mayoría de casos es técnicamente posible, dado que no nos encontramos frente a la resolución de ninguna de las cuestiones que el art. 2 del RD 231/2008 expresamente excluye, y teóricamente deseable, al menos para los conflictos que surgen durante el proceso edificatorio⁸⁴⁹.

A este respecto existen estudios⁸⁵⁰ que ponen de manifiesto la escasez de OPAd en el ámbito inmobiliario, y que van dirigidas contra promotores y constructores (por el retraso en la entrega o por defectos de construcción, del art. 17 LOE), así como frente a inmobiliarias (por su labor de intermediación y por las comisiones cobradas)⁸⁵¹. Finalmente, dada la complejidad del asunto (frente a árbitros que no suelen ser expertos en la materia), destaca la habitualidad con la que se solicitan informes periciales así como una prórroga en el plazo de resolución (a resultas de lo anterior), dado que el plazo para dictar el laudo es de seis meses, desde que se inició el procedimiento, con posibilidad de prórroga, por otros dos meses más (Art. 49 RD 231/2008).

También recordamos que gran parte de las disputas surgen durante la construcción de la vivienda y que los Juzgados, salvo contadas y honrosas excepciones, no pueden resolver antes de que se termine la vivienda, por la sobrecarga de trabajo que arrastran y las imposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo tanto, en la mayoría de ocasiones al consumidor no le queda otra opción que abonar el resto del precio de la vivienda (dado que ya generalmente entrega mucho dinero a cuenta y necesita la vivienda para cubrir una necesidad urgente) y otorgar la escritura de compraventa para, sólo después, poder afrontar una reclamación judicial (larga, cara y generalmente incierta, aunque sólo sea por la subsistencia de la promotora al final del proceso). En este sentido, parece que la vía

vulneración de norma procedimental sino sólo la de aquellas que recogen garantías constitucionales con efectiva indefensión y tanto más cuanto que las normas del Título V de la Ley de arbitraje, bajo la rúbrica "De la sustanciación de actuaciones arbitrales", son meramente dispositivas, siempre que se salvaguarden los principios de igualdad de partes y defensa que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es. (artículos 24.1 y 25 de la L.A., así como su exposición de motivos)>>.

⁸⁴⁹ Según la memoria del sistema arbitral de consumo del año 2007 publicada por el INC (www.consumo-inc.gob.es/arbitraje/docs/memarb072.pdf) respecto a las formas de resolución de solicitudes presentadas, se obtuvo un resultado de: archivadas (otros motivos) 3,92%; Archivadas (no aceptación) 27,99%; desestimadas 3,52%; trasladadas 9,67%; no admitidas 1,99%; resueltas por mediación 20,64%; resueltas por laudo 32,27%.

No obstante, la citada memoria pone de manifiesto que, en ese año, del total de las solicitudes de arbitraje de consumo referidas al sector de la vivienda, el 89,2% venían referidas a empresas no adheridas y sólo el 10,8% sí que lo estaban.

⁸⁵⁰ ÁLVAREZ MORENO T, <<La protección del consumidor en el mercado inmobiliario: compraventa y arrendamiento de vivienda>>, en *Revista de Derecho Privado*, Reus, 2009, noviembre-diciembre.

⁸⁵¹ Según la memoria del sistema arbitral de consumo del año 2007 publicada por el INC (www.consumo-inc.gob.es/arbitraje/docs/memarb072.pdf), las reclamaciones de vivienda, a nivel nacional, en el año 2007, supusieron sólo el 2,6% del total de las presentadas. Frente a este dato, la memoria del mismo ente, referente al año 2003, puso de manifiesto que, de las 58.504 reclamaciones presentadas, 3.025 venían referidas a la vivienda en propiedad (5,17%).

jurisdiccional previa a la entrega de la vivienda suele quedar relegada para los supuestos de resolución o nulidad contractual.

Por lo tanto, dado el esfuerzo que realiza nuestro legislador por proteger al consumidor y usuario (especialmente cuando aparece como comprador de vivienda en construcción) y la trascendencia económica de este contrato (que limita, cuando no impide, el acceso a la reclamación jurisdiccional), sería deseable que las autoridades fomentasen la adhesión de los promotores (o, al menos, de los que pretendan obtener algún género de ayuda o subvención pública) al sistema arbitral de consumo, como medio de resolución de conflictos⁸⁵².

Y, en otro orden, también sería deseable, por las peculiaridades del sector inmobiliario y en atención a la cuantía de este tipo de reclamaciones⁸⁵³, una cierta especialización de los implicados (frente a las habituales reclamaciones de escasa cuantía, en que no es preciso), a fin de afianzar la experiencia alcanzada hasta la fecha por el sistema arbitral, que le ha conferido un reconocido prestigio, como alternativa real al sistema jurisdiccional para la resolución de conflictos⁸⁵⁴.

III. RELACIONES ENTRE AMBOS

De lo expuesto, parece desprenderse que la vía arbitral puede conceder soluciones previas a la transmisión de la vivienda, mientras que la judicial sólo después o en evitación de esta.

No obstante, conviene tener en cuenta que también existen relaciones entre la mediación y el arbitraje de consumo:

⁸⁵² Y, a este respecto, recordamos que la STC 352/2006, de 14 de diciembre (BOE nº14, de 16 de enero de 2007), declaró la constitucionalidad del art. 38 de la Ley 16/1987, de Ordenación de Transporte Terrestre, que sometía a arbitraje las controversias nacidas de contrato de transporte que no superasen una determinada cuantía, salvo declaración en contra de las partes. Este es un antecedente que podría avalar nuestra propuesta, sin que ello suponga una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) ni de la reserva jurisdiccional (art. 117 CE).

⁸⁵³ Pues la memoria del INC del año 2007, ya citada, pone de manifiesto, en su pág. 25, que <<La media de los importes cuantificados en las Juntas autonómicas va desde los 89 euros a más de 120.000; en las Juntas provinciales, de 200 a más de 2.200; en las de mancomunidades desde 535 a más de 4.200 y en las municipales, de 129 a más de 4.200 euros>>.

⁸⁵⁴ TORRES-FERNANDO CABALLERO GARCIA, P.J., <<la defensa judicial y extrajudicial de los derechos de los consumidores y usuarios>>, AAVV, Coords. L.M.M.S. y J. P.L., *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 455; analiza los arbitrajes de consumo especializados previstos por el art. 40 RSAC, definiéndolos como <<aquéllos órganos arbitrales creados por la Junta Arbitral de Consumo para la resolución de reclamaciones que exigen preparación, formación y cualificación especializada por parte de los árbitros que deban conocer del conflicto>>.

Y, a este respecto, la solución puede venir dada por la aplicación del el art. 21 RDSAC, que prevé la existencia de árbitros con conocimiento especializado. Cfr. PIPAON PULIDO J.G., *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pág. 270.

1º.- Porque la mediación, dentro del sistema arbitral del consumo, se sitúa en un plano previo al arbitraje, estando entre las funciones de las Juntas Arbitrales de Consumo. Así, por interpretación conjunta de los art. 37.3, 38 y 49.1 RD 231/2008, no se configura como una fase previa al arbitraje de consumo, sino que se incardina dentro del mismo, dado que es, una vez iniciado (al comienzo) del procedimiento arbitral, cuando se invita a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación⁸⁵⁵.

2º.- Porque, dentro de este ámbito, las partes pueden vincular la resolución del problema a la mediación con carácter previo o simultáneo al arbitraje, en virtud del contrato de mediación o a través del propio convenio arbitral. De esta manera, las partes pueden acordar someterse a la mediación y, si no llegan a un acuerdo, entonces acudir a la vía arbitral⁸⁵⁶.

3º.- Porque comparten la circunstancia de ser mecanismos extrajudiciales para la resolución de conflictos, de carácter gratuito y voluntario.

Respecto a las diferencias entre ambas, destacamos:

1º.- En el arbitraje, las partes deciden someter la resolución del conflicto huyendo del sistema jurisdiccional, lo que provoca que, si una de ellas acude a aquélla, la otra pueda hacer uso de la excepción de arbitraje.

2º.- Mientras en el arbitraje las partes deciden someter el conflicto a la decisión de un tercero, que tiene facultades resolutorias, en la mediación no ocurre lo mismo, dado que son las propias partes (guiadas por el mediador) las que alcanzan la solución⁸⁵⁷.

3º.- La regulación del arbitraje ha de ser desarrollada por normas estatales, dado que es competencia exclusiva del Estado⁸⁵⁸, mientras que las Comunidades

⁸⁵⁵ MARÍN LÓPEZ J.M., Op. Cit. pág. 728.

⁸⁵⁶ Destaca BLANCO CARRASCO M., *Mediación y consumidores*, Madrid, INC, 2005, pág. 212, que <<en el caso de que las partes firmen el convenio de mediación, existiría una diferencia fundamental con el convenio arbitral y es que las partes no se obligan a someter cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro en relación con el contrato principal al fallo de mediadores, porque ni los mediadores fallan (deciden) ni el resultado de la mediación es un laudo.

⁸⁵⁷ TORRES-FERNANDO CABALLERO GARCIA P.J., <<La defensa judicial y extrajudicial de los derechos de los consumidores y usuarios>>, AAVV, Coords. L.M.M.S. y J.P.G.: *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 456, pone de manifiesto esta diferencia, pues mientras en el arbitraje la solución viene impuesta por un tercero (el árbitro), en la mediación, el tercero (mediador) interviene para que las partes en conflicto, que incluso pueden proponer diversas soluciones, alcancen una solución que sea aceptada por todos.

⁸⁵⁸ Esto provoca, tal y como señala SERNA MEROÑO E., Op. Cit., que el arbitraje de consumo se haya regulado de una manera unitaria, mientras que la mediación de consumo carece de esa regulación sistemática.

Autónomas tienen competencia para regular la mediación y atribuir la función de mediación a órganos administrativos⁸⁵⁹.

4º.- La última diferencia a destacar es que el laudo arbitral es un título ejecutivo y produce el efecto de cosa juzgada, mientras que el acuerdo alcanzado en mediación no pasa de ser una transacción (hasta ahora, quedando pendiente de la respuesta que ofrezca el legislador en una modificación prevista para breve plazo)⁸⁶⁰.

Estas dos vías (arbitraje y mediación de consumo), que en otros ámbitos han ofrecido resultados, dudamos que sea exitosa en esta sede, dada la falta de igualdad entre las partes, que provoca que el empresario suela relegar la resolución de conflictos al ámbito jurisdiccional, puesto que sólo una parte de los consumidores puede asumir los gastos (al menos iniciales) que todo procedimiento implica, lo que hace que muchas cuestiones queden sin solucionar; y por la lentitud del sistema, que en demasiadas ocasiones es utilizada por los empresarios abusivamente, dada la función de la vivienda para el consumidor.

Así pues, pese a los esfuerzos del legislador por proteger al comprador de viviendas en construcción, la realidad nos demuestra que esta protección es insuficiente dado que ni se contemplan y regulan todas las situaciones posibles, lo que se trata de remediar con la creación de nuevos textos legislativos, ni se protege adecuadamente al consumidor, dadas las deficiencias que presenta nuestro sistema jurisdiccional.

Nuestros precedentes históricos nos demuestran que es imposible regular todos y cada uno de los aspectos de un determinado contrato y menos cuando nos enfrentamos a contratos complejos, como el estudiado. Por ello el legislador tan sólo podrá ir analizando parcelas concretas y parciales (nunca completas) de este contrato.

Respecto a la segunda solución, pese a las modificaciones operadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la nueva Ley de Mediación⁸⁶¹, la praxis nos demuestra que el acceso de los ciudadanos (también consumidores y usuarios) a la administración de justicia sigue siendo una opción, cuando menos, lenta, máxime si atendemos a la circunstancia de que cuando se firma el contrato de compraventa de vivienda en construcción el comprador desembolsa una fuerte cantidad de dinero, así como durante la vigencia del mismo y que, cuando generalmente nacen los problemas (al menos, los principales) suele ser en el momento final, cuando la vivienda ya se encuentra edificada y el consumidor tiene que sopesar, por un lado, la necesidad (generalmente urgencia) de acceder a su vivienda, la gran cantidad de dinero entregado hasta la fecha, las posibilidades de que el proceso (al que se accede en una inicial desigualdad, por los enormes recursos con que suelen contar las empresas dedicadas a este sector) sea largo e incluso que, con el paso del tiempo, el vendedor desaparezca o él sea condenado a abonar las costas (generalmente elevadas

⁸⁵⁹ Tal y como hacen el Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 49.2), el de las Illes Balears (art. 30.47), el de Andalucía (art. 58.2.4º y 150.2), y el de Aragón (art. 71.26).

⁸⁶⁰ Pues así lo declara expresamente el art. 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

⁸⁶¹ Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

por la elevada cuantía de los procedimientos), y, por otro, el beneficio que pueda reportarle una sentencia estimatoria.

Quizás el sistema se transforme en las actuales circunstancias de crisis del sector inmobiliario, donde se desarrollan pocas promociones -y las escasas transacciones que se realizan suelen acaparar viviendas ya terminadas- en las que, en todo caso, existe un mayoritario interés por parte del promotor (cuando no del Banco) en resolver la controversia con la máxima premura, para así poder tratar de exigir el cumplimiento del contrato al comprador, justo lo contrario de lo sucedido en momentos de expansión, marcados por un carácter especulativo.

Por último, la mediación, con la excepción de la Cataluña, se encuentra en un estado inicial, aunque en claro auge (mayoritariamente por los éxitos obtenidos en el campo de las relaciones familiares).

El sistema arbitral tampoco ha dado los frutos esperados, aunque también se encuentra en clara expansión, quizás por influencia del sistema anglosajón o como alternativa a los males que arrastra nuestra administración de Justicia.

Por el contrario, las reclamaciones de consumo en materia de vivienda son muy elevadas, pese a no ocupar el puesto predominante que tuvo en los momentos de mayor expansión del sector de la construcción⁸⁶². Esto evidencia (a nuestro entender) que los consumidores pretenden encontrar en esta vía, por las ventajas descritas, un cauce de resolución a sus problemas, pero que, por la razón que fuere, no ha dado sus frutos.

Así, ni la mediación ni el arbitraje pueden presentarse actualmente como una vía real (por generalizada) de soluciones; quizás por las limitaciones, en muchos casos, de baja cuantía con que las empresas se someten al arbitraje de consumo, al establecer esta limitación en la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo. Y si escasos son los frutos del sistema arbitral, muy excepcionales (por no decir casi nulos) son los frutos alcanzados por la mediación, pues siendo un sistema voluntario, en cuanto una de las partes intuya que la otra ha incumplido alguna obligación, huirá de ella, obligando a la otra parte a acudir a la vía arbitral o, casi con seguridad, a la jurisdiccional.

Quizás la solución venga por esta vía, a la que parecen apuntar los futuros juzgados de proximidad, que veremos en lo que quedan, dada la especialidad de las controversias (frente a la tendencia natural -por desconocimiento- a tratar de solucionar los temas planteados desde la visión generalista y decimonónica ofrecida por el Código Civil) y la necesidad de una solución urgente.

⁸⁶² En las consultas y reclamaciones presentadas en las asociaciones de consumidores ámbito nacional, en los ejercicios 2001 y 2009 (<http://www.consumo-inc.gob.es/informes/docs/RECLA01.pdf> y <http://www.consumo-inc.gob.es/informes/docs/recla09.pdf>), se pone de manifiesto esta evolución, que abarca desde las 41.170 de 1990, a las 98.973 de 1999, o las 91.361 de 2001 (y que supusieron un 10,95 del total de las efectuadas en ese año, respecto al 12,66% de 1998, 9,42% del 2000), 153.202 de 2005, 139.006 de 2006, 135.729 de 2007, 94.883 de 2008 y las 84.046 de 2009 (6,08%).

Sea como fuere, y especialmente en atención a la realidad tan cambiante en los últimos años, nos adentramos en el campo de la especulación, justo lo contrario a lo pretendido con el presente trabajo.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

A la vista de todo lo anterior, podemos extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- El nivel de protección diseñado por el legislador en materia de protección del consumidor y usuario, comprador de vivienda en construcción, es muy elevado, dado que existe una extensa normativa, de aplicación imperativa y que concede derechos irrenunciables.

El problema al que se enfrenta el comprador, al margen del desconocimiento del entramado normativo, es su coordinación y, en mayor medida, la falta de respuestas eficaces en su aplicación por parte de nuestros Juzgados, que han de superar los mecanismos tradicionales ofrecidos por el Código Civil, que se han demostrado insuficientes para dar solución a las relaciones de consumo, en las que las partes no se encuentran en un plano de igualdad.

SEGUNDA.- El TRLGDCU mantiene la distinción entre condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas, declarando la vigencia de la LCGC. El ámbito de aplicación de las citadas normas coincide en muchos casos, dado que en la mayoría de relaciones de consumo nos encontramos con la aportación de condiciones generales de contratación insertas en los contratos, pero no siempre, puesto que puede que el adherente no tenga la condición de consumidor o usuario.

Los contratos de compraventa de vivienda que albergan cláusulas predispuestas entre consumidores y usuarios y empresarios, se rigen, en primer término por el TRLGDCU, aunque también por la LCGC (art. 59.3 TRLGDCU) y, en segundo término, por el CC.

De igual manera, si el contrato se suscribe entre un comprador que no tenga la consideración de consumidor (por ejemplo, un pequeño empresario o una SL) y un empresario, de la lectura de los párrafos 8º y 9º de la Exposición de Motivos de la LCGC tenemos que extender su ámbito de aplicación, puesto que se encuentra prevista por el propio legislador la declaración judicial de nulidad, cuando la condición general sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios, tal y como dispone el art. 2 LCGC, que delimita el ámbito subjetivo de la norma.

Y esta cuestión tiene indudables consecuencias prácticas, dado que el TRLGDCU concede al Juez facultades moderadoras de la cláusula abusiva, mientras que la LCGC no, aunque permite la declaración de nulidad de las condiciones por medio de esta vía específica y paralela a la prevista por el legislador general en el Código Civil (art. 1255 y 1258).

TERCERA.- Tradicionalmente han sido muy numerosos y habituales los incumplimientos de la normativa relativa a redacción de los contratos de compraventa, así como de la documentación a entregar a los compradores.

Dado el carácter imperativo de la norma y el carácter prioritario con que el legislador ha configurado la defensa del comprador de vivienda, los requisitos establecidos por el RD 515/89, los de la LOE y la normativa autonómica que los desarrolla deberán tener la consideración de contenido mínimo, de manera que se establezca una presunción de que su vulneración afecta a la autonomía de la voluntad.

Por su parte, la liberalización de la actividad de mediación inmobiliaria parece haber agravado este problema ya que, en ocasiones, adolecen de falta de profesionalidad. Y la situación actual es peor, dado el elevado número de promotoras disueltas o en concurso de acreedores, que han provocado que gran parte de los inmuebles hayan quedado en manos de entidades bancarias, que de manera casi anecdótica cumplen con esta normativa.

CUARTA.- Los pequeños empresarios y personas jurídicas (pequeñas sociedades) pueden tener la consideración de consumidores y usuarios, siempre que adquieran el bien (en nuestro caso, la vivienda) al margen de *su actividad empresarial o profesional*.

Y esta circunstancia tiene importantes repercusiones prácticas, dado que, merced al sistema de responsabilidad universal y a la fuerte crisis que padecemos, todo hace presagiar que en un futuro inmediato los pequeños empresarios y autónomos tendrán que operar a través de pequeñas sociedades, dada su insolvencia como personas físicas, quedando relegados a la aparente figura del mero administrador.

De negar esta posibilidad se les estaría privando del marco de protección previsto por el legislador, siendo (en principio) merecedores de la tutela concedida, en igual medida que los particulares.

QUINTA.- Entendemos que la fecha de entrega es uno de los términos esenciales del contrato de compraventa y ello por estar expresamente previsto, como cláusula abusiva, el establecimiento de fechas de entrega meramente indicativas o condicionadas a la voluntad del empresario (art. 85.8 TRLGDCU) y por existir la obligación (Art. 5 RD 515/89) de hacer constar con toda claridad en el contrato de compraventa la fecha de entrega de la vivienda.

A estas dos circunstancias se une una tercera: la facultad que concede al comprador el art. 3 de la Ley 57/68 de instar la resolución, con ejecución inmediata del aval, por aportación del documento fehaciente de no terminación de la vivienda en la fecha expresada.

De la lectura de este precepto, podríamos sostener que resulta que la fecha de entrega (por terminación efectiva y entrega de la licencia de primera ocupación) es un elemento esencial del contrato, cuyo incumplimiento faculta al comprador a instar la resolución del mismo.

Lo contrario, el entender que el término no es esencial y entrar a analizar si ha existido un mero retraso o un incumplimiento de obligación principal o accesorio (criterio seguido por múltiples sentencias y que ahora vuelve a tomar fuerza frente a los abusos cometidos por parte de los compradores que se encontraban más interesados en las ofertas que brinda el mercado actual que en el cumplimiento de lo pactado en tiempos de bonanza económica y, por lo tanto, con precios más caros), sólo beneficia al incumplidor, dado que obliga al comprador a tener que instar un previsiblemente largo y costoso proceso (dado el precio de la vivienda, incluso en tiempos de crisis, que provoca pleitos con cuantías elevadas), con el riesgo de que, cuando se dicte sentencia el promotor haya instado un concurso de acreedores.

En igual medida, las cláusulas de prórroga automática tampoco resultan admisibles. En este sentido, al margen de lo dispuesto por el art. 85.2 TRLGDCU, que prohíbe aquellas que no permitan de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad contraria, el citado art. 3 de la Ley 57/68 establece la obligación, en aquellos casos en que las partes acuerden una prórroga (que es facultad del comprador), de hacerla constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, *especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.*

SEXTA.- Por lo que respecta a la redacción de las arras, partimos de la habitualidad con la que el empresario establece una elevada penalización para el caso de desistimiento por causa imputable al comprador (generalmente, frente a la falta de pagos, la posibilidad de retener todas las cantidades entregadas a cuenta -haciendo coincidir un determinado porcentaje sobre el precio, como arras, con las cantidades efectivamente entregadas-), que no resulta de (correlativa) aplicación cuando el incumplimiento es imputable al empresario (habitualmente la mera devolución de las cantidades entregadas o, a lo sumo, el abono de los intereses legales devengados).

A nuestro entender, siempre que no exista un trato equilibrado y recíproco, tenemos que declarar su abusividad, dejando atrás el criterio jurisprudencial que admite la validez de un trato desigual, amparado en la idea de que supone una penalización inicialmente pactada por las partes como remedio anticipado ante un eventual desistimiento; pues supone tanto un ataque al art. 87 TRLGDCU como un desconocimiento de la realidad social (hasta recientes fechas, durante la fase expansiva de la actividad inmobiliaria), puesto que dichas cláusulas no eran objeto de negociación, sino directamente impuestas a los compradores, a quienes les quedaba (en principio) la facultad de acudir ante los órganos jurisdiccionales, en solicitud de declaración de nulidad de dichas cláusulas.

SÉPTIMA.- Existe una obligatoriedad de entrega por parte del promotor del libro del edificio al comprador de vivienda, no sólo por estar legalmente establecido tanto genéricamente por la LOE como específicamente por la normativa autonómica que lo desarrolla), sino por el hecho de que también para el caso de una eventual reclamación, al propietario sólo se le podrá cuestionar el uso y mantenimiento de la vivienda si previamente se le ha entregado el libro correspondiente.

De esta manera, al margen de las eventuales responsabilidades administrativas, existe una obligación de entrega del libro del edificio por parte del promotor frente al comprador de la vivienda. Y este último se encuentra legitimado para poder exigirlo, incluso judicialmente.

Y la consecuencia práctica derivada de nuestra anterior afirmación (dadas las previsibles y escasas posibilidades de exigibilidad por parte del comprador, si voluntariamente no le es entregado) es que, frente a una reclamación por defectos en la construcción, el promotor no podrá tratar de escudarse en la obligación impuesta por el art. 16 LOE de conservar en buen estado de conservación la edificación, mediante un adecuado uso y mantenimiento de la misma; pues no puede exigírsele el cumplimiento de una obligación a quien la desconoce.

Por último, entendemos que no será de aplicación la manifestación genérica que se realiza en muchas escrituras de compraventa de haber recibido previamente el libro del edificio, ni tampoco la alternativa, que es la de quedar enterado de que queda depositado en la notaría, para su eventual consulta (salvo que la legislación autonómica disponga lo contrario).

OCTAVA.- Las instrucciones de uso y mantenimiento no suponen el límite mínimo de exigibilidad al propietario, pues pudiera pensarse que en el mismo se establecieran obligaciones desmesuradas e incluso innecesarias o muy gravosas, que provocasen que nadie las cumpliera.

De esta manera el promotor pretendería establecer un elenco de obligaciones al comprador de vivienda, sumamente gravosas, con la intención de colocarlo en una situación de aparente incumplimiento (por falta de adecuado mantenimiento de la vivienda) con la que tratar de atribuirle la responsabilidad por futuros daños o, cuando menos, tratar de compensar las responsabilidades.

Y para poder solucionar este extremo sería deseable que existiese un texto negociado entre la administración, el Colegio de Arquitectos y el de Administradores de Fincas, para poder establecer parámetros que, si bien genéricos, dotasen de cierta objetividad al sistema.

NOVENA.- Junto al arsenal normativo previsto por el legislador, que es muy complejo y habitualmente resulta desconocido para gran parte de los consumidores y usuarios, los notarios debieran adoptar una posición más activa, para ejercer adecuadamente su función de asesoramiento a quienes reclamen sus servicios,

negándose a autorizar las escrituras que vulneren (al menos, de manera flagrante) los derechos de los consumidores y usuarios o, caso de no provocar claramente la ineficacia contractual, advirtiendo de ello expresa y claramente a los compradores.

Por su parte, los registradores también deberían adoptar una postura más decidida en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, negándose a inscribir aquellas cláusulas que resultasen contrarias a las normas protectoras de estos, y denunciando ante los organismos administrativos competentes.

Así, se otorgaría una eficacia a los mandatos del legislador en materia de consumo y se evitarían situaciones como la recientemente vivida a raíz de la denuncia social de las ejecuciones hipotecarias, de clara vulneración de la normativa de consumidores y usuarios, y de evidente injusticia. En este sentido, la STJCE de 14 de junio de 2012 pone de manifiesto, entre otras cuestiones, el desconocimiento, por parte de los garantes de los derechos que asisten a los consumidores y usuarios, de los mecanismos previstos por el legislador.

Por último, como medio de garantizar esta labor, pudiera plantearse la exigencia de responsabilidad civil (al igual que en la contratación hipotecaria) de los notarios y registradores, por autorizar todo tipo de cláusulas, ignorando no sólo los derechos (irrenunciables) de una de las partes, sino la injusticia que estos instrumentos provocan.

DECIMA.- El legislador ha realizado un esfuerzo, al tratar de que exista una conformidad entre la realidad registral y la física de la vivienda, pero todavía no se ha logrado que la inscripción registral conceda una protección más allá del tracto sucesivo, y en concreto nos referimos a la ausencia de coordinación entre Registro y Catastro, como medio de protección al comprador de vivienda.

Esta circunstancia habitualmente se muestra con toda crudeza en la compraventa de viviendas sobre plano, dado que el comprador tiene que otorgar la escritura de compraventa por referencia a una mera finca matriz, puesto que es inusual que, a la finalización de la obra, conste inscrita en el Catastro. De esta manera, podría decirse que la finalidad garantista y de complemento en la seguridad jurídica que pretende el Registro de la Propiedad no se suele lograr en el caso de viviendas de inminente construcción.

A este respecto, parece lógica una continuación en la protección ofrecida al comprador de vivienda, respecto a su descripción pues, aunque debilitada (por tener en ese momento una existencia real y no estar en la misma posición que al firmar el contrato de compraventa de vivienda sobre plano, de cosa futura) no debe quedar por ello inexistente.

Por ello, sería deseable una agilización en el sistema de acceso catastral de las escrituras de obra nueva, incluso en construcción, dadas las facultades rectificadoras que la vigente Ley Catastral concede a los notarios, para el caso de discrepancia entre la finca registral y la parcela catastral.

DÉCIMOPRIMERA.- Respecto a las consecuencias de la falta de afianzamiento de las cantidades recibidas a cuenta con motivo de la compraventa por parte del promotor, partimos de la indubitada obligación de afianzamiento impuesta por la Ley 57/1968, que se traduce en un derecho irrenunciable para el comprador de vivienda. Y esta circunstancia le concede la facultad de suspender los pagos comprometidos hasta que el promotor afiance las cantidades recibidas o, a lo sumo, hasta que la vivienda obtenga la licencia de primera ocupación y, por lo tanto, no exista obligación de afianzar dichas cantidades.

Donde sí que existen dudas es en las consecuencias de esta falta de afianzamiento, pues hay resoluciones judiciales que las relegan a un mero incumplimiento administrativo que, a lo sumo, podría generar una sanción, a determinar por la legislación de cada comunidad autónoma. Esta solución no ofrece beneficio alguno para el comprador de vivienda, pues a las dificultades propias de toda reclamación por falta de devolución (principalmente de localización de bienes), habrá que añadir las derivadas de la imposición de una sanción, dado que la Administración suele tener métodos más expeditivos y eficaces, por lo que las posibilidades de encontrar bienes con los que satisfacer los intereses de los compradores se reducen.

Por su parte, el párrafo segundo del art. 6 RD 57/68, que calificaba la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta como falta o delito de los art. 578.3 y 535 CP (reguladores de la apropiación indebida), desapareció, por derogación expresa, con la L.O. 10/1995, de 23 de octubre, por lo que el legislador eliminó el tipo específico previsto para reforzar penalmente el incumplimiento de la norma, relegando el mismo a la regulación genérica, principalmente de los delitos de apropiación indebida y estafa. Desde esta perspectiva, el adentrarnos en el ámbito de los negocios civiles criminalizados supone introducir una dosis de incertidumbre que en nada beneficia al consumidor.

Y el núcleo de la discusión se centra en los efectos civiles de esta falta de afianzamiento: si se concibe como el incumplimiento de una obligación esencial o accesoria, facultando sólo la primera al comprador para instar la resolución.

Pese a que existen muchas sentencias que entienden lo contrario, entendemos que la obligación de afianzamiento es una obligación esencial de la compraventa, no sólo porque de manera expresa lo manifiesta el art. 1 de la Ley 57/68, siendo una norma imperativa y claramente vigente, sino que además el propio TRLGDCU establece (art. 86), en todo caso, la declaración de cláusulas abusivas para aquellas que eximan al promotor de esta obligación, limitando la facultad del consumidor de resolver el contrato.

El relativismo de las sentencias que, reconociendo la obligación inexcusable de afianzamiento por parte del promotor, lo reducen a un mero incumplimiento accidental, por incurrir a obligaciones de segundo rango, nos llevaría a la conclusión de que existen normas de primera y segunda categoría y se podría llegar al absurdo de facultar al promotor a resolver el contrato por impago del comprador, aunque incumpla la obligación de afianzamiento. De igual manera se primaría al promotor incumplidor pues, careciendo de mayor trascendencia, se privaría al

consumidor de la facultad de ejecutar el aval bancario (donde el ámbito de discusión es muy limitado) y se le obligaría a tener que instar un procedimiento ordinario.

De esta manera, entendemos que (art. 1124 CC) será facultad del comprador el exigir el cumplimiento del contrato, en atención a lo dispuesto en el mismo y a las obligaciones legalmente impuestas e irrenunciables (como el afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta) o instar la resolución contractual. En el caso de optar por la primera, no le quedará otra opción que acudir ante los Tribunales, en cuyo caso procederá la solicitud de medidas cautelares, en principio, consistentes en la anotación preventiva de embargo sobre la finca o, en su caso, si se reclama la titularidad, la anotación preventiva de demanda.

DECIMOSEGUNDA.- Nuestro ordenamiento, a partir de lo dispuesto por el art. 1.591 CC, que fue interpretado de manera muy elástica por nuestra jurisprudencia, llegando a dar cabida a situaciones que ni de lejos se encontraban en la mente del legislador, trató de establecer un criterio objetivo y unánime para proteger al comprador.

Pero, en este proceso de desarrollo legislativo, el legislador, con la aprobación de la LOE, consiguió lo contrario a lo pretendido: una evidente rebaja del nivel de protección concedido a los consumidores y usuarios, dado que rebajó el plazo de garantía (pues la mayoría de supuestos tienen cabida en el ámbito de la responsabilidad trienal), así como el plazo de (prescripción) de ejercicio y los conceptos reclamables, dado que con la LOE sólo son reclamables los daños materiales expresamente definidos y padecidos en la edificación, tal y como lo concibe la propia norma.

Al margen quedan las dificultades de coordinación entre los distintos tipos de acciones previstas por el legislador.

Por lo tanto, podríamos concluir afirmando que el legislador ha establecido un nivel de protección teóricamente muy elevado, pero de escasa incidencia y de difícil armonización que, en la práctica, ha llevado a una rebaja en el nivel de protección ofrecido a los compradores de vivienda, por la vía de la exigibilidad de la responsabilidad en la construcción, sin perjuicio de las restantes previstas.

DECIMOTERCERA.- En cuanto a la falta de entrega de la licencia de primera ocupación, se trata de una cuestión que aparece muy unida a la conclusión precedente, dado que existen dos posturas: la que entiende que la vivienda se encuentra terminada tan pronto conste el certificado del arquitecto director y las que exigen que, además, conste la licencia de primera ocupación.

Si optamos por la primera opción, el incumplimiento de la obligación de entregar la licencia de primera ocupación lo reducimos a un mero incumplimiento administrativo, de carácter no esencial (que considera la concesión de la licencia como una mera formalidad, un acto debido). Si optamos por la segunda, que entiende

esta obligación como esencial, entonces quedará facultado el comprador para suspender el pago final (y el otorgamiento de la escritura de compraventa) hasta la obtención de la misma, pudiendo optar por la resolución contractual, una vez vencida la fecha de entrega, o simplemente por realizar el pago final y otorgar la oportuna escritura, quedando a salvo su derecho a ejercitar futuras acciones por falta de cumplimiento del vendedor de entregar la licencia de primera ocupación.

De nuevo tenemos que acudir al art. 2 de la citada Ley 57/68 para encontrar el sustento de nuestra afirmación, dado que el cedente se obliga a la devolución de las cantidades percibidas más los intereses legales oportunos, en el caso de que no se obtenga la cédula de habitabilidad en el plazo convenido en el contrato de compraventa. De igual manera, el art. 4 del mismo cuerpo legal establece que únicamente podrán cancelarse las garantías, expedida la cédula de habitabilidad y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al comprador. Por último, recordamos la obligación del promotor de entregar al comprador el libro del edificio, en cuyo contenido se encuentra la licencia de primera ocupación, tal y como reconocen muchos legisladores autonómicos.

Por su parte, recordamos que la misma resulta imprescindible para la contratación de los suministros de la vivienda, luego, si no se entrega, se imposibilita su utilización normal, al no poder hacer el uso esperado de esta.

DECIMOCUARTA.- Respecto al ejercicio de las acciones por parte del propietario por defectos en la vivienda, tenemos que atender al ámbito de aplicación de la LOE, para ver en qué supuestos es aplicable esta Ley y en qué supuestos es aplicable el régimen previsto por el art. 1591 CC (que, en base al criterio temporal, hoy en día es casi inaplicable). Caso de ser aplicable la LOE, debido a que la mayoría de defectos constructivos tienen cabida dentro del breve plazo de garantía trienal de su art. 17, tendremos que recordar que existen otras alternativas: la responsabilidad extracontractual (con un plazo de prescripción incluso más breve) y la contractual, en la que podemos diferenciar entre la responsabilidad derivada del contrato de compraventa (que hace responsable al promotor como vendedor) y la del contrato de obra (que extiende la responsabilidad a quienes participaron en el proceso constructivo). Todas estas acciones son compatibles.

DECIMOQUINTA.- Los avales entregados con motivo de la compraventa de vivienda en construcción, aunque no aparecen expresamente mencionados por la LEC, son un título que lleva aparejada ejecución por la vía del art. 517.2.9 LEC y para ello será suficiente con acompañar, al contrato original de aval, el requerimiento resolutorio fehaciente al vendedor y el documento que acredite la no iniciación o terminación (lo que incluye la obligación de entrega de la licencia de primera ocupación) de las obras.

Este último requisito (dada la previsible falta de colaboración por parte del promotor) pudiera ser cumplimentado mediante la aportación de un certificado

municipal, donde conste que esa vivienda no ha obtenido la referida licencia de primera ocupación, o un acta notarial donde conste el estado en construcción.

Al margen, entendemos que el comprador ejecutante podrá reclamar, en base a la modificación del RD 57/68 operada por la LOE, los intereses legales desde el momento en que realizó el pago (o cada uno de los realizados) hasta el momento en que se dicte auto despachando ejecución y, desde entonces hasta su efectiva devolución, el interés legal incrementado en dos puntos.

Y finalmente queremos destacar la conveniencia de utilizar la vía de ejecución del aval, frente al garante (en principio ajeno a los avatares constructivos y con presumible interés en que se resuelva adecuadamente la controversia, y no sólo en demorar una solución -con el peligro de una eventual insolvencia del promotor-) ante el incumplimiento del promotor, por no tener terminada la obra (entendiendo por tal cuando se obtiene la licencia de primera ocupación), dado que al comprador le basta con efectuar un requerimiento resolutorio al promotor y acompañar la documentación requerida para poder iniciar un procedimiento de ejecución de título no judicial, mucho más expeditivo que el procedimiento ordinario, con motivos de oposición tasados, y donde se deja atrás la discusión jurisprudencial referente a si la actitud del promotor es un verdadero incumplimiento y si afecta a una obligación principal o accesoria, dado que esta es una cuestión de fondo cuyo análisis le está vedado a este tipo de procedimientos.

DECIMOSEXTA.- Respecto a las vías previstas para la resolución de conflictos, pese a que la actual reforma de la LEC incentiva la mediación, imponiéndola en determinados supuestos, entendemos que debiera ser un sistema más desarrollado, especialmente la mediación de consumo, dada la calidad de la institución, la gratuidad que (por el momento) presenta y la agilidad en su tramitación.

Por su parte, respeto al arbitraje de consumo, debiera estimularse como medio institucional de resolución de conflictos que pudieran surgir durante el proceso edificatorio y, para ello, dado que no se puede imponer el sistema, la Administración debiera incentivar a aquellas empresas adheridas al sistema arbitral, por ejemplo, con un mejor trato fiscal o con la preferencia para la obtención de determinadas ayudas.

Quizás si se fomentan estas dos vías, mediante estímulos a los promotores, en horas de baja actividad, cuando el mercado cambie de tendencia, se haya creado una conciencia social que sea difícil de esquivar, logrando así armonizar el arsenal legislativo existente y conceder al sistema la agilidad requerida por la propia naturaleza del contrato de compraventa de vivienda en construcción.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑEN M.J., <<Cláusulas abusivas habituales en las escrituras de hipoteca: Análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales>>, en *Diario La Ley*, Nº8127, 16 de julio de 2013 (La Ley 4800/2013).

AGUIRRE ZAMORANO P.J. (Dir.), *La compraventa: Ley de garantías*, AAVV. Manuales de Formación continuada, núm. 11. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

ALBALADEJO GARCIA M.(Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, AAVV. Madrid, Edersa, 1980.

ALBIEZ DOHRMANN K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Navarra, Aranzadi, 2009.

- <<Cuestiones que plantea el contrato de obra en el ámbito del Derecho de consumo español>> en las Actas del Congreso "Contrato de obra y Protección de los Consumidores", AAVV, Fase 20 SL, Granada, 2013, pág. 141-192.

ALCÁZAR AVELLANEDA J.M., <<La nueva regulación del visado colegial>>, en *Diario La Ley*, La Ley, 2 de marzo de 2011, Nº7580 (La Ley 132/2011).

ALGARRA PRATS E., *Estudio de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, AAVV, Coord. E.Ll.P., La Ley, Madrid, 2006.

ALONSO PÉREZ F., *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (aspectos penales y criminológicos)*. Madrid, Colex, 2003.

ALONSO SAURA M.P., <<El tiempo en la entrega de la vivienda objeto de compra venta en proyecto o en construcción en situaciones de crisis económicas>>, publicado por la *Real Academia de Legislación y jurisprudencia de Murcia*, 30 de junio de 2011.

ALPA G., *Codice del consumo e del risparmio*, Giuffrè, Milano, 1999.

- *Le stagioni del contratto*. Mulino, Bologna, 2012.

ÁLVAREZ LATA N., <<Sentencia de 8 de octubre de 2010. Resolución contractual e incumplimiento recíproco>> en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Navarra, Aranzadi, núm. 87, sep-dic 2011.

ÁLVAREZ MORENO T., <<La protección del consumidor en el mercado inmobiliario: compraventa y arrendamiento de vivienda>>, en *Revista de Derecho Privado*. Noviembre – Diciembre 2009.

ASÚA GONZÁLEZ C.I., <<Remedio anulador y remedios específicos del régimen de la compraventa>>, en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Aranzadi, Navarra, 2013, Tomo I, pág. 349-359.

- <<Remedio anulador y remedios específicos del régimen de la compraventa>>, en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Aranzadi, Navarra, 2013, Tomo I, pág. 349-359.

- <<Tipología de errores en la compraventa>>, en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Aranzadi, Navarra, 2013, Tomo I, pág. 361-368.

- <<La responsabilidad>>, en *Manual de Derecho Civil*, Tomo II, AAVV, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 449-506.

ATAZ LÓPEZ J., <<Artículo 11. Registro de condiciones generales>>, en *Comentarios a la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación*, AAVV, Coord. R.B.R.-C., Navarra, Aranzadi, 1999, pág. 313-390.

- <<Artículo 22. Inscripción en el Registro de las Condiciones Generales>>, en *Comentarios a la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación*, AAVV, Coord. R.B.R.-C., Navarra, Aranzadi, 1999, pág. 585-591.

- <<Artículo 13. Sometimiento a dictamen de conciliación>>, en *Comentarios a la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación*, AAVV, Coord. R.B.R.-C., Navarra, Aranzadi, 1999, pág. 487-497.

- <<Artículo 1445>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.165-10.198.

- <<Artículo 1451>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.227-10.234.

- <<Artículo 1454>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.258 a 10.265.

- <<Artículo 1461>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.315-10.317.

- <<Artículo 1500>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.618-10.624.

- <<Artículo 1502>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.631-10.638.

- <<Artículo 1504>>, en *Comentarios al Código Civil*, AAVV, Dir. R.B.R.-C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 10.046-10.056.

- <<Compraventa y contrato de obra futura>>, en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Aranzadi, Navarra, 2013, Tomo I, pág. 107-116.

AZPARREN LUCAS A. (Dir.), *Hacia un código del consumidor*, AAVV. Manuales de Formación continuada, núm. 34. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

BADENES GASSET R., *El contrato de compraventa*. Barcelona, Bosch, 1995.

BALLUGERA GÓMEZ C., <<La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013>>, en *Diario La Ley*, N°8078, Documento on-line 2583/2013, 8 de mayo de 2013.

- <<Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013>>, en *Diario La Ley*, N°8081, Documento on-line 2816/2013, 13 de mayo de 2013.

BARONA VILLAR S., *Tutela civil y penal de la publicidad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

BARRAL VIÑALS I., <<La mediación y arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR>>, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, N°11, noviembre de 2010, <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n11-barral>.

BELLO JANEIRO D., <<La resolución de conflictos a través del arbitraje>>, en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, AAVV, Coords. . F.P.B.G., M.E.C.M., F.J.O.M., L.P.A. y R.V.S. Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO A., <<Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores>>, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, AAVV, Coord. R.B.R.-C. y J.S., Madrid, Civitas, 1992.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, AAVV. Aranzadi, Navarra, 1999.

- <<artículo 8. Nulidad>>, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*. Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 259-271.

- (Coord.): *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, AAVV. Navarra, Aranzadi, 2009.

- <<De las obligaciones con cláusula penal>> en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1983, Tomo XV.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. y SALAS HERNANDEZ J. (Coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, AAVV. Madrid, Civitas, 1992.

BLANCO CARRASCO M., *Mediación y consumidores*. Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2005.

BLASCO GASCÓ F. de P. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, AAVV. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

BUSTO LAGO J.M., *Reclamaciones de consumo (Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor)*. Navarra, Aranzadi, 2008.

- <<Sentencia de 6 de septiembre de 2010: Resolución de compraventa inmobiliaria por impago del precio. Irrelevancia de incumplimientos parciales imputables a la promotora vendedora. Eficacia del requerimiento resolutorio ex art. 1504 del CC>>, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Nº87, sep-dic 2011.

CABANILLAS SÁNCHEZ A., <<El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios>>, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, AAVV, Dir. D.J.L., Pamplona, Aranzadi, 2012.

- *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*. Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1994.

- *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y el control de las cláusulas generales de los contratos*. Madrid, Tecnos, 2005.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA L., *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*. Madrid, Civitas, 1990

CALDERÓN CEREZO A., *Delitos contra el orden socioeconómico*. La Ley, Madrid, 2008.

CAÑIZARES LASO A. (Coord), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, AAVV. Madrid, Tecnos, 2006.

CÁRCABA FERNÁNDEZ M., *La simulación en los negocios jurídicos*. Barcelona, Bosch, 1986.

CARLEO R., <<La noción de “bienes de consumo”>> en *Revista de Derecho Privado*. Noviembre-Diciembre 2009.

CARRASCO PEREA A.: <<La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición>>, en *publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2009.

- <<Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2007.

- <<Pacto de arras, nulidades contractuales y mercado inmobiliario en declive>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2008.

CARRASCO PERERA A., CORDERO LOBATO E. Y GONZÁLEZ CARRASCO C., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Navarra, Aranzadi, 2005.

- *Derecho de la construcción y la vivienda*. Madrid, Dilex, 2003.

CASTÁN TOBEÑAS J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Madrid, Reus, 1952

- *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)*. Madrid, Reus, 1947.

CAVANILLAS MÚGICA S., <<La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamientos: El Real Decreto 515/89 de 21 de abril>>, en *Derecho Privado y Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 6, 1995.

CLARKE P., *A Straightforward guide to contract law*. Brighton, Straightforward Law, 2012.

CLEMENTE MEORO M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

CHOCLÁN MONTALVO J.A.: *El delito de estafa*. Barcelona, Bosch, 2000.

COLINA GAREA R., <<La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación. Delimitación de su ámbito objetivo de aplicación>>, en *Revista de Derecho Privado*, Nº 2003-05, de septiembre de 2003.

COMITRE COUTO C., *Resolución de contratos con cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas y su recuperación*. Marbella, e-impresion.com, 2010.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ J.L., *Derecho de contratos*. Barcelona, Bosch, 2003.

CONSTABLE A. y LAMONT C., *Constructions Claims*. Coventry, Royal Institution of Chartered Surveyors, 2006.

- *Building Defects*. Coventry, Royal Institution of Chartered Surveyors, 2006.

CONTIJOCH PRATDESABA R., *La compraventa de inmuebles*. Barcelona, Planeta, 2000.

CORDERO LOBATO E., <<La certificación energética de los edificios>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2013.

- <<La legislación autonómica relativa a la construcción y a la vivienda>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2006.

- <<TS de 22 de marzo de 2010: Inaplicación retroactiva del plazo de prescripción del art. 18 de la LOE a edificaciones preexistentes a su entrada en vigor>>, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 85, enero-abril 2011, pág. 339.

CUBILLO LOPEZ I.J., <<sistema arbitral de consumo>>, AAVV, Dirs. M.R.P. y M.I.C., en *La defensa de los consumidores y usuarios*. Madrid, Iustel, 2011.

DE BUEN LOZANO D., *Derecho Civil Común*. Madrid, Reus, 1967.

DE CASTRO Y BRAVO F., <<El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática>>, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXIX, enero-marzo 1976.

DE LA IGLESIA PRADOS E., <<Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria>>, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009-1.

DE LEÓN ARCE A., *Derechos de los consumidores y usuarios*, AAVV, Coord. L.G.G.. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

DEL ESTAL SASTRE R., <<Informe sobre determinados derechos del adquirente de una vivienda en construcción>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2004.

DELGADO DE MIGUEL J.F. (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, AAVV. Madrid, Civitas, 2001.

DELGADO ECHEVARRIA J. y PARRA LUCAN M.A., *Las nulidades de los contratos*. Madrid, Dykinson, 2005.

DÍAZ MARTÍNEZ A, <<Los modelos de tutela del adquirente de vivienda no terminada en los Derechos italiano y español: contratante débil o consumidor. Aplicación a formas de adquisición distintas a la compraventa>>, en *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2011.

- <<Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda>>, en *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Navarra, Aranzadi, 2013, Tomo II, pág. 1077-1090.

DIÉGUEZ OLIVA R., <<Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria>>, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009-1.

DÍEZ PICAZO L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial I*, Madrid, Tecnos, 1993.

DIEZ SOTO C., <<Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda y concurso del promotor>>, en *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Navarra, Aranzadi, 2013, Tomo II, pág. 963-973.

- *La conversión del contrato nulo (su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1994.

ECHEVARRIA SUMMERS F.M., <<El contrato de compraventa de vivienda sobre plano>>, en *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Navarra, Aranzadi, 2013, Tomo II, pág. 1103-1113.

ESPIN ALBA E., <<Arbitraje y mediación de consumo: a propósito de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de créditos al consumo>>, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, www.mjusticia.es/bmj, núm. 2160, noviembre 2013.

ESTRUCH ESTRUCH J., <<Compatibilidad del ejercicio de las acciones derivadas del contrato de compraventa de vivienda con las derivadas de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC>>, en *Revista de Derecho Patrimonial*. Aranzadi, núm.2, 1999.

- *El comprador de vivienda ante el concurso del promotor*. Navarra, Aranzadi, 2011.

- <<El título ejecutivo de la Ley 57/68 y el concurso del promotor>>, , *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penedés*, AAVV, Coord. F. P. B.G., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 1004.

- << La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada por la Ley 57/1968, de 27 de

julio, de Percepción de Cantidades Anticipadas en la Compra de Viviendas en Construcción>>, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. Aranzadi, núm. 23, 2009.

- *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*. Navarra, Aranzadi, 2009.

- *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*. Navarra, Aranzadi, 2011.

- <<Legitimación activa ex artículo 1591 CC del promotor frente al contratista y técnicos intervinientes en el proceso constructivo cuando el promotor ya ha transmitido a terceros la totalidad de la edificación>> en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, enero-abril 2012.

FERNÁNDEZ BENAVIDES M., <<¿Quién debe sufragar las facturas impagadas de suministros de gas pendientes tras la venta de la vivienda?>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2012.

FERNÁNDEZ GREGORACI B., <<La disciplina normativa de la responsabilidad de los agentes de la edificación: un intento de articulación>> en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, núm. 23, 2009-2.

FERRANDEZ SEIJO J.M., *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias. Una aproximación desde el Derecho comunitario*. Bosch, Barcelona, 2013.

FERRANDIZ GABRIEL J.R., <<El incumplimiento resolutorio según los principios del Derecho europeo de contratos>>, *La compraventa: ley de garantías*. AAVV, Dir, P.J.A.Z., Manuales de Formación continuada, núm. 11. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pág. 117-148.

FIORI R., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*. Napoli, Jovene, 2003.

FLIQUETE CERVERA A., <<Perfección, forma y prueba de los contratos>> en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol.1, Civitas, Madrid, 2002.

FLORES RODRÍGUEZ J., <<La responsabilidad solidaria del promotor inmobiliario en los procesos de reclamación por defectos constructivos. Comentario a la STS de 22 de diciembre de 2006>> en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, núm. 19, 2007-2.

FONT GALÁN J.I., <<Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias>> en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 25, 2010-2.

GARCÍA CANTERO G., <<Artículo 1500>>, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, AAVV, Coord. M.A.G., Madrid, Edersa, 1991, T. XIX, pág. 429.

- <<De la naturaleza y forma de este contrato>>, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid, Edersa, Tomo XIX, 1991.

- <<Artículo 1502>>, AAVV, Coord. M.A.G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1991, T. XIX, pág. 411-420.

- <<Artículo 1504>>, AAVV, Coord. M.A.G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1991, T. XIX, pág. 423-436.

GARCÍA GIL F. y GARCIA GIL J., *La compraventa de vivienda con préstamo hipotecario*. Pamplona, DAPP, 2005.

GARCÍA HEREDIA F., *Consumidores y usuarios*. Málaga, Arguval, 2006.

GARCÍA PÉREZ C.L., <<Comentario al artículo 89.6 y 89.8>>, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, AAVV, Coord. R,B.R.-C., Navarra, Aranzadi, 2009, pág. 1.139-1152.

GARCÍA VICENTE J.R., <<Artículo 60. Información previa al contrato>>, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, AAVV, Coord. R,B.R.-C., Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 765-780.

GARCÍA VICENTE J.R., <<comentario al artículo 64>>, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, AAVV, Coord. R,B.R.-C. Pamplona, Aranzadi, 2009.

- <<Sentencia de 17 de marzo de 2011: Contrato de compraventa de inmueble: resolución e indemnización de daños. Interpretación del art. 1107, párrafo primero, del Código Civil: daños indemnizables y fin de protección del contrato>> en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. núm. 87, sep-dic. 201.

GARRIDO FALLA F., *Comentarios a la Constitución*. Madrid, Civitas, 1980.

GÓMEZ CALLE E., *Los deberes precontractuales de información*. Madrid, La Ley, 1994.

GONZÁLEZ CARRASCO M.C., <<Acceder a una vivienda en tiempos de crisis>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2010.

- <<Cláusula sorpresiva incorporada a la escritura de venta por la que el adquirente de vivienda declara conocer y asumir el importe de la deuda generada por el consumo de suministros energéticos de los anteriores propietarios>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es, 2010.

- <<El carácter de consumidor de una empresa de mediación inmobiliaria. Posible carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2006.

- <<El retraso en la licencia de primera ocupación no es incumplimiento esencial si está solicitada y el promotor prueba que se cumplen los requisitos para su concesión>>. en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2013.

- <<Escrituración de compraventa de vivienda sin cédula de primera ocupación>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2006.

- <<Estudio sobre condiciones generales y gastos de escritura>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2007.

- <<Informe acerca de la licitud y aplicación del RD 515/1989 a algunas modalidades de compraventa de vivienda>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2004.

- <<La contratación inmobiliaria con consumidores>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2009.

- <<La producción normativa en materia de consumo, técnica legislativa y regulación sectorial>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco.

- <<Sentencia de 15 de marzo de 2010: Compraventa de vivienda sobre plano. Obligaciones de información y documentación a favor del adquirente. Proyecto de ejecución contradicho por la memoria de calidades incorporada al contrato. Requisitos del carácter vinculante de la información precontractual>>, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº85, enero-abril 2011.

GONZÁLEZ PACANOWSKA I., <<Artículo 5. Requisitos de incorporación>>, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, AAVV, Coord. R.B.R.-C. Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 139-193.

- <<Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente>>, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la*

Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, AAVV, Coord. R.B.R.-C. Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 913-939.

- <<Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato>>, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, AAVV, Coord. R.B.R.-C. Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 981-995.

- <<Artículo 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario>>, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, AAVV, Coord. R.B.R.-C. Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 995-1063.

- <<Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad>>, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, AAVV, Coord. R.B.R.-C. Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 1082-1102.

- <<Artículo 88. Cláusulas abusivas sobre garantías>>, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, AAVV, Coord. R.B.R.-C. Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 1102-1110.

- <<Artículo 89.3>>, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, AAVV, Coord. R.B.R.-C. Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 1119-1130.

- <<Cláusulas abusivas en el contrato de obra>> en las Actas del Congreso "Contrato de obra y Protección de los Consumidores", AAVV, Fase 20 SL, Granada, 2013, pág. 292-318.

- <<Cláusulas no negociadas individualmente>> en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, AAVV, Coord. R.B.R.-C. Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 883-913.

- <<Introducción al Título II del Libro segundo>>, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, AAVV, Coord. R.B.R.-C y J.S.. Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 883-913.

GONZÁLEZ TAUSZ R., <<La promoción inmobiliaria encubierta: un fraude de ley>> en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 717, 2010.

GONZÁLEZ VAQUÉ L., <<La noción de consumidor en el derecho comunitario de consumo>> en *Estudios de Consumo*, INC, núm. 75, oct. 2005.

GONZALEZ POVEDA P., <<La Ley de Ordenación de la Edificación y derechos de los consumidores>>, en *Derecho y Vivienda*, AAVV, Dir. M.P.L.I.,

Manuales de Formación continuada, núm. 10, pág. 97-202. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

GRANDE MURILLO A. y CORCHERO M., *La protección de los Consumidores*. Navarra, Aranzadi, 2007.

GUTIÉRREZ ALONSO D., *Litigios civiles en tiempos de crisis*. Barcelona, Bosch, 2012.

GUTIÉRREZ CAMACHO M.E., *El libro del edificio*. Granada, Comares, 2000.

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ A., <<Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo on line en el marco del sistema español de protección de los consumidores>>, en publicaciones de la Universidad de Valencia, (<http://www.uv.es/revdret/num2/pdf/ahernandez.pdf>).

HERNÁNDEZ GARCÍA J., <<La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario>>, en *Derecho y vivienda*, AAVV, Dir. M.P.L.I., Madrid, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, X-2005, pág. 11-54.

IZQUIERDO CARRASCO M., <<Derecho a la información, formación y educación>>, en *La defensa de los consumidores y usuarios*, AAVV, Dir. M.R.P. y M.I.C. . Madrid, Iustel, 2011, pág. 250-311.

JORDANO FRAGA F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*. Madrid, Civitas, 1992.

LACRUZ BERDEJO J.L., *Elementos de Derecho Civil*, AAVV. Madrid, Dykinson, 2000.

- *Nociones de Derecho Civil Patrimonial*. Dykinson, Madrid, 2004.

LARA GONZÁLEZ R. y ECHAIDE IZQUIERDO J.M., *Consumo y Derecho*. Madrid, Esic, 2006.

- <<Modificaciones estructurales societarias y adhesión al sistema arbitral de consumo>>, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 276, abril-junio 2010.

LARROSA AMANTE M.A., *Derecho de consumo. Protección legal del consumidor*. Madrid, El Derecho, 2001.

- (Dir.) <<La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas. Especial referencia a los mecanismos de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación>>: *Derecho inmobiliario: problemática actual*, AAVV. Manuales de Formación continuada, núm. 50. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009, Tomo I, pág. 561-802.

LASARTE ÁLVAREZ C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Madrid, Dykinson, 2007.

LEDESMA IBAÑEZ M.P. (Dir.), *Derecho y vivienda*, AAVV. Manuales de Formación continuada, núm. 10. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

LOPEZ FRIAS A., <<El deber precontractual de información del contratista en los contratos de obra con consumidores>> en las Actas del Congreso "Contrato de obra y Protección de los Consumidores", AAVV, Fase 20 SL, Granada, 2013, pág 238.

LOPEZ MAZA S., <<Información precontractual obligatoria en la compraventa al consumo>>, en *Tratado de la compraventa Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Aranzadi, Navarra, 2013, Tomo I, pág. 451-463.

LÓPEZ RICHART J., *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la ley de ordenación de la edificación*. Madrid, Dykinson, 2003.

LUCAS FERRÁNDEZ F., <<Artículos 1469 a 1472>>, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, AAVV, Coord. M.A.G., Madrid, Edersa, 1980. Tomo XIX.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO M.T., *La figura del Promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Navarra, Aranzadi, 2002.

MARÍN LÓPEZ M.J., <<Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2007.

- <<¿Es consumidor, a los efectos del Texto Refundido de la LGDCU, el Seminario Diocesano que compra una impresora para uso de dicho seminario?>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2011.

- <<¿Es consumidor, a los efectos del Texto Refundido de la LGDCU, una Iglesia Evangelista en su condición de usuaria de electricidad?>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2012.

- <<¿Puede un Ayuntamiento que compra un ordenador considerarse consumidor a los efectos de la aplicación del régimen de garantías en la venta de bienes de consumo?>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2010.

- <<Objeto y límites del arbitraje de consumo>>, en *Cuadernos de Consumo*. Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón, núm. 23, 2005.

MARÍN LÓPEZ J.J.(Dir.), *La protección jurídica de los consumidores*, AAVV, Madrid, Dykinson, 2003.

MARÍN PÉREZ J.A., <<Compraventa de viviendas. Obligaciones de información y documentación a favor del adquirente. Interpretación de las cláusulas y determinación del contenido del contrato. Especificaciones de la documentación gráfica del proyecto de ejecución que no aparecen en la memoria de calidades incorporada al contrato. Carácter vinculante de la promoción o publicidad y exigibilidad por los compradores>>, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, enero-abril 2012.

MARTÍN-RETORTILLO S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. AAVV, Madrid, Civitas, 1991.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., (Coord.), *Derecho penal económico*, AAVV. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

MARTÍNEZ ESCRIBANO C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*. Valladolid, Lex Nova, 2007.

MARTÍNEZ ESPÍN P., <<Aproximación al concepto de consumidor>>, en *Publicaciones del centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, <http://www.eedc.posgrado.uclm.es/TitulosPropios/UserFiles111%5CRecursos%5CP%C3%BABlico%5CAproximaci%C3%B3n%20al%20concepto%20consumidor.pdf>.

- <<Contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2009.

- <<Garantía de radiadores en vivienda de nueva construcción>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2012.

- <<Notarios y consumidores>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2006.

MÁS BADÍA M.D., <<Compraventa de viviendas sobre plano. Acción de responsabilidad contractual por incumplimiento de prestaciones debidas: memoria de calidades incorporada como anexo del contrato que contradice el proyecto inicial de obra. Acumulación a la acción de responsabilidad decenal>>, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, Enero-abril 2012.

MATEO Y VILLA I., <<De la cláusula arbitral en materia de consumo>>, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.723, 2011.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. AAVV, Coord. S.M.T., Madrid, Civitas, 1991.

MIRANDA SERRANO L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, AAVV. Madrid, Marcial Pons, 2012.

MONTÓN GARCÍA L., *Los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2004.

MORALEJO IMBERNÓN N.I., <<Primera. Seis: Dis. adic. 1ª.V.22ª LGDCU>>, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, AAVV, Coord. R.B.R.-C. Navarra, Aranzadi, 1999, pág. 1171-1205.

MORENO-LUQUE CASADIEGO C., <<Protección previa a la contratación de bienes y servicios>>, en *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, Tomo I, pág. 211.

MORENO HELLÍN J., <<La intermediación en la compraventa inmobiliaria>>, en *Derecho Inmobiliario: problemática actual*. Madrid, CGPJ, 2010, Tomo I, pág. 343-418.

MUÑOZ CUESTA F.J., <<Publicidad engañosa: una figura delictiva de contornos poco definidos que dificultan su aplicación>>, en *Revista de Aranzadi Doctrinal*. Aranzadi, 2010.

ORDAS ALONSO M., <<Aliud pro alio, saneamiento por vicios ocultos y compraventa de productos de consumo>>, en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 34, 2009.

ORTI VALLEJO A., <<La responsabilidad civil en la edificación>>, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, AAVV, Coord. L.F.R.C., Navarra, Aranzadi, 2003, pág. 1655-1700.

OSUNA NAVAJAS I. y ROMERO VELASCO M., <<Identificación de la finca y la parcela en registro y catastro. Referentes históricos y subsanación de las discrepancias tras la Ley 2/2011 de economía sostenible>>, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 27.

PACHECO JIMÉNEZ N., <<Anulación por la Audiencia Nacional de la Resolución CNC (12 nov. 2009) sobre el cártel del seguro decenal>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2013.

PAGADOR LÓPEZ J.:<<Condiciones generales y cláusulas abusivas>>, en *La defensa de los consumidores y usuarios*, AAVV, Dir. M.R.P. y M.I.C., Madrid, Iustel, 2011, pág. 1307-1443.

- <<Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas>>, en *Derecho (privado) de los consumidores*, AAVV, Coords. L.M.M.S y J.P.L., Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 99-144.

PALACIOS GONZÁLEZ M.D., <<La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores: protección frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación>>, en *Revista de Derecho Privado*, núm.1, enero-febrero 2012.

PARRA LUCAN M.A., <<Artículo 149. Responsabilidad por daños causados por la vivienda>>, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, AAVV, Coord. R.B.R.C., Navarra, Aranzadi, 2009, pág. 1757-1945.

PASARO MÉNDEZ I., <<Las empresas “consumidoras” ante la Ley 23/2003 de garantías de ventas de bienes de consumo>>, en www.abogadocoruna.com/Las_empresas_consumidoras_ante_la_Ley_23_2003_de_garantias_de_venta_de_bienes_de_consumo.ip.pdf.

PASQUAU LIAÑO M., <<Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos>>, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, AAVV, Coord. R.B.R.-C., Navarra, Aranzadi, 1999, pág. 271-313.

PEÑA LÓPEZ F., <<Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios>>, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 113-127.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO C., <<Comentario a la sentencia de 17 de julio de 2009>>, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, sep-dic 2010.

- *Requerimiento y Resolución en la Compraventa Inmobiliaria*. Navarra, Aranzadi, 2001.

PÉREZ RIVARES J.A., <<La responsabilidad civil del promotor por defectos constructivos>>, en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, N°18, sep-dic 2007.

PERLINGIERI P., *I negozi su beni futuri*. Napoli, Jovene, 1962.

- *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ F., <<Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2005.

PICATOSTE BOBILLO J., <<Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de vivienda>>, en *Hacia un Código del Consumidor*, AAVV. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Manual de Formación Continuada, N° 34, 2.005, pág. 487-670.

PINTO ANDRADE C., *El contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento*. Barcelona, Bosch, 2013.

PINTÓ RUIZ J.J., <<Estudio sobre el Art. 1.124 del Código civil>>, en *Estudios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Dykinson, 2011.

PIÑOLETA ALONSO L.M., <<Veinticinco años de Constitución económica y Derecho Mercantil>>, AAVV, en *Homenaje a la Constitución española (XXV Aniversario)*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2005.

PIPAÓN PULIDO J.G., *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valladolid, Lex Nova, 2010.

PISARELLO G., *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción*. Barcelona, Icaria, 2003.

PLANA ARNALDOS M.C., *Cesión de solar a cambio de obra futura*. Madrid, Marcial Pons, 2002.

POLO E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid, Civitas, 1990.

PRADA ALONSO J., *Protección del consumidor y responsabilidad civil*. Madrid, Marcial Pons, 1998.

QUINTERO OLIVARES G. (Dir.), *Comentarios al nuevo código penal*, AAVV. Navarra, Aranzadi, 2005.

RALUCA STROIE I., <<El nuevo estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana>> en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2011.

- <<¿Quién responde por la avería de la caldera en una vivienda nueva?>> en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2012.

- <<Ley 1/2008, de 21 de abril, por la que se modifica la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia>>, en *Publicaciones del Centro de estudios de consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, www.uclm.es/cesco, 2011.

RAMS ALBESA J., <<Artículos 1271 y 1272>>, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, AAVV. Madrid, Edersa, 1993, Tomo XVII, Vol. 1-B.

REBOLLO PUIG M. e IZQUIERDO CARRASCO M. (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, AAVV. Madrid, Iustel, 2011.

REGLERO CAMPOS L.F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, AAVV (Coord L.F.R.C.), Navarra, Aranzadi, 2003.

REVERTE NAVARRO A., en la contestación al discurso de ALONSO SAURA M.P., *El tiempo en la entrega de la vivienda objeto de compraventa en proyecto o en construcción en situaciones de crisis económica*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2011.

REYES LÓPEZ M.J., <<La normativa autonómica valenciana en materia de Derecho de consumo>> en *Revista de Derecho Civil Valenciano*, 2008, <http://derechocivilvalenciano.com>.

RICO PEREZ F., <<La publicidad y el consumidor de bienes inmuebles en la jurisprudencia civil española>>, en *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, AAVV, Dir. D.E.J., Salamanca, Universidad de Salamanca, 1984, pág. 566.

RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOZ J., *Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral*. La Coruña, Netbiblo, 2008.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA D., *El Contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria*. Navarra, Aranzadi, 2000.

ROGEL VIDE C., *La compraventa de cosa futura*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1.975.

RUIZ GARCIA C., <<Responsabilidad civil en la construcción (L.38/99, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación)>> en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, N°37, 2006.

RUIZ GONZÁLEZ J.G., *Las asociaciones de consumidores*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

SANCHEZ GONZALEZ M.P., <<Disposición final primera. Título competencial>>, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, AAVV, Coord. R.B.R.-C., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*. Aranzadi, Navarra, 1999, pág 1441-1457.

SANCIÑENA ASURMENDI C., *La opción de compra*. Madrid, Dykinson, 2003.

SERNA MEROÑO E., <<la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos en materia de consumo>>, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, AAVV, Dir. D.J.L. Pamplona, Aranzadi, 2012, pág. 773-788.

SERRANO ACITORES A., <<El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad>> en *Noticias Jurídicas*, <http://noticias.juridicas.com/articulos/45>.

SERRANO CHAMORRO E., *Cambio de solar por edificación futura*, Navara, Aranzadi, 1999.

VALBUENA GUTIERREZ, J.A., <<Remedios del comprador ante el incumplimiento temido del vendedor>> en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Navarra, Aranzadi, 2013, pág. 1253-1258.

TORRES LANA J.A., <<Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo>>, *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, AAVV, Dir. A.C.P., Pamplona, Aranzadi, 2013, pág. 1011-1020.

VALLE MUÑIZ J.M. y QUINTERO OLIVARES G., <<Artículo 311>>, en *Comentarios al nuevo Código Penal*, AAVV, Dir. G.Q.O., Navarra, Aranzadi, 2005, pág. 1268.

VILLALBA CUÉLLAR J.C., <<La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano>> en *Universitas*, Bogotá, núm. 119, julio-diciembre 2009.

WORTH F., *A Straightforward guide to buying selling and renting your property*. Brighton, Straightforward, 2012.

RESOLUCIONES CONSULTADAS

RESOLUCIONES CONSULTADAS

- STJCE de 3 de julio de 1997 (Asunto C-269/95).
 - STJCE de 27 de junio de 2000 (TJCE 2000/144).
 - STJCE de 22 de noviembre de 2001 (TJCE 2001/330).
 - STJCE de 9 de septiembre de 2004 (TJCE 2004/227).
 - STJCE de 20 de enero de 2005 (Asunto C-464/2001).
 - STJCE 26 de octubre de 2006 (TJCE 2006, 299).
 - STJCE de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009/155)
 - STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013,89).
-
- STC 71/1982, de 30 de noviembre (RTC/1982/71).
 - STC 88/1986 (BOE de 22 de julio de 1986).
 - STC 43/1988, de 16 de marzo (RTC 1988/43).
 - STC 15/1989 (BOE nº 43, de 20 de febrero de 1989).
 - STC 199/1991, de 28 de octubre (BOE 284/1991, de 27 de noviembre)
 - STS 22 de marzo de 1993 (RJ 1993/2529).
 - STC 109/1992, de 14 de septiembre (BOE 69/1993, de 22 de marzo).
 - STC 64/1991, de 22 de marzo (BOE 24 de abril de 1991).
 - STC 219/05, de 12 de septiembre (BOE 14 de octubre de 2005).
 - STC 352/2006, de 14 de diciembre (BOE Nº14, de 16 de enero de 2007).
 - STS 12 diciembre de 1955 (JA 648).
 - STS 23 de septiembre 1959 (RA 3360).
 - STS 19 de mayo de 1961 (JA 2.325).
 - STS 25 febrero 1964 (JA 1148).
 - STS 28 septiembre 1965 (JA 4.056).
 - STS de 28 de noviembre de 1973 (RJ 1973,4340).
 - STS11 de octubre de 1974 (RJ 1974, 3798).
 - STS 14 de junio de 1976 (RJ 1976/2753).
 - STS de 27 de enero de 1977 (RJ 1977/121).
 - STS 16 de noviembre 1979 (RA 3849).
 - STS 161, de 25 de abril de 1980 (RJ 1980, 1561).
 - STS 20 junio 1980 (J.A. 2.412).
 - STS 24 de enero 1984 –RA 575-).
 - STS 587/84, de 23 de octubre (Roj: STS 131/1984).
 - STS19 noviembre 1984 (RA 5.565).
 - STS 22 de marzo de 1985 (RA 1196).
 - STS17 enero de 1986 (JA 104).
 - STS 7 de julio de 1987 (RA 5181).

- STS 27 de noviembre de 1987 (RA 8696).
- STS 10 de octubre de 1987 (RA 6935).
- STS28 febrero 1989 (JA 1.409).
- STS de 30 de octubre de 1989 (RJ 1989/6976).
- STS 13 de marzo de 1990 (RJ 1990/1693).
- STS 4 de abril 1990 (JA 2.694).
- STS17 de julio de 1990 (RA 6566).
- STS de 18 de diciembre de 1990 (RA 10286).
- STS 445/91, 7 de junio (Roj: STS 16184/1991).
- STS 227/1993, de 15 de marzo (Roj.: STS 1623/1993).
- STS 167/1994, de 1 de marzo (Roj. STS 14952/1994).
- STS de 11 de junio de 1994 (RA 5227).
- STS de 15 de junio de 1994 (AC 1129/1994).
- STS de 21 de junio de 1994 (RJ 1994/4968).
- STS de 27 de junio de 1994 (RJ 1994,6505).
- STS de 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994,8364).
- STS 3 de febrero de 1995 (RJ 1995, 734).
- STS 291/1995, de 27 de marzo (Roj STS 1839/1995).
- STS 27 de abril de 1995 (RJ 1995, 3259).
- STS 20 de junio de 1995 (RJ 1995, 4934).
- STS 9 de mayo de 1996 (RJ 1996/3870).
- STS 7 de junio 1996 (JA 4.827).
- STS de 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8260).
- STS de 23 de octubre de 1996 (RJ 1996, 9501).
- STS 6 de febrero de 1997 (RJ 1997, 681).
- STS de 30 de junio de 1997 (RJ 1997/5406).
- STS 5 de julio 1997 (RJ 1997, 5507).
- STS de 18 de julio de 1997 (RJ 1997/6038).
- STS de 10 de octubre de 1997 (RJ 1997/7069).
- STS 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8097).
- STS 29 de de diciembre de 1997 (RJ 1997/9664).
- STS de 28 de enero de 1998 (RA 21).
- STS 1 de junio de 1998 (RJ 1998/4753).
- STS de 23 de junio de 1998 (RJ 1998/4777).
- STS de 20 de octubre de 1998 (RJ 1998/7995).
- STS de 14 de noviembre de 1998, RJ 1998/9972)
- STS de 14 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10102).
- STS 1261/ 98, de 12 de enero de 1999 (Roj. STS 41/1999).
- STS 27 de enero 1999 (RJ 1999, 7).
- STS de 2 de febrero de 1999 (RJ 1999,539).
- STS de 23 de marzo de 1999 (Roj: STS 2000/1999).
- STS de 7 de julio de 1999 (RJ 1999/4988).
- STS 15 de julio de 1999 (RJ1999/5050).
- STS de 2 de octubre de 1999 (BDB TS 10523/1999).

- STS 3 de noviembre de 1999 (RA 8859).
- STS de 15 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8217).
- STS 29 de enero de 2000 (RJ 2000/456).
- STS 39/2011, de 1 de febrero (Roj.: STS 901/2011).
- STS 4511/2000, de 1 de junio (Roj: STS 4511/2000).
- STS 15 de junio de 2000 (RJ 2000/4418).
- STS 16 de octubre de 2000 (RJ 2000/9906).
- STS 1809/2000, de 24 de noviembre (BDB 40385/2000).
- STS 1174/2000, de 13 de diciembre (Roj: STS 9177/2000).
- STS 260/2001, de 20 de marzo (Roj: STS 2206/2001).
- STS 235/2002, de 18 de marzo (Roj: STS 1941/2002).
- STS de 20 de marzo de 2002 (RJ 2002/2852).
- STS 27 de junio de 2002 (RJ 2002, 5505).
- STS 1514/2002, de 19 de septiembre (BDB TS 24573/2002).
- STS de 24 de octubre de 2.002 (RJ 2002, 8974).
- STS31 de diciembre de 2002 (RJ 2002/9734).
- STS 4 febrero de 2003 (Roj: STS 648/2003).
- STS 602/2003 de 17 de junio (RJ 2003/5642).
- STS de 26 de julio de 2003 (RJ 2003/5144).
- STS13 de mayo de 2004 (RJ 2004/2759).
- STS 357/2004, de 19 de marzo (RJ.: STS 1908/2004).
- STS 20 de mayo de 2.004 (RJ 2004, 3529).
- STS de 29 de septiembre de 2004 (Roj STS 6086/2004).
- STS 2494/2005, de 22 de abril (Roj: STS 2494/2005).
- STS 725/2005, de 17 de octubre (RJ 2005/7194).
- STS 997/2005, de 14 de diciembre (RJ 2005/10167).
- STS 26 de octubre de 2006 (BDB TS 10740/2006).
- STS 7 de diciembre de 2006 (RJ 2006/9887).
- STS 752/2007, de 2 de octubre (Roj: STS 6930/2007).
- STS 1223/2007, de 28 de noviembre (RJ 2007/8124).
- STS de 29 de abril de 2008 (RJ 2008, 2184).
- STS 501/2008, de 3 de junio (Roj. STS 3275/2008).
- STS 746/2008, de 21 de julio (Roj.: STS 4332/2008).
- STS 24 de marzo de 2.009 (RJ 2009, 1660).
- STS de 17 de julio de 2009 (RJ 2009/6475).
- STS 1097/2009, de 17 de noviembre (Roj: STS 7786/2009).
- STS 729/2009, de 16 de diciembre (JUR 2010/59508).
- STS de 15 de marzo de 2010 (RJ 2010,2347).
- STS de 22 de marzo de 2010 (La Ley 16950/2010).
- STS de 1 de julio de 2010 (RJ 2010,6554).
- STS 518/2010, de 6 de septiembre (Roj: STS 4573/2010).
- STS 558/2010, de 23 de septiembre (Roj: STS 4683/2010).
- STS 624/2010, de 13 de octubre (Roj: STS 6119/2010).
- STS 805/2010, de 2 de diciembre (Roj: STS 6944/2010).

- STS de 17 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1557).
 - STS 39/2011, de 1 de febrero (Roj.: STS 901/2011).
 - STS de 30 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3995).
 - STS 421/2011, de 13 de junio (Roj STS 4839/2011).
 - STS 457/2011, de 27 de junio (Roj: STS 5849/2011).
 - STS 515/2011, de 29 de junio (Roj. STS 4275/201).
 - STS 315/2011, de 4 de julio (Roj: STS 5101/2011).
 - STS 765/2011, de 20 de octubre (Roj STS 6846/2011).
 - STS 16 de noviembre de 2011 (RJ 2001, 9459).
 - STS 842/2011, de 25 de noviembre (Roj: TS 7981/2011).
 - STS 936/2011, de 15 de diciembre (Roj: STS 9234/2011).
 - STS de 12 de febrero de 2012 (RJ 2002,2562).
 - STS 175/2012, de 21 de marzo (Roj: STS 1694/2012).
 - STS 241/2012, de 11 de abril (Roj: STS 2630/2012).
 - STS 217/2012 de 13 de abril (Roj STS 3065/2012).
 - STS 416/2012, de 19 de junio (Roj: STS 5760/2012).
 - STS 440/2012, de 28 de junio (Roj: STS 5708/2012).
 - STS 667/12, de 19 de julio (Roj. STS 5591/2012).
 - STS 494/2012, de 20 de julio (Roj: STS 5768/2012).
 - STS 543/2012, de 18 de septiembre (Roj: STS 6116/2012).
 - STS 568/2012, de 1 de octubre (Roj: STS 6030/2012).
 - STS 549/2012, de 2 de octubre (Roj: STS 6337/2012).
 - STS 597/2012, de 8 de octubre (Roj: STS 6202/2012).
 - STS 814/2012, de 30 de octubre (Roj.: STS 6869/2012).
 - STS 877/12, de 13 de noviembre (Roj.: STS 7282/12).
 - STS 693/2012, de 28 de noviembre (Roj: STS 8026/2012).
 - STS 755/2012, de 30 de noviembre (Roj. STS 7940/2012).
 - STS 792/2012, de 5 de diciembre (Roj: STS 3150/2012).
 - STS 731/2012, de 10 de diciembre (Roj. STS 8161/12).
 - STS 792/2012, de 8 de enero de 2013 (Roj: 3150/2013).
 - STS 4/2013, de 16 de enero (Roj: STS 345/2013).
 - STS 309/2013, de 17 de abril (Roj: STS 2247/2013).
 - STS 251/2013, de 24 de abril (Roj: 1880/2013).
 - STS 241/2013, de 9 de mayo (Roj: STS 1916/2013).
 - STS 354/2013, de 3 de junio (Roj. STS 3070/2013).
 - STS 399/2013, de 10 de junio (Roj: STS 3356/2013).
 - STS 429/2013, de 11 de junio (Roj STS 3668/2013).
 - STS 500/2013, de 10 de julio (Roj. STS 4085/2013).
-
- SAP A Coruña 59/2012, de 29 de noviembre de 2011(Roj: SAP C 932/2012).
 - SAP A Coruña 438/2012, de 31 de julio (Roj: SAP C 2215/2012).

- SAP Albacete de 11 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 66918).
- SAP Albacete 79/2013, de 12 de abril (Roj: SAP AB 353/2013).

- SAP Alicante de 27 de mayo de 2003 (RJ 2003/152665).
- SAP Alicante de 20 de julio de 2005 (JUR 2005/197898).
- SAP Alicante el 26 de enero de 2006 (JUR 2006, 185882).
- SAP Alicante 14 de enero de 2009 (JUR 2009, 129797).
- SAP Alicante 63/2009, de 5 de febrero de 2009 (Roj: SAP A 1078/2009).
- SAP Alicante de 16 de febrero de 2009 (JUR 2009/262553).
- SAP Alicante 523/2009 de 19 de octubre (Roj: SAP A 3323/2009).
- SAP Alicante 95/2011, de 2 de marzo (Roj. SAP A 523/2011).
- SAP Alicante, 395/2011, de 7 de Octubre (Roj. SAP A 3464/2011).
- SAP Alicante de 11 de octubre de 2011 (JUR 2011, 23487).
- SAP Alicante 533/11, de 22 de noviembre (Roj: SAP A 3309/2011).
- SAP Alicante 472/2011, de 23 de noviembre (Roj SAP A 299/2011).
- SAP Alicante 207/2012, de 22 de mayo (Roj. SAP A 1492/2012).
- SAP Alicante 322/2012, de 23 de mayo (Roj SAP A 1594/2012).
- SAP Alicante 371/2012, de 11 de junio (Roj: SAP A1875/2012).
- SAP Alicante 397/12, de 22 de junio (Roj: SAP A 1897/2012).
- SAP Alicante de 9 de julio 2012 (Roj: SAP A 2114/2012).
- SAP Alicante 368/12, de 13 de septiembre (Roj: AP A 2230/2012).

- SAP Almería, de 26 de julio de 2004 (BDB 2004/11456).

- SAP Asturias de 5 de marzo de 1999 (AC 1999/1320).
- SAP Asturias 8/2006 de 17 de enero (AC 2006/13).
- SAP Asturias 114/2006 de 28 de marzo (JUR 2006/140540).
- SAP Asturias 210/2011, de 19 de mayo (Roj: SAP O 773/2011).

- SAP Baleares de 15 de diciembre de 2005 (AC 2005/2298).
- SAP Baleares 19 de septiembre de 2006 (JUR 2006/287).

- SAP Barcelona de 5 de abril de 2002 (JUR 2005/134685).
- SAP Barcelona, de 15 de octubre de 2003 (Roj: SAP B 5355/2003).
- AP Barcelona de 22 de junio de 2005 (JUR 2005/180690).
- SAP Barcelona de 16 de febrero de 2006 (SP/SENT/488477).

- SAP Burgos 314/2005, de 8 de julio (Roj.: SAP BU 748/2005).

- SAP Cáceres 236/2012, de 24 de abril (SAP CC 375/2012).
- SAP Cáceres 373/2012, de 18 de julio (Roj: AP CC 666/2012).
- SAP Cáceres 408/2012, de 20 de septiembre (Roj: SAP CC 736/2012).
- SAP Cáceres 410/2012, de 20 de septiembre (Roj: SAP CC 737/2012).

- SAP Cádiz, de 27 de marzo de 2000 (AC 2000/4890).
- SAP Cantabria de 14 de marzo de 1996 (AC 1996/548).
- SAP Castellón de la Plana 321/2012, de 21 de junio (Roj SAP CS 730/2012).
- SAP Córdoba 214/2004, de 28 de septiembre (JUR 2005/52296).
- SAP Córdoba 186/2009, de 27 de octubre (Roj: SAP CO1473/2009).
- SAP Gipuzkoa de 9 de febrero de 2006 (JUR 2007, 133017).
- SAP Granada, de 28 de abril de 2003 (BDB AP Granada 11375/2003).
- SAP Huelva 24/2012, de 9 de febrero (Roj: SAP H 440/2012).
- SAP Huelva 48/2013, de 14 de marzo (Roj: SAP H 128/2013).
- SAP Las Palmas, de 4 de septiembre de 2003, (BDB AP Las Palmas 19798/2003).
- SAP Lérida 25 de abril de 2004 (JUR 2004/157810).
- SAP Lleida 275/2005, de 29 de junio (Roj SAP L 949/2005).
- SAP León de 28 de mayo de 2004 (JUR 2004/176369).
- SAP León 400/2011, de 16 de noviembre (Id Cendoj: 2408937001201110039).
- SAP Logroño 198/2010, de 9 de julio (Roj.: SAP LO 609/2010).
- SAP Madrid de 8 de noviembre de 1993 (AC 1993/2594).
- SAP Madrid de 18 de diciembre de 2003 (JUR 2004, 97458).
- SAP Madrid de 1 de julio de 2004 (JUR 2004, 253420).
- SAP Madrid 20 de abril de 1998 (AC 1998/5049)
- SAP Madrid 810/2008, de 18 de noviembre (Id Cendoj: 28079370122008100500).
- SAP Madrid 109/2010, de 17 de febrero (Roj: SAP M 2656/201).
- SAP Madrid 328/2011, de 10 de junio (Roj: SAP M 8432/2011).
- SAP Madrid 456/2011, de 10 de noviembre (Roj: SAP M 14521/2011).
- SAP Madrid 478/2011, de 14 de noviembre (Roj: SAP M 14420/2011).
- SAP Madrid 484/2011, de 17 de noviembre (Id Cendoj: 2807937010201110043).
- SAP Madrid 531/2011, de 21 de noviembre (Roj.: SAP 14125/2011).
- SAP Madrid 337/2012, de 27 de junio (Roj: SAP M 10286/2012).
- SAP Madrid 414/2012, de 4 de septiembre (Roj: SAP M 15902/2012).
- SAP Madrid 446/12, de 14 de septiembre (Roj: SAP M 14979/12).
- SAP Madrid 411/12, de 19 de septiembre (Roj: SAP M 14162/2012).
- SAP Madrid 240/12, de 27 de septiembre (Roj: SAP M 15521/2012).
- SAP Madrid 227/2013, de 10 de mayo (Roj. SAP M 8503/2013).

- SAP Madrid 220/2013, de 17 de mayo (Roj: SAP M 9322/2013).

- SAP Málaga 268/2006, de 30 de marzo (Roj: SAP MA 461/2006),
- SAP Málaga de 31 de marzo de 2006 (JUR 2006/189454).
- SAP Málaga 231/2007, de 18 de abril (Roj: SAP MA 1794/2007).
- SAP Málaga de 1 de septiembre de 2008 (JUR 2009, 54789).
- SAP Málaga de 24 de enero de 2008 (JUR 2008, 245725).
- SAP Málaga 23 de octubre de 2008 (JUR 2009, 64687).
- SAP Málaga 154/2010, de 22 de marzo (Roj: SAP MA 2665/201).

- SAP Murcia 68/2009, de 10 de marzo (JUR 2009/236024).
- SAP Murcia 23 de enero de 2001 (AC 2011/728).
- SAP Murcia 12/2012, de 17 de enero (Roj: SAP MU 95/2012).
- SAP Murcia 164/2012, de 8 de marzo (Roj: SAP MU 678/2012).
- SAP Murcia 154/2008, de 1 de julio (JUR 2008/362988).
- SAP Murcia 192/2008, de 15 de septiembre (JUR 2009/94957).
- SAP Murcia 341/2011, de 9 de diciembre (Roj: SAP MU 2759/2011).
- SAP Murcia de 4 de septiembre de 2002 (JUR 2003/70074).
- SAP Murcia de 11 de diciembre de 2002 (JUR 2003/113417).
- SAP Murcia 102/2005 de 10 de octubre de 2005 (AC 2005/1721).
- SAP Murcia 21/2012, de 24 de enero, (Roj SAP MU 127/201).
- SAP Murcia 90/2012, de 5 de marzo (Roj: SAP MU 590/2012).
- SAP Murcia 298/2013, de 6 de mayo (Roj. SAP MU 1260/2013).
- SAP Murcia 287/2012, de 31 de julio (Roj: SAP MU 1997/2012).

- SAP Navarra de 27 de julio de 1998 (AC 1998, 1722).
- SAP Navarra 205/2006, de 12 de diciembre (RJ 2007/163057).

- SAP Oviedo 398/2010, de 8 de noviembre (Roj SAP O 2258/210).
- SAP Oviedo 12/2012, de 18 de enero (Roj: SAP O 17/2012).

- SAP Palma de Mallorca, 252, de 13 de julio de 2011 (Roj: SAP IB 1567/2011).
- SAP Palma de Mallorca 265/2013, de 19 de junio (Roj: SAP IB 1354/2013)

- SAP Pontevedra 541/2006 de 11 de octubre (JUR 2006/257026).
- SAP Pontevedra 411/2010, de 27 de julio (Roj: SAP PO 1702/2010).
- SAP Pontevedra 584/2011, de 17 de noviembre (Id Cendoj: 3603837001201110059).

- SAP Salamanca 352/2010, de 20 de septiembre (Roj SAP SA 445/2010).
- SAP Salamanca 233/2013, de 7 de junio (Roj: SAP SA 378/2013).

- SAP Sevilla 15-10-1997 (AC 1997/2279).
- SAP Sevilla de 6 de marzo de 2003 (JUR 2003/87745).

- SAP Sevilla de 30 de noviembre de 1993 (AC 1993/2301).
- SAP Sevilla de 8 de octubre de 2003 (JUR 2003, 264629).
- SAP Sevilla 22/2005, de 31 de enero (Roj.: SAP SE 343/2005).
- SAP Sevilla, de 10 de octubre de 2005 (AC 2005/1721).
- SAP Sevilla 322/2012, de 20 de junio (Roj: SAP SE 2587/2012).
- SAP Sevilla 337/2012, de 27 de junio (Roj SAP SE 2661/2012).

- SAP Tarragona de 18 de mayo de 2010 (Id Cendoj: 4314837003201010015).

- SAP Tenerife de 26 de noviembre de 2007 (JUR 2008/93085).

- SAP Toledo de 20 de junio de 1993 (AC 1993,4).
- SAP Toledo 21 de febrero de 1994 (AC 1994, 351).
- SAP Toledo 216/12, de 10 de julio (Roj: SAP TO 609/2012)

- SAP de Teruel de 31 de octubre de 2002 (Roj: SAP TE 236/2002).

- SAP Valencia 83/1999, de 28 de enero (Roj. SAP V 456/99).
- SAP Valencia de 23 de junio de 2003 (JUR 2004/35308).
- SAP Valencia de 3 de octubre de 2007 (JUR 2008, 5163).
- SAP Valencia 536/2009, de 13 de octubre (Roj SAP V 7467/2009).
- SAP Valencia 81, de 14 de febrero de 2011 (Roj: SAP V 567/2011).
- SAP Valencia 17/2012, de 18 de enero (Roj: SAP V 705/2012).
- SAP Valencia 212/2012, de 30 de marzo (Roj.: SAP V 2238/2012).
- SAP Valencia 471/2012, de 23 de julio (Roj SAP V 3490/2012).
- SAP Valencia 684/12, de 10 de diciembre (Roj: SAP V 5560/2012).

- SAP Valladolid 125/2013, de 8 de abril (Roj: 501/2013).

- SAP Zaragoza 26-11-1993 (AC1993/2300).
- SAP Zaragoza de 4 de abril de 2002 (JUR 2002/153267).
- SAP Zaragoza de 20 de diciembre de 2002 (RJ 2003/34738).
- SAP Zaragoza 36/07, de 22 de enero (Roj: SAP Z 16/2007).
- SAP Zaragoza 509/2011, de 16 de noviembre (Id Cendoj: 5029737004201110038).

- ATS 627/2012, de 12 de abril (Roj.: ATS 3891/2012).
- ATS 1665/2012, de 27 de septiembre (Roj.: ATS 10845/2012).
- AAP Barcelona 191/2009, de 2 de diciembre (Roj: AAP B 9820/200).
- AAP Barcelona 147/2012, de 17 de septiembre (Roj: AAP B 6122/2012).
- AAP Barcelona 217/2012, de 26 de octubre (Roj AAP B 7106/2012).
- AAP Castellón de 10 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 40086).
- AAP Madrid 30/2009, de 19 de febrero - Roj: AAP M 1493/200-).

- AAP Madrid 322/2011, de 19 de diciembre (Roj: AAP M 16699/201).
- AAP Madrid 234/2011, de 28 de diciembre (Roj: AAP M 15367/201).
- AAP Madrid 123/2012, de 12 de abril (Roj: AAP M 5206/2012).
- AAP Valencia de 27 d septiembre de 2010 (JUR 2011,43818).

- STSJ Cataluña 29/2012, de 10 de mayo (Roj: STSJ CAT 5856/2012).
- STSJ Galicia 13/2013, de 1 de abril (Roj: STSJ GA 3268/2013).
- STSJ Galicia 19/2013, de 2 de mayo (Roj. STSJ GAL 3242/2013).
- STSJ Granada 11/2013, de 19 de abril (Roj: STS AND 6373/2013).
- STSJ Navarra 12/1998, de 8 de octubre (RJ 1998/8598).
- STSJ Navarra 9/2003, de 26 de marzo (RJ 2003/4038).

- RDGRN de 16 de enero de 1996 (RJ 1996\5041).
- RDGRN de 11 de marzo de 1996 (RJ 1996\1853).
- RDGRN de 20 de marzo de 2000 (BOE 91, de 15 de marzo de 2000).
- DGRN 2/2009, de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2009/1468).
- DGRN de 1 de octubre de 2010 (BOE N°270, de 8 de noviembre de 2010).
- RDGRN de 2 de abril de 2013 (BOE 23 de abril 2013).