

**BOLETÍN DEL COLEGIO
DE REGISTRADORES
DE ESPAÑA**

El Boletín no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores

ISSN 1135-0180
Depósito legal: M. 6.385-1966

J. SAN JOSÉ, S.A. - Leganitos, 24 - 28013 Madrid

SUMARIO

DIRECTOR:

*Juan José Pretel Serrano,
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores*

SECRETARIO:

Juan José Jurado Jurado

SECRETARIO HONORARIO:

† Francisco Corral Dueñas

I ^{Índice}	7
Nota Redacción	15
NdeC ^{Notas de Colaboración}	17
NP ^{Notas Prácticas}	61
N ^{Normas}	83
RDG ^{Resoluciones Dirección General}	247
STS ^{Sentencias Tribunal Supremo}	323
SAP ^{Sentencias Audiencias Provinciales}	327
DUE ^{Derecho de la Unión Europea}	331
MdeI ^{Materias de Interés}	337

ÍNDICE

NOTA DE LA REDACCIÓN	15
NOTAS DE COLABORACIÓN.	
- INFORME SOBRE EL ANÁLISIS DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA. PROTECCIÓN AL COMPRADOR DE VIVIENDA FRENTE A CLÁUSULAS ABUSIVAS. <i>C.E.C.U. 2006</i>	17
NOTAS PRÁCTICAS.- Manuel Amorós Guardiola.	
<i>Por Ángel Valero Fernández-Reyes:</i>	
1. ARRENDAMIENTO.....	61
2. EMBARGOS.....	61
3. HIPOTECAS.....	61
4. OBRA NUEVA.....	64
5. PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	65
6. PROPIEDAD HORIZONTAL.....	65
7. RECONOCIMIENTO DE DOMINIO.....	65
8. REPRESENTACIÓN.....	67
9. SEGURO DECENAL.....	68
10 SOCIEDAD CONYUGAL.....	68
<i>Por Carlos Ballugera Gómez:</i>	
11. DERECHO DE SUPERFICIE.....	69
12. HIPOTECA INVERSA.....	71
13. TRATAMIENTO REGISTRAL DEL SUELO ALTERADO EN EUSKADI.....	74
14. CONSTITUCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL SIN ABRIR FOLIOS.....	75
15. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VECINDAD CIVIL.....	77
16. DOCUMENTO JUDICIAL: FIRMEZA DE LA SENTENCIA.....	78
17. LEY DEL SUELO Y URBANISMO DE EUSKADI: SEGREGACIONES.....	78
<i>Por Carmen Gómez Durá:</i>	
18. AMPLIACIÓN DE HIPOTECA CON RECONOCIMIENTO DE AMORTIZACIÓN PARCIAL PERO SIN CANCELACIÓN FORMAL.....	80
19. CONVENIO REGULADOR QUE PRETENDE ALTERACIÓN DE TÍTULO DE ADQUISICIÓN.....	81



INFORME SOBRE EL ANÁLISIS DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA. PROTECCIÓN AL COMPRADOR DE VIVIENDA FRENTE A CLÁUSULAS ABUSIVAS. C.E.C.U. 2006.

ÍNDICE

I. OBJETO DEL INFORME.

II. APROXIMACIÓN A LA MATERIA.

1. REGULACIÓN LEGAL.
2. LAS CONDICIONES GENERALES.
 - A. EXAMEN DE FORMA PARA LA VALIDEZ DE LAS CONDICIONES GENERALES.
 - B. EXAMEN DEL CONTENIDO PARA LA VALIDEZ DE LAS CONDICIONES GENERALES.
3. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.
4. EL USO DE CONDICIONES GENERALES EN LA COMPRA DE VIVIENDA.
5. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS MÁS HABITUALES.
 - A. CLÁUSULAS QUE IMPONEN AL CONSUMIDOR LOS GASTOS DE TITULACIÓN DE LA VIVIENDA O DEL EDIFICIO.
 - B. CLÁUSULAS QUE IMPONEN AL CONSUMIDOR EL PAGO DE LA PLUSVALÍA.
 - C. CLÁUSULAS POR LAS QUE SE RESERVA AL PROFESIONAL UN PLAZO INSUFICIENTEMENTE DETERMINADO PARA ENTREGAR LA VIVIENDA, O BIEN PRÓRROGAS INJUSTIFICADAS PARA ELLO.
 - D. CLÁUSULAS QUE RESERVAN AL VENDEDOR EL DERECHO A RESOLVER EL CONTRATO DE FORMA ABUSIVA.
 - E. CLÁUSULAS QUE RESERVAN AL PROFESIONAL FACULTADES DE MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO, SIN MOTIVOS VÁLIDOS.
 - F. CLÁUSULAS QUE REPERCUTAN SOBRE EL COMPRADOR DEFECTOS O ERRORES ADMINISTRATIVOS QUE NO LE SEAN DIRECTAMENTE IMPUTABLES.

- G. CLÁUSULAS POR LA QUE SE IMPONGAN CONDICIONES NO EQUITATIVAS RESPECTO DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.
- H. CLÁUSULAS DECLARATIVAS DE HECHOS FICTICIOS.
- I. CLÁUSULAS QUE DECLARAN LA COMPRA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN COMO COMPRA DE CUERPO CIERTO.
- J. CLÁUSULAS QUE LIMITEN EL DERECHO DEL COMPRADOR A RECLAMAR POR POSIBLES DEFECTOS O VICIOS OCULTOS.
- K. CLÁUSULAS QUE IMPONEN SERVICIOS ACCESORIOS O NO SOLICITADOS.
- L. OMISIÓN DE REFERENCIAS LEGALES A LAS GARANTÍAS SOBRE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA.
- M. CLÁUSULAS QUE SUJETAN LOS POSIBLES LITIGIOS A ARBITRAJES DISTINTOS DE LOS DE CONSUMO.
- N. CLÁUSULAS QUE SUJETAN LOS POSIBLES LITIGIOS A DETERMINADOS FUEROS.
- O. CLÁUSULAS QUE LIMITEN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR A LA ELECCIÓN DE NOTARIO.

III. EL PAPEL DE LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN MATERIA DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA.

- 1. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ES UN MEDIO DE PREVENCIÓN Y EVITACIÓN DE LITIGIOS.
- 2. LIMITACIONES A LA FUERZA PREVENTIVA DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA.
 - A. EL CONTRATO PRIVADO DE ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN NO ACCEDE AL REGISTRO.
 - B. POSTURA RESTRICTIVA DE LA D.G.R.N. FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.
 - C. CARESTÍA DEL MERCADO.
- 3. REMEDIOS FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COMPRAVENTA DE VIVIENDA, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
 - A. DESBLOQUEO DE LA ACCIÓN DE LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.
 - B. PREHORIZONTALIDAD Y CRÉDITO REFACCIONARIO.
 - C. AFIANZAMIENTO DE LA REGLA DEL ART. 8 L.G.D.C.U. Y DE LOS EFECTOS DEL ART. 1 L.C.G.C.

IV. RESULTADO DEL ANÁLISIS.

- 1. CONTRATOS ANALIZADOS.
- 2. RESULTADO POR CLÁUSULAS CON POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO.

V. CONCLUSIÓN.

ANEXOS.

I. OBJETO DEL INFORME.

La compra de la vivienda es la inversión por excelencia que suelen realizar los consumidores. Este bien de consumo, ya se acceda a él en propiedad ya en alquiler, exige el esfuerzo económico más importante y, por ello, se presta a una mayor sensibilidad por todos los agentes implicados: tanto las asociaciones de consumidores y la Administración pública, como los propios consumidores. Si bien en España no existe, desde la perspectiva del consumidor, una tradición de exigencia y reclamación por la vulneración de los derechos de este colectivo, esta tendencia se ve alterada en el caso de la vivienda: en efecto, el elevado coste de este bien hace que la inquietud del comprador se incremente y exija o al menos se informe de todas y cada una de las obligaciones del comprador, solicitando información puntual de cuáles son éstas.

Pero al mismo tiempo que el consumidor es más exigente por la considerable cuantía económica que compromete, desde el sector empresarial también se pretende, en términos generales y a partir de la maximización de los beneficios, el compromiso de los compradores para que éstos atiendan y paguen los más conceptos o partidas posibles, o bien se coloquen en una situación jurídica que les favorezca frente a la otra parte.

Esta situación jurídica, diríamos que privilegiada, de una parte contractual se puede conseguir a través de un contrato de compraventa que privilegie los derechos de quien predisponga el contrato. Dicho documento suele venir prerredactado por la propia empresa vendedora, quien elabora un clausulado que le permite determinadas prerrogativas que se le niegan a la otra parte, el consumidor: derecho de resolución en caso de incumplimiento, modificación del precio o del inmueble, imputación de gastos que corresponden al vendedor, etc.

Estas reflexiones, lejos de pretender una generalización, vienen justificadas por la propia normativa y actuación de los poderes públicos. En cuanto a lo primero, es la propia norma base de la protección del consumidor español, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la que recoge un exhaustivo listado de cláusulas tipo que, de ser incorporadas a un contrato prerredactado con un consumidor, se entienden abusivas y por lo tanto no puestas. Precisamente, una de ellas se refiere expresamente a los gastos derivados de la compra de una vivienda que no se pueden trasladar al consumidor; en efecto, el número 22 de la disposición adicional primera de la referida Ley 26/1984 especifica que es 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 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 o su división y cancelación).» El reconociendo legal de esta situación es, sin duda, un reflejo de una realidad ya puesta de manifiesto con anterioridad.

Por otro lado, la actuación de los poderes públicos también ha sido sensible con esta práctica de inclusión de cláusulas abusivas en los contratos con los compradores de vivienda. Las Administraciones territoriales, locales, autonómicas y estatal, han realizado proyectos dirigidos a la protección del consumidor-comprador de vivienda; sin necesidad de enumerar aquí dichos proyectos (lo que por otra parte resultaría imposible), resaltaremos la que sin duda ha sido la actuación más significativa a los efectos del presente proyecto, como lo fue la elaboración de un modelo de contrato de compraventa de vivienda por parte del Instituto Nacional del Consumo, en colaboración y con el acuerdo de la Asociación de Promotores Constructores de España.

Entrando ya en los detalles del presente informe, se enmarca en un proyecto subvencionado por el Instituto Nacional del Consumo-Ministerio de Sanidad y Consumo, dentro de sus programas prioritarios, y viene a estructurarse en dos grandes bloques; el primero de ellos recoge el régimen legal de las condiciones generales y las cláusulas abusivas, redactado a par-

tir de los contenidos elaborados para el Libro de Vivienda, proyecto también subvencionado por el Instituto Nacional del Consumo en el año 2002, con las correspondientes ampliaciones, adaptaciones y actualizaciones normativas y jurisprudenciales. Y un segundo bloque que recoge el objeto principal del informe: examinar las condiciones generales de un grupo de contratos de compraventa de vivienda y extraer las conclusiones sobre las cláusulas abusivas que los mismos puedan incluir.

La consideración de determinadas cláusulas como abusivas se ha realizado a partir de rigurosos requisitos de legalidad y resoluciones de los Tribunales de Justicia a este respecto, incluyéndose un elenco de cláusulas tipo que han venido a ser excluidas de su aplicación por disposición expresa de la Ley o por interpretación de la misma.

Con la publicación de este informe se pretende incrementar la protección del consumidor en cuanto comprador de vivienda, tanto a través de la mayor sensibilización por la materia (en el sector público y privado) como de la formación de los agentes que intervienen en este proceso: los propios consumidores, asociaciones, oficinas públicas de atención al consumidor, etc. Por ello se ha publicado un folleto que se incorpora como anexo, y por ello C.E.C.U. invita a la suma de esfuerzos para conseguir un mercado más equilibrado, donde los derechos de los consumidores queden plenamente reconocidos y preservados.

II. APROXIMACIÓN A LA MATERIA.

1. Regulación legal.

Las condiciones generales son clausulados que las empresas incorporan a sus contratos de compraventa o de prestación de servicios. Su uso no es en sí pernicioso o negativo, pues sirven para determinar las obligaciones de las partes en relaciones jurídicas especialmente complejas: contratos financieros, pólizas de seguro, suministros domiciliarios, etc.; así como para agilizar las relaciones del tráfico mercantil. Pero sí es cierto que se vienen utilizando para una finalidad perniciosa, limitando (más que delimitando) los derechos de las partes en perjuicio de una de ellas, precisamente la que se adhiere a dicho contrato, predispuesto por la empresa que ofrece sus productos o servicios en el mercado.

Por este uso abusivo, el movimiento de protección del consumidor ha sido sensible a esta merma de derechos de este colectivo, tendiendo a la regulación del uso y contenido de las condiciones generales de cara a que éstas disfruten de un contenido equitativo y una forma clara y legible. Las empresas, hasta entonces, se venían amparando en el artículo 1.255 del Código civil, según el cual «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.»

Con base en este precepto, se justificaba cualquier contenido de una condición general bajo el argumento de que las partes habían aceptado libremente dicho contrato, y que por tanto no podían sustraerse de su cumplimiento. Sin embargo, lo cierto es que el consumidor, como regla, no leía dichas condiciones (imaginémonos una situación tal en la que todos los clientes de un stand de tarjetas bancarias de un centro comercial leyeran los contratos que se les dan a firmar, preguntando sus dudas y discutiendo las cláusulas que les perjudicasen), y en ocasiones su lectura, cuando el tamaño de la letra lo hiciera posible, tampoco sería comprendida en su integridad ni sus consecuencias, y ello tanto por la forma en que suelen estar redactadas estas cláusulas como por la materia habitualmente compleja que suelen tratar. En definitiva, el consumidor firmaba dichas condiciones generales porque deseaba el producto o servicio principal: la casa, la tarjeta bancaria, el seguro, la luz, el gas, el transporte público, etc. y si no suscribía dicho clausulado se veía imposibilitado de disfrutar de dicho servicio o producto, en ocasiones esencial o de primera necesidad.

La primera regulación de las condiciones generales se incluyó en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 10 ya recogía una serie de requisitos que debían cumplir las condiciones generales de los contratos que se formalizaran con los consumidores. Posteriormente, fue la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la que obligó a los Estados miembros de la Unión Europea a incorporar a su derecho interno, antes del 31 de diciembre de 1994, una serie de disposiciones tendentes a aproximar la normativa nacional en materia de cláusulas abusivas y contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

Si bien no directamente relacionado con las condiciones generales de los contratos, antes de la transposición de esta Directiva se dictó en España un importante desarrollo reglamentario de la Ley 26/1984 en lo relativo a la vivienda; en efecto, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas vino a impulsar definitivamente la protección del consumidor en cuanto comprador de vivienda. Y dicho impulso vino no sólo en lo relativo a las obligaciones de información del vendedor de la vivienda, sino también introdujo medidas de protección para los contratos que de compraventa:

«Art. 10. Los documentos contractuales de compra-venta o arrendamiento de viviendas deberán ir redactados con la debida claridad y sencillez, sin referencia o remisión a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato.

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

A) 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 faculten al vendedor a incrementar el precio aplazado durante la vigencia del contrato.

B) 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. A tales efectos:

1. Las reformas de obra motivadas en causas diligentemente no previsibles en el momento de la aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que hayan de originar modificación del precio estipulado, serán previamente comunicadas a los adquirentes quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca.

2. Las reformas que propongan los adquirentes serán asimismo objeto de formalización documental que contendrá sucinta descripción de su contenido y concretas repercusiones que deriven en el precio y plazo de entrega que hubiesen sido pactados.

C) Supongan la repercusión al comprador o arrendatario de fallos, defectos o errores administrativos o bancarios que no les sean directamente imputables.

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)».

El siguiente paso legislativo en materia de condiciones generales fue dado, como se dijo, con la transposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993; esta Directiva fue incorporada a la normativa española a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, la cual y a lo que a nosotros principalmente nos afecta, modificó

la regulación de la Ley 26/1984 en lo relativo a dichas instituciones: cláusulas abusivas y condiciones generales. Desde entonces la regulación de las condiciones generales de la contratación con los consumidores se ha mantenido invariada, constituyendo su eje central los preceptos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, modificados por la Ley 7/1998.

Esta regulación tiene su base en los artículos 10, 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984. El artículo 10 se refiere a las condiciones generales, mientras que el 10 bis se centra en las cláusulas abusivas; la disposición adicional, por su parte, proporciona un elenco de cláusulas tipo cuya inclusión en un contrato implica que dicha cláusula pueda ser considerada abusiva. Como este régimen legal, junto con el artículo 10 ya transcrito del Real Decreto 515/1989, es esencial para el estudio de los contratos de compra de vivienda, procede una aproximación a la normativa vigente en materia de condiciones generales y cláusulas abusivas.

2. Las condiciones generales de la contratación.

Legalmente, las condiciones generales de la contratación son 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.

Esta definición recogida en el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, hace referencia a aquella parte de los contratos que suelen firmarse con las empresas, que ya vienen impresos en los propios documentos que se proporcionan y sobre los cuales, sobre su contenido, poco o nada puede influir el consumidor. Estas cláusulas, llamadas condiciones generales (de los contratos o de la contratación, se añade), son en realidad una forma de completar el régimen o las condiciones de la venta o del servicio que se ha contratado; no puede afirmarse que sean perjudiciales, pues definen con mayor o menor precisión las obligaciones de cada parte, los detalles que no suelen ser tenidos en cuenta en el momento de la compra. Imaginemos que en la contratación de un seguro cada asegurado discutiese individualmente todas y cada una de las condiciones del aseguramiento, desde el precio, pasando por la limitación del riesgo, causas de exclusión de responsabilidad, contingencias, coberturas, límites cuantitativos, etc. Y es que cuando se desea adquirir un producto o contratar un servicio, es lo habitual que el consumidor se fije en los elementos más esenciales: el objeto en concreto de que se trate y el precio que por él se paga, quedando el resto de condiciones en un plano más secundario: gastos, devoluciones, garantías, documentos adicionales, etc. Lo mismo sucede con los servicios, en los que los condicionados generales suelen ser mucho más detallados (pensemos en los proporcionados por las entidades financieras o aseguradoras). Decíamos que esta práctica en sí misma no es perjudicial, pues además de posibilitar una mayor agilidad en la contratación en masa, proporciona importantes dosis de seguridad jurídica, siempre que no se cometan abusos incluyendo cláusulas sorpresivas o sorprendentes, abusivas, no equilibradas, contrarias a la buena fe, opacas, etc., con el resultado de definir unos marcos contractuales especialmente perjudiciales para una de las partes, generalmente el consumidor, aprovechando el más que seguro desinterés de la parte adherente, su mayor inclinación a analizar otras circunstancias (las ya dichas: objeto y precio), su desconocimiento de los derechos sustantivos que le amparan, sus limitaciones económicas para emprender un proceso o su impericia sobre las fórmulas de reclamación más apropiadas.

Además, aunque el predisponente pretenda impugnar el contenido de ese condicionado, se encontraría con severas dificultades, tanto en el plano formal como en el material. En cuanto a lo primero, porque sería realmente insólito entrar en discusiones con el empleado de la empresa sobre un detalle de las condiciones preimpresas sobre el que exista alguna disconfor-

midad, mientras otros clientes esperan ser atendidos; además, son textos prerredactados que formalmente no admiten variaciones, salvo en las condiciones particulares. En cuanto al fondo, porque se trata de textos estudiados por las asesorías empresariales y sobre los cuales una alteración requeriría nuevos estudios incompatibles con la agilidad mercantil; por otro lado, sería una difícil situación para mantener por cualquier empresa, dado que cada cliente podría llegar a tener unas condiciones generales distintas (circunstancia que, por lo demás, las haría dejar de ser condiciones generales).

Considerando, en síntesis, que es una de las partes la que impone unas condiciones y que la otra parte no tiene más remedio que aceptarlas o desistir de la compra o del servicio, se deduce una situación de inferioridad de la parte que se adhiere a esas condiciones.

Por todo ello, la Ley establece unos requisitos para la validez de estas condiciones generales, requisitos que afectan tanto a la forma en que las mismas se presentan como a su propio contenido, si bien esta última parcela, el control de las condiciones del contrato, tiene una incidencia mucho más intensa cuando se trata de contratos con los consumidores. A continuación, se examinan las exigencias formales y de fondo.

A. Examen de la forma para la validez de las condiciones generales. Los requisitos formales de las condiciones generales pueden plantearse bajo una doble perspectiva, según que estemos ante los requisitos para que esas cláusulas queden válidamente incorporadas al contrato (sentido positivo), o ante circunstancias que las hagan quedar excluidas del mismo.

En un sentido positivo, identificamos las siguientes formalidades:

- Es necesario que el adherente acepte la incorporación de las condiciones generales al contrato, y que el mismo se firme por todos los contratantes. Se entiende que no ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. Cabe la posibilidad de que el contrato no se formalice por escrito, apareciendo entonces una dificultad añadida al hecho de que el adherente acepte la inclusión de las condiciones generales; en estos casos, se exige (artículo 5.3 de la Ley 7/1998) que las condiciones generales se anuncien en un lugar visible dentro del local en que se celebre el negocio, que se entreguen en el momento de celebrar el contrato o que, de cualquier otra forma, se garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la firma.

- El uso de condiciones generales exige (artículo 10.1.b de la Ley 26/1984), además, que se entregue, salvo renuncia expresa del interesado, un recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado.

- La redacción de las cláusulas deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvío 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.

Y en una vertiente negativa, quedan excluidas de los contratos las siguientes condiciones generales:

- Las que el adherente no haya tenido oportunidad de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato.

- Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

B. Examen del contenido para la validez de las condiciones generales. Las condiciones generales, para que sean válidas, no sólo han de revestir esos determinados formalismos, sino que incluso los derechos que reconozcan y las obligaciones que impongan han de respetar unos mínimos legales. Este control del contenido de las condiciones de un contrato es en buena medida un contrapunto al principio general establecido en el artículo 1.255 del Código civil, que recordemos permitía a las partes «establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». Sobre la base de este precepto decimonónico se ha sustentado el principio de la autonomía de la voluntad, entendida como la posibilidad que tienen las partes de obligarse a su criterio, sin más límite que los establecidos en las leyes y el orden público. Sin embargo y sin entrar a considerar la validez de esta máxima en el siglo XIX, lo cierto es que aquellos pactos y la forma en que se convienen son muy distintos al sistema actual, donde la oferta supera a la demanda y la contratación en masa es la forma primordial de relación que tiene el consumidor con las empresas.

El principal control que se realiza del contenido de las condiciones generales se articula a través de las cláusulas abusivas; para calificar a una cláusula como tal, la Ley utiliza dos sistemas de análisis:

- Uno de carácter genérico (artículo 10 bis de la Ley 26/1984), exigiendo que todas las cláusulas respeten la buena fe y el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de las cláusulas abusivas. Se definen las cláusulas abusivas como las estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes; la carga de probar que una cláusula sí fue negociada individualmente recae sobre la empresa o profesional.

- El segundo sistema se basa en una enumeración de estipulaciones que en todo caso son consideradas como abusivas (disposición adicional primera de la Ley 26/1984). Se trata de un listado ejemplificativo, por lo que no sólo se considerarán abusivas (en todo caso) las 29 cláusulas del listado, sino que también lo serán todas las que, sin estar negociadas individualmente, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, conforme al requisito general ya explicado.

3. Las cláusulas abusivas.

Hasta ahora se han analizado cuáles son los requisitos para que las condiciones generales se entiendan válidamente incorporadas a los contratos, así como los principios que su contenido debe respetar. Pero, en caso de que por cualquier motivo se incluyan, es preciso saber cuál es la respuesta del ordenamiento jurídico, cuál es la consecuencia prevista en la ley.

Tanto si no concurren los requisitos de forma como si la cláusula es considerada abusiva, la consecuencia es la inaplicabilidad de la misma; así, si no se respetan los requisitos de forma, las condiciones generales no quedarán incorporadas al contrato, siendo por tanto ineficaces. Y si no respetan los requisitos de fondo o de contenido (esto es, son contrarias a la buena fe y causan desequilibrio en las contraprestaciones de las partes), serían declaradas abusivas y devienen en cláusulas nulas, teniéndose por no puestas.

En estos supuestos en los que se declara la inaplicabilidad al contrato de parte de sus condiciones, cabe plantearse si el contrato sigue vigente, y en su caso en qué medida. Para esta pregunta, el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984 señala que la no incorporación al contrato de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las

mismas, no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas. En este caso, el Juez «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 o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato».

Como a continuación se explicarán las cláusulas abusivas más usuales en la compra de vivienda, se analizará entonces el régimen aplicable a los contenidos que se señalen como abusivos.

Además de esta consecuencia civil o contractual, el uso de cláusulas abusivas en contratos con los consumidores deriva en el cumplimiento de infracciones administrativas, pudiendo tal acción ser sancionada. Para ello, la mayoría de las Comunidades Autónomas disponen de una regulación que recoge sus propios cuadros de infracciones y sanciones, siendo lo normal que se prevea como infracción el incluir cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores; la determinación de la abusividad de una cláusula (esto es, si es o no contraria a la buena fe) se realizará conforme al régimen explicado, siendo ésta una materia vetada a las Comunidades Autónomas, que disfrutan de competencia para la inspección, instrucción del procedimiento y la imposición de la correspondiente sanción. En el caso de la Administración del Estado, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios señala (artículo 34.9), considera infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios «la introducción de cláusulas abusivas en los contratos».

4. El uso de condiciones generales en la compra de vivienda.

Se tratará ahora el uso de las condiciones generales en el acceso a la vivienda, y sólo a efectos de compra de vivienda (excluyendo el régimen de alquiler y otros contratos conexos, como el préstamo hipotecario para su pago, el seguro de hogar u otros).

En términos generales, los documentos contractuales de compraventa de viviendas deberán ir redactados con la debida claridad y sencillez, sin referencia o remisión a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato. Igualmente, deberán responder a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones.

Adicionalmente y según previene el artículo 5.1.4 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, entre la documentación que debe tener a disposición del público aquél empresario que promocióne viviendas para su venta, se encuentra la forma en que tenga previsto documentar el contrato, con sus condiciones generales y especiales, entre las que constará de forma especialmente legible las siguientes circunstancias:

- a. Que el consumidor no soportará los gastos derivados de la titulación que correspondan legalmente al vendedor.
- b. Los artículos 1.280.1 y 1.279 del código civil, referidos a la intervención del Notario en la transmisión de la propiedad.
- c. El derecho a la elección de Notario que corresponde al consumidor, sin que éste pueda imponer Notario que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio.

Este mismo Reglamento, en su artículo 10, tiene una importante regulación sobre cómo deben ser los contratos de compraventa de vivienda, los cuales podemos resumir de la siguiente forma:

REQUISITOS	<ul style="list-style-type: none"> – Redacción clara y sencilla. – Respeto a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones. – En caso de modificaciones en la ejecución de la obra por causas no previsibles, se comunicará previamente a los adquirentes, quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que ello implique. – En caso de que el adquirente solicite una reforma, se dejará constancia documental describiendo el contenido de dicha reforma y sus repercusiones económicas y sobre el plazo de entrega.
PROHIBICIONES	<ul style="list-style-type: none"> – Remisión a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato. – Omitir o no reflejar con claridad, en caso de pago diferido, la cantidad aplazada, el tipo de interés anual y las condiciones de amortización. – Uso de cláusulas que faculten al vendedor a incrementar el precio aplazado durante la vigencia del contrato. – Incremento de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales que puedan aceptarse libremente por el comprador. – Repercusión al comprador de fallos, defectos o errores administrativos o bancarios que no les sean directamente imputables. – Imposición de gastos derivados de la preparación de la titulación que por Ley o por naturaleza correspondan al vendedor.

Adicionalmente a lo anterior, si en la compra de la vivienda se produce la entrega de cantidades a cuenta, además de entregarse al consumidor el documento que acredite que dichas cantidades están garantizadas, el contrato debe indicar expresamente (artículo 2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio):

- Que el cedente se obliga a la devolución al cesionario de las cantidades percibidas a cuenta más el 6 por 100 de interés anual en caso 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.
- Referencia al aval o contrato de seguro, con indicación de la Entidad avalista o aseguradora.
- Designación de la Entidad Bancaria o Caja de Ahorros y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer la entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado.

Lo habitual es que la compra de vivienda nueva se haga con anterioridad a la construcción de la misma; por ello, el procedimiento en estos casos consiste en la firma de un contrato privado que regirá las relaciones de las partes hasta la terminación de la vivienda y su entrega al comprador. En este momento, cuando se entregan las llaves del inmueble, se suscribirá un nuevo contrato de compraventa ante notario, cuyo clausulado es menos detallado (se centra básicamente en la transmisión de la propiedad). Sin embargo, en la medida en que pueden sur-

gir discrepancias derivadas de hechos producidos durante los meses anteriores a la compra de la vivienda (por ejemplo, variaciones en la vivienda respecto del proyecto) el primer contrato podrá ser utilizado por el comprador para alegar lo que le convenga, sobre la base de ese contrato o cualquier otro documento entregado por el vendedor y cuyos términos le beneficien en su pretensión.

En alguna ocasión se ha planteado que, una vez suscrito el contrato ante el Notario, se alegue que es éste el que tiene plena validez quedando anulado el anterior suscrito al inicio de la construcción. Se aborda este problema en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 de julio de 2000, donde se señala que «tampoco tiene relevancia especial que el contrato se instrumentara posteriormente en la escritura pública [...] pues es obvio que la escritura en modo alguno elimina la situación jurídica anterior como si no hubiese existido, desde el momento en que no hay ninguna prueba de que fuera intención de los contratantes novar el contrato en cuanto a las obligaciones contraídas con anterioridad pendientes de cumplimiento, pues nada se dijo en la escritura».

Sí es importante señalar en este momento que en materia de compra de vivienda, a pesar de tratarse de un bien con un coste más que excepcional, también se generan los habituales desequilibrios producidos con las condiciones generales. Y ello porque el comprador no tiene opción sobre su aceptación, total o parcial, de dichas condiciones o para alterar su contenido: ha de firmar el contrato de compraventa, si es que desea la vivienda, independientemente que esté o no conforme con las condiciones de que se trate. Es más o menos habitual, por otro lado, que existan listas de espera de compradores que fomenten la búsqueda por parte del vendedor de consumidores menos beligerantes, evitando situaciones de conflicto.

5. Las cláusulas abusivas más habituales.

Es imposible sistematizar o enumerar las posibles cláusulas abusivas que se pueden incluir en un contrato, y ello por la propia naturaleza humana implícita en la redacción de cualquier documento. Esta dificultad sistematizadora se ha plasmado incluso en la redacción de la lista negra de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, al habersele criticado que, precisamente, el listado es un conjunto de disposiciones generales.

No obstante y teniendo en cuenta el sector al que este informe se refiere, este informe pretende enumerar las cláusulas abusivas que con mayor frecuencia se vienen incluyendo en los contratos con los consumidores, consideración que se realiza teniendo en cuenta tanto las disposiciones legales como la jurisprudencia que ha tenido ocasión de publicarse.

A. Cláusulas que imponen al consumidor los gastos de titulación de la vivienda o del edificio. Son múltiples los gastos de preparación escrituraria que exige la construcción y transmisión de un edificio en régimen de propiedad horizontal: compra de los terrenos, licencias administrativas (obra, primera ocupación), declaración de obra nueva, constitución y división de la comunidad de propietarios, formalización del préstamo hipotecario y posterior transmisión de las viviendas individuales, etc., todo ello con las correspondientes inscripciones registrales y liquidaciones de impuestos. Así las cosas, el número 22 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, dispone que es abusiva la cláusula por la que se impongan «al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, 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 o su división y cancelación)». El Código civil, por su parte, dispone que los gastos de otorgamiento de escrituras serán de cuenta del vendedor, y los de primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en con-

trario (artículo 1.455). En estos casos la problemática que se genera es la siguiente: el constructor, como no es una entidad financiera, no suele disponer del dinero necesario para costear la construcción; por ello, además de los anticipos que le entregan los compradores mientras dura la construcción, también procede a hipotecar los terrenos con la construcción futura, de forma tal que se disponga de solvencia para hacer frente a los gastos que la misma origina; por eso hipoteca el inmueble antes de construirlo, repartiendo el importe del préstamo entre las futuras viviendas. Como el comprador tampoco tiene (como regla) dinero suficiente para pagar al contado la vivienda, tiene la opción de subrogarse en la hipoteca ya formalizada por el constructor. Sin embargo, el incremento de la competencia en el sector financiero ha derivado en situaciones en las que el comprador consigue una oferta financiera mejor que la ya formalizada por el constructor, cuestionándose entonces quién haya de cargar con el coste de los cambios de entidad financiera. De ahí la ya repetida dicción del Real Decreto 515/1989 y la Ley 26/1984, sobre la abusividad de las cláusulas que impongan al consumidor, en la primera venta de viviendas, los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor, ejemplificando la obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación.

Para finalizar esta reseña legislativa, añadiremos que el Proyecto de Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, con fecha de presentación en el Congreso de 24 de marzo de 2006, modifica el número 22 de su disposición adicional primera, previendo que sea abusiva «la estipulación que obligue al comprador a subrogarse en la hipoteca del constructor/promotor de la vivienda o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación».

El Tribunal Supremo, a este respecto y a través de su Sentencia de 2 de febrero de 1999, determinó que no era correcta la imputación de gastos hipotecarios que se realizó en el litigio que resolvía, pues, aunque reconocía procedentes los pagos por los compradores de la amortización del crédito por existir subrogación, «es anómalo que se les repercutan los gastos de constitución de la hipoteca (el dinero lo recibe el promotor y con él puede financiar la construcción de la obra) y de la división de la misma. También esta distribución hipotecaria al que favorece es al constructor, porque si no realizara la fragmentación de la hipoteca cada piso respondería (con hipoteca solidaria) de la totalidad de la suma prestada a los promotores (unos ochenta millones de pesetas) lo que haría disuasoria la compra de unos apartamentos que soportaban un gravamen elefantiásico. Por ello no es correcto (como se hecho en los contratos que analizamos) desviar hacia el consumidor final unas impensas que gravitan directamente sobre el empresario.» En idéntico sentido se posiciona la Sentencia de este mismo Tribunal de 1 de junio de 2000.

A nivel de Audiencia Provincial y en la misma línea respecto de los gastos de cancelación hipotecaria, resuelve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de septiembre de 2005, de Las Palmas de 6 de junio de 2005, de Alicante de 18 de enero de 2005, de Tarragona de 22 de enero de 2004, de Las Palmas de 15 de noviembre de 2004 (en un contrato que además incluía los gastos notariales, registrales y de gestoría derivados de la cancelación), de Valencia de 23 de junio de 2003, de Alicante de 9 de enero de 2002, de León de 11 de enero de 2001, de Asturias de 8 de marzo de 1999, de A Coruña de 15 de octubre de 1999 (con cita de las de Madrid de 8 de noviembre de 1993 y 9 de diciembre de 1993, y de la Audiencia Provincial de Asturias de 5 de marzo de 1999), o la de Navarra de 27 de julio de 1998. A nivel de Juzgados de Primera Instancia son múltiples los pronunciamientos dictados en favor del consumidor, sirviendo como ejemplo la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Torreveja de 26 de julio de 2006.

En sentido contrario a las anteriores y obligando al pago de la cancelación, se postula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 1998, aunque en el caso concreto parece que no podía hablarse de una condición general, pues se trataba de un

anexo pactado a título particular por los compradores. También en este mismo sentido se manifiesta la de la Audiencia de Cáceres de 18 de diciembre de 1995, si bien la formalización de la hipoteca se hizo por encargo de los compradores y quedó claro que la misma no se concertó para financiar la construcción, dado que se realizó tres meses antes de terminada la misma, y además por cantidad superior a la que quedaba por pagar al vendedor. Obligando a aceptar la subrogación que imponía el contrato se posiciona la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 6 de mayo de 2003.

Pero dentro de esta traslación al consumidor de gastos prohibidos por la ley no se encuentran sólo los gastos de cancelación hipotecaria (aunque en efecto sean los más habituales), sino que encontramos otros ejemplos dentro de la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales:

– Gastos de constitución de la hipoteca por parte del promotor/constructor: al igual que sucede con la cancelación de dicha hipoteca, trasladar al consumidor los gastos de su constitución es una práctica abusiva, sancionada por el número 22 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, y numerosa jurisprudencia de Audiencias Provinciales (de Madrid de 1 de julio de 2004; de 10 de mayo, 28 de abril y 18 de diciembre de 2003; de 14 de enero, 23 de febrero, 4 de noviembre y 15 de diciembre de 2002; de 2 de febrero y 10 de abril de 2001), e incluso del Tribunal Supremo (Sentencias de 24 de julio de 2002 y 1 de junio de 2000).

– Gastos de acometidas. Alguna resolución ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el traslado al consumidor de gastos por acometidas o enganches de servicios o suministros, como el gas, la electricidad o el agua. Respecto de este último caso, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de septiembre de 2005 resuelve, sobre una cláusula que imputaba al comprador de vivienda los gastos de «enganche para el suministro de agua y a la red de alcantarillado», señalando que «en efecto, establecido lo que es la tasa por acometida y enganche, fácil se comprende que sean de cuenta del vendedor de la vivienda en cuanto constituyen un elemento necesario para que ésta goce de las condiciones adecuadas de habitabilidad. Si lo contratado es la entrega por precio de una vivienda en adecuadas condiciones de habitabilidad y uso a los fines de constituir en ella su residencia persona o personas, llano es que ésta debe reunir todas las condiciones tanto físicas, arquitectónicas como administrativas y fiscales para que así sea, de suerte que al venir a su ocupación pueda disfrutar el sujeto de servicios tan básicos y necesarios como son los del agua y alcantarillado mediante su contratación.» Concluye esta resolución señalando que «la tasa correspondiente a tales conexiones de cada vivienda, corresponde abonarla al promotor y vendedor de la edificación, en la medida en que constituye un requisito necesario para que cada una de aquéllas pueda disfrutar de los servicios de suministro de agua y saneamiento». En términos equivalentes (aunque más generales y menos desarrollados) se posiciona la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 4 de octubre de 2005, cuyo extracto transcribimos a continuación: «CUARTO: la cláusula 10 párrafo tercero del contrato litigioso cuya nulidad se impetraba en la demanda y se declara en la resolución recurrida establece: “Serán de cargo del adquirente la parte proporcional de las acometidas del edificio, altas de alumbrado, fuerza, agua etc, e incluso contadores de la vivienda objeto de este contrato”. Debe decirse que la D.A. 1.ª.I.7 de la ley antes mencionada establece que se considera cláusula abusiva la facultad de aumentar el precio final del bien al momento de la entrega, sin que existan razones objetivas, y ha de decirse que las acometidas del edificio y las altas que contempla la cláusula discutida forma parte inseparable del propio edificio, no vislumbrando esta Sala posibilidad de que se entregue una vivienda sin tales servicios por lo que ha de entenderse que la cláusula es abusiva y en consecuencia nula de pleno derecho. Los efectos de tal declaración se concretan para el vendedor en la devolución de las cantidades cobradas por tal concepto. Hemos de reseñar que a la fecha de conclusión de este informe (diciembre de 2005), se encuentra en fase de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley de

Mejoras de la Protección de los Consumidores y Usuarios, el cual prevé una modificación del número 22 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, para que conste como abusiva «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».

– Gastos de declaración de obra nueva y constitución de la propiedad horizontal: por este concepto se pretende trasladar al consumidor el gasto de escrituración del edificio como obra nueva y los correlativos a la constitución de la propiedad horizontal que funcionará una vez vendidas las viviendas. A este respecto, la referida disposición adicional primera de la Ley 26/1984 (en su número 22) también entiende que este tipo de cláusulas tienen carácter abusivo, por lo que procede su nulidad y consecuente inaplicación. Sobre este extremo han tenido ocasión de posicionarse las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de abril de 2001 y 14 de enero de 2002, y de Murcia de 26 de abril de 1995

– Intereses por préstamos formalizados por el constructor desde la formalización del préstamo hipotecario hasta el otorgamiento de la escritura de compraventa: se trata de un supuesto en el que el vendedor de la vivienda no construida hace soportar al consumidor comprador no ya los gastos de constitución o cancelación de hipoteca, sino los intereses generados por el préstamo del dinero necesario para la financiación, auténtico gasto financiero que se encuentra dentro del exclusivo ámbito interno de la empresa vendedora. Como es una práctica abusiva, el número 22 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984 prohíbe la inclusión de cláusulas que repercutan al consumidor los gastos de hipotecas para construcción de la vivienda antes de su entrega o escritura de compraventa. En aplicación de esta regla [o de su anterior redacción del artículo 10.1.c).11], se dictan las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria de 4 de octubre de 2005 y de Murcia de 26 de abril de 1995.

En cuanto al pago de los gastos de otorgamiento de la escritura de compraventa, vimos que el Código civil, salvo pacto en contrario, los imputa al vendedor; pues bien, es habitual que se haga correr a la parte compradora con todos los gastos de la compraventa. La jurisprudencia confirma esta posibilidad, si bien la doctrina, ante cierta falta de rigor legislativo, sostiene que la buena fe requerida en la redacción de las condiciones generales se identifica con el derecho dispositivo, supuesto modelo de justicia en defecto de pacto cuando éste se permite. Así las cosas y considerando que la norma dispositiva del Código civil relativa a los gastos de la compraventa los imputa al vendedor, esta cláusula y bajo el prisma doctrinal reseñado (que identifica buena fe con derecho dispositivo), sería abusiva.

B. Cláusulas que imponen al consumidor el pago de la plusvalía. La plusvalía, término por el que comúnmente se conoce al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, es un tributo que grava el incremento de valor que experimentan dichos terrenos y se pone de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título, o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos. Por la propia naturaleza del impuesto, corresponde su pago, en las transmisiones de terrenos, al transmitente del mismo, pues es quien se ha beneficiado del incremento de su valor (plusvalía) por el mero paso del tiempo. Sin embargo, ocurre con frecuencia que sea el vendedor del terreno, auténtico obligado al pago (artículo 106.1.b del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales), el que imponga, a través de los condicionados generales, que sea el comprador quien satisfaga el importe de este impuesto.

La sanción a la legalidad de esta cláusula no se encuentra en el tipo de cláusulas tratadas en el punto anterior (cláusulas que imponen al consumidor los gastos de titulación de la vivienda o del edificio), dado que en puridad no es un gasto de titulación, sino en la definición de cláusula

abusiva, al ser una condición contraria a las exigencias de la buena fe, perjudicando al consumidor y causando un desequilibrio importante en las contraprestaciones de las partes; y esta circunstancia se da si no a nivel individual respecto de cada contrato, sí en términos globales al ser cláusulas impuestas en todos los contratos de cada venta de viviendas de la promoción o fase de que se trate, en cuyo caso en efecto genera un desequilibrio en los derechos del vendedor, por evidente exceso y en contra de la naturaleza del propio impuesto. De forma añadida, considerando la doctrina que identifica el respeto a la buena fe en la redacción de las condiciones generales con el respeto a las normas de derecho dispositivo, se concluiría que la imputación de la plusvalía al comprador sería abusiva, pues la norma tributaria la impone al vendedor.

Adicionalmente, debe significarse que el legislador, consciente de esta insuficiencia legislativa para evitar estas situaciones, viene tramitando la citada propuesta de modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para que esta práctica quede expresamente prohibida. Así, este Proyecto de Ley de Mejoras de la Protección de los Consumidores y Usuarios, con fecha de presentación 24 de marzo de 2006, modifica el número 22 de su disposición adicional primera para que se considere abusiva «la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el vendedor».

La línea jurisprudencial seguida hasta la fecha no es unánime, si bien es cierto que se genera una importante casuística en la forma de celebración de los contratos. Se analizarán las dos líneas principales de posicionamiento, una en contra y la otra a favor de la validez de la cláusula.

Por un lado, existen sentencias de Audiencias Provinciales que claramente se decantan por eximir del pago de este impuesto al comprador, cuando el mismo viniera impuesto en las condiciones generales del contrato de compra. La más reciente que viene a sostener el carácter abusivo de esta cláusula es la de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de febrero de 2005; por su interés, transcribimos su tercer fundamento de derecho:

«TERCERO. Igual suerte estimatoria merece el recurso interpuesto por la parte actora. La cláusula en cuya virtud se repercute el impuesto sobre el incremento de valor de los bienes de naturaleza urbana y los gastos de gestión del mismo se contiene en un contrato tipo redactado unilateralmente por la demandada que es una empresa que se dedica a la promoción de viviendas y al que el consumidor que adquiere una de ellas se limita a adherirse, sin tener capacidad para negociar el contenido de dicho contrato que le viene impuesto por la promotora. Por tanto a dicho contrato le es aplicable la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que en su artículo 8 declara nulas de pleno derecho las condiciones generales abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, como ocurre en el caso de autos puesto que la parte actora era la destinataria final de la vivienda, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primero de la Ley 26/1984.

El artículo 10 bis citado considera abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Como ya tuvo ocasión de decir esta misma Sala en la reciente sentencia de 10 de enero de 1995, Rollo núm. 105/2005, con respecto a una cláusula similar, obligar al consumidor al pago de un impuesto cuyo sujeto pasivo es el comprador produce un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes pues se trata de una imposición que carece de toda contraprestación. Efectivamente el vendedor es el sujeto pasivo del impuesto en cuanto beneficiario de la revalorización del precio del suelo, pero sin embargo pretende que sea el comprador que ningún beneficio obtiene con esa revalorización el que cargue con la obligación tributaria.

Es decir, que se obliga al consumidor destinatario de la vivienda a realizar el pago de un impuesto que grava al vendedor sin que esta prestación que se impone tenga contrapartida

alguna en el contrato de compraventa. En resumen, puesto que la cláusula no ha sido negociada individualizadamente, sino que fue impuesta por el vendedor al comprador, perjudica notoriamente al mismo, desequilibra los derechos y obligaciones de las partes y no respeta la buena fe contractual, ha de reputarse abusiva y de acuerdo con los preceptos citados nula de pleno derecho, estimándose en este punto el recurso de la parte actora y revocando la sentencia en el sentido de condenar a la demandada a que reintegre a dicha parte la cantidad de 2.017,82 € que abonó en concepto de impuesto de plusvalía y gastos de gestión del mismo, más el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda, el cual se incrementará en dos puntos desde la fecha de esta sentencia, todo ello de acuerdo con los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Existen otras resoluciones que también han confirmado que la imposición de la plusvalía es una práctica abusiva: Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 15 de octubre de 1999 y de Palencia de 4 de abril de 1998 (de idéntico sentido a la de 4 de noviembre de la misma audiencia y año).

Por otro lado y en el sentido contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 6 de febrero de 1997 sí confirma la validez de la cláusula, pues aunque reconoce que se impone su pago a través de una condición general (no negociada individualmente), la plusvalía no viene prevista como gasto a cargo del vendedor ni en la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ni en el Real Decreto 515/1989; además, en el caso de autos, se trataba de un importe de 70.000 ptas. sobre 12.500.000, lo que no causaba un grave desequilibrio en las contraprestaciones de las partes, como exige la ley. En idéntico sentido se postulan las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de septiembre de 2005, de Cantabria de 7 de diciembre de 2005 (entre otras muchas, pues esta misma sentencia indica que «el pleno celebrado en fecha 7 de octubre de 2005 por los Magistrados de las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial se ha unificado, por unanimidad, el criterio interpretativo de la cláusula litigiosa, en el sentido de considerar que la cláusula de repercusión al comprador de impuestos en los que el vendedor es sujeto pasivo, no es de por sí nula por abusiva»), de Palencia de 30 de junio de 2005, de Santa Cruz de Tenerife de 3 de febrero de 2003, y de Valladolid de 20 y 24 de septiembre de 2001.

En cualquier caso, la cláusula por la que se imponga a los compradores el pago de la plusvalía ha de estar redactada con claridad, sin dejar dudas sobre su sentido. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de febrero de 2001 excluye que una cláusula genérica (del tipo «los gastos e impuestos que ocasione esta escritura, y los de cancelación de la hipoteca, en su día, serán de cuenta exclusiva de la parte compradora») permita imputar el pago de este impuesto a los compradores.

C. Cláusulas por las que se reserva al profesional un plazo insuficientemente determinado para entregar la vivienda, o bien prórrogas injustificadas para ello. Con justificación en la ciertamente compleja realidad del proceso de construcción, es habitual que en los contratos de compraventa de vivienda en construcción se incluyan cláusulas en las que el plazo de entrega de la vivienda no viene determinado con la suficiente concreción (semestres, trimestres, comienzos o finales de un año...), a términos en los que sólo interviene una de las partes (por ejemplo, plazos a contar desde el comienzo de la construcción) o se permiten retrasos o aplazamientos del momento de la entrega de la vivienda. La ley (apartados 1.º y 2.º de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) prohíbe la inclusión de condiciones que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida; también prohíbe que el profesional se reserve la posibilidad de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos. Esta

modificación podría ser la derivada del plazo de entrega, lo que no vendría amparado por la legislación en materia de protección del consumidor.

En cualquier caso, como lo que está en juego es determinar si existió o no causa de fuerza mayor en el retraso, habrá de estarse a la situación concreta producida para saber si se produjo tal circunstancia. Las promotoras suelen alegar todo tipo de situaciones para justificar los retrasos en la entrega que se producen, como huelgas, factores meteorológicos, antiguas cimentaciones, aparición de cables, etc. El Código civil señala como causa de exención de responsabilidad, la ocurrencia de sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables (artículo 1.105).

Esta cláusula de indeterminación de la fecha de entrega es en realidad una exoneración de la responsabilidad del promotor, pues impediría al comprador una eventual acción de reclamación por el retraso; en este sentido, el consumidor podrá exigir tanto la resolución (si se dan los requisitos ya vistos para poder resolver un contrato por incumplimiento de la otra parte) como el cumplimiento del contrato, en ambos casos añadiendo la correspondiente indemnización por daños y perjuicios (artículo 1.124 del código civil), siempre y cuando éstos fuesen debidamente probados y cuantificados.

Se señalan a continuación algunos pronunciamientos judiciales que tratan estas indemnizaciones por daños y perjuicios en el retraso:

– La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 22 de julio de 2005, reconoce pertinente una indemnización por daños y perjuicios al entregarse la vivienda en noviembre de 2003 y señalar el contrato que la entrega se realizaría «aproximadamente» en octubre de 2002.

– En idénticos términos se posiciona la Sentencia de la misma Audiencia de fecha 21 de marzo de 2005, tratándose en este caso de un retraso de 10 meses (abril de 2003) en una entrega «aproximada» para junio de 2002.

– La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 23 de junio de 1999 reconoce el pago del alquiler satisfecho por los compradores desde la fecha prevista de entrega hasta la definitiva puesta a disposición de la vivienda, confirmando la esencialidad de la fecha de entrega, así como la necesidad de acreditar la fuerza mayor y su incidencia en el incumplimiento. Estos interesantes argumentos se detallan en sus fundamentos jurídicos primero y segundo: «PRIMERO. El incumplimiento contractual de la recurrente es claro, pues el compromiso de entrega de la vivienda era a fecha antes de junio de 1998, y es lo cierto que ni en el mes de enero de 1999 la obra se había terminado, pese a que al contestar al requerimiento notarial efectuado por los actores, la representante legal de la empresa recurrente señalaba como fecha previsible de la entrega la del mes de octubre de 1998. No puede sostenerse que la fecha de entrega no fuera requisito esencial del contrato porque de haber sido así no se hubiese hecho constar expresamente, y porque los pagos aplazados del precio puestos a cargo de los actores en el contrato finalizaban precisamente en la fecha de la entrega. Los compradores han cumplido escrupulosamente hasta la fecha pactada sus obligaciones de pago, y por tanto la constructora debió haber cumplido su compromiso de entrega en la fecha señalada, sin que haya justificado qué causas ajenas a la misma se lo hubiesen impedido. Alegó como razón justificativa del retraso las adversas condiciones climatológicas, pero como única acreditación aportó un certificado de las precipitaciones en los años 1997 y 1998. Pero ninguna prueba complementaria se ha practicado para demostrar la incidencia que esas precipitaciones pudieron tener en la realización de la obra litigiosa, y es lo cierto por otra parte que desarrollándose parte de la obra en período invernal era previsible para la recurrente tener en cuenta esas incidencias en la fijación de la fecha de finalización de la obra, lo que hace suponer que cuando se estableció la fecha que se hace constar en el contrato se contemplaron esas circunstancias. De otro lado cabe señalar que en similares fechas, de marzo de 1997 a septiembre de 1998, otra empresa constructora en la misma zona realizó en menos tiempo una obra de mayor envergadura».

dura (folio 149). Todo lo expuesto conduce a considerar no acreditada la causa de fuerza mayor invocada por la recurrente para justificar su incumplimiento de no entregar la vivienda en la fecha convenida. SEGUNDO. La recurrente cuestiona también la sentencia porque entiende que pese a que hubiese existido incumplimiento no se ha generado ningún perjuicio para los actores. Es cierto que no todo incumplimiento contractual tiene por qué llevar aparejados perjuicios, pero no lo es menos que en el caso enjuiciado sí se han producido y la mejor prueba es el informe pericial obrante en autos, que la Sala comparte plenamente. No se puede decir que no se han producido perjuicios porque no haya habido duplicidad de pagos de cuotas hipotecarias y de alquileres, dado que cuando los actores se subrogaron en la hipoteca, no obtuvieron una rebaja del capital a consecuencia de los pagos efectuados en concepto de alquiler. Si la vivienda les hubiese sido entregada en las fechas señaladas es indudable que parte de las cantidades entregadas para el alquiler de la casa en que vivían se habrían podido destinar a amortizar capital, al menos en parte, lo que hubiese redundado en un incremento patrimonial que con el pago de alquileres no se ha producido, y en posibles ventajas fiscales por la adquisición de una vivienda habitual. Como señaló la parte apelada sus obligaciones hipotecarias eran las mismas cuando se subrogaron en la hipoteca, por lo que de haberse subrogado antes, es decir en la fecha de entrega pactada, se habrían evitado los desembolsos por concepto de alquileres, y en su importe es en el que queda cifrado el perjuicio como bien resuelve el Juzgador.»

– Existen múltiples sentencias relativas a este derecho del consumidor, las cuales, por su extensión y similar sentido, se citan sin más detalle ni explicación: Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 9 de mayo de 2000, de 31 de mayo de 2005 y 30 de junio de 2005 (la cual reconoce además una indemnización de 6.000 euros por daños morales, tanto por el retraso como deficiencias en la vivienda); de la Audiencia Provincial de Cantabria de 22 de abril de 1999; de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de julio de 2002; de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de noviembre de 2004; de la Audiencia Provincial de Málaga de 19 de abril de 2005 (que cifra los daños y perjuicios en el interés legal del dinero a aplicar sobre los capitales entregados) y de 15 de marzo de 2005.

Es posible que se pacte en el contrato que el consumidor o comprador renuncia a reclamar por los daños y perjuicios que una eventual demora en la entrega pueda causar. Esta cláusula se debe entender como abusiva y no puesta; el artículo 25 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios reconoce el derecho de este colectivo a ser indemnizado «por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente». Por lo tanto, establecer una cláusula por la que el consumidor renuncia a dichos daños y perjuicios debe entenderse abusiva de conformidad con los números 9 y 14 de la disposición adicional primera de la propia Ley 26/1984. En estos términos se posiciona la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de octubre de 2003.

D. Cláusulas que reservan al vendedor el derecho a resolver el contrato de forma abusiva. Ciertamente, también es habitual que se incluyan cláusulas que permitan al vendedor resolver el contrato si el comprador faltase a alguno de los pagos comprometidos mediante contrato, pero que sin embargo esta posibilidad recíproca no se concede al comprador (para el caso de que incumpliera el vendedor: en el plazo de entrega, en las calidades...), motivo por el cual la cláusula merece el reproche de nulidad previsto por la ley, al generar un desequilibrio grave de las contraprestaciones de cada parte: una, la vendedora, tiene derecho, según el contrato que ella misma redacta, a retrasarse en el cumplimiento de su obligación así como a resolver el contrato en caso de que la otra parte se retrase en el cumplimiento de las suyas; la otra, el comprador, ha de soportar que el vendedor cumpla su obligación en plazos distintos a

los convenidos, si es que éstos vienen fijados con la suficiente concreción, así como a soportar también la facultad que se reserva el vendedor de resolver el contrato con las penalizaciones que se hubieran previsto. Este último supuesto genera además, aun sin la cláusula penalizadora, un enriquecimiento adicional al vendedor, pues podrá vender nuevamente la finca a otro comprador a precios actualizados, esto es, beneficiándose de la subida de precios de que anualmente disfruta el mercado inmobiliario.

Los distintos contratos que se vienen utilizando en la práctica permiten, en estos supuestos, que el vendedor dé por resuelto el contrato reteniendo un importe determinado, que oscila entre la totalidad o un porcentaje de los pagos realizados hasta el momento en que se produzca el eventual incumplimiento. Desconociendo la necesaria reciprocidad entre las obligaciones de las partes que deben respetar las condiciones generales ex artículo 10.1.c y 10 bis.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, en caso de que la vivienda no se entregue en fecha, los contratos no suelen reconocer en favor del consumidor una indemnización equivalente, permitiéndole, en el mejor de los casos, reclamar un determinado importe por cada día de retraso o unos determinados intereses; y ello cuando el propio contrato no autoconceda a la propia vendedora un plazo de gracia o prórroga para entregar la vivienda.

Un caso exacto al que nos ocupa es resuelto en favor del consumidor por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de diciembre de 2002.

Un caso distinto pero que merece especial mención es el resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de julio de 2004, que anula una cláusula que permite al vendedor resolver unilateralmente el contrato de compraventa (sin necesidad de alegar justificación alguna) con el sólo requisito de hacerlo en los 6 meses previos a la firma del contrato e indemnizar al comprador con 3.000 euros. Según expone el Tribunal, el artículo 1.256 del Código civil impide esta práctica, pues «al comprador se le exige voluntad de comprar, pero realmente el vendedor no tiene voluntad de vender pues en el término de seis meses puede desdecirse de su compromiso [...]. Ello es abusivo y ofende la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios (art. 10 y Disposición Adicional Primera) en tanto vincula el contrato a la voluntad del profesional y le reserva facultades de interpretación o modificación unilateral sin motivos válidos especificados en el negocio, permitiéndole resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado sin reconocimiento al consumidor de la misma facultad».

E. Cláusulas que reservan al profesional facultades de modificación unilateral del contrato, sin motivos válidos. Son varios los tipos de cláusulas que podemos encontrar dentro de este grupo, pero dos los más usuales: aquéllos que permiten al vendedor modificar la fecha de entrega (ya abordado más arriba), y aquellas que conceden a éste la prerrogativa de variar el proyecto de construcción alegando motivos técnicos, jurídicos o incluso económicos o comerciales.

Primeramente diremos que es frecuente que los contratos establezcan una cláusula tipo por la cual el comprador declara conocer y aceptar el proyecto de construcción elaborado por el arquitecto. A este respecto, esto no suele ser verdad, pues el proyecto de construcción es un documento extenso y muy técnico, que además no se suele entregar al comprador. En este caso, esta cláusula puede ser abusiva por cuanto el n.º 20 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, define como tal a las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato. Y de igual modo, no tiene sentido que el contrato señale que el comprador (generalmente un consumidor medio, que desconoce cómo interpretar y evaluar dicho documento, salvo excepciones en las que el comprador sea arquitecto o disponga de cualificación equivalente), acepta el proyecto como documento

técnico de construcción, pues, en cualquier caso, de producirse una incidencia con su contenido estaría completamente exento de responsabilidad, como así lo reconoce el número 21 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al eximirle de asumir «las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables».

En cuanto a la cláusula concreta objeto de este epígrafe, debemos acudir primeramente al artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme al cual la oferta, promoción y publicidad de los productos puede ser exigida aun cuando no forme parte del contrato; por ello, el puntual cumplimiento de lo consignado en el proyecto, planos y memoria de calidades podrá ser exigido por el comprador en caso de incumplimiento. En segundo lugar, acudiremos a lo dispuesto en el Real Decreto 515/1989, el cual prevé (artículo 10), cuando haya modificaciones en el precio, que:

– Las reformas de obra motivadas en causas diligentemente no previsibles en el momento de la aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que hayan de originar modificación del precio estipulado, serán previamente comunicadas a los adquirentes, quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca.

– Las reformas que propongan los adquirentes serán asimismo objeto de formalización documental, que contendrá sucinta descripción de su contenido y concretas repercusiones que deriven en el precio y plazo de entrega que hubiesen sido pactados.

Finalmente, el apartado 2.º de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984 señala como abusivas las cláusulas que reserven al profesional la facultad de interpretación o modificación unilateral del contrato. En defensa del comprador también podemos acudir a lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código civil, conforme al cual quedaría proscrita que la validez y el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes.

Es cierto que es mucha y variada la casuística en la que los vendedores pueden amparar su derecho a realizar modificaciones respecto de los planos, memoria de calidades o proyecto de construcción. Deben entenderse abusivos si se trata de motivos comerciales, pudiendo aceptarse la validez de los que vengan impuestos por Organismos competentes. Este es el criterio de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 4 de octubre de 2005, cuyo fundamento jurídico quinto transcribimos por su interés:

«QUINTO: La cláusula decimoprimer del contrato cuya nulidad postulan los actores en la impugnación de la resolución recurrida es del siguiente tenor literal. “El vendedor se reserva el derecho de hacer cuantas obras de adaptación fueren convenientes para el mejor uso de la vivienda, garaje y trastero así como todas las reformas necesarias que en su caso se impongan por los Organismos competentes. Igualmente cualquier material podrá ser objeto de cambio por la dirección técnica siempre y cuando sea de la misma calidad”. Ha de decirse que la citada cláusula es nula en la medida en que autoriza al vendedor a introducir cambios en el objeto vendido para la "mejora" de su uso, pero no en la medida en que tales cambios sean acordados por el Organismo correspondiente entendiéndose por tal una referencia a los distintos organismos de la Administración Pública [..].».

F. Cláusulas que repercutan sobre el comprador defectos o errores administrativos que no le sean directamente imputables. Son supuestos en los que se trata de repercutir sobre el consumidor la culpa o negligencia en la gestión del proceso de construcción, produciéndose con ello consecuencias económicas que se pretenden trasladar sobre el consumidor. A este tipo de cláusulas le resulta de aplicación el número 21 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, según

el cual es abusivo transmitir «al consumidor las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables».

La lógica de esta disposición cobra especial relevancia en el caso de la construcción y compra de vivienda, pues se trata de un proceso muy complejo que excede, por lo común, del conocimiento de un consumidor medio; en efecto, el proceso de construcción es complejo por los elevados conocimientos técnicos que precisa su diseño, las múltiples exigencias legales que deben cumplirse y el importante componente social que se encuentra detrás de este bien de primera necesidad. Por ello el consumidor debe quedar al margen de los posibles errores que se le pretendan trasladar, pues en la medida en que no exista culpa por su parte, han de ser los agentes especializados con los que contrata y/o intervienen en la relación (arquitecto, aparejador y demás miembros de la dirección facultativa; promotor; constructora; etc.) quienes asuman los errores de las posibles incidencias.

Es reflejo práctico más habitual de este tipo de cláusulas son aquellas que exoneran al vendedor de responsabilidad si el retraso en la entrega viene originado por la actuación de la Administración pública o de empresas de suministros (gas, agua o electricidad). En efecto, el vendedor debe contar con estos trámites cuando calcula y compromete un determinado plazo de entrega, sin que pueda alegar motivos distintos a la fuerza mayor en los términos del artículo 1.105 del Código civil. En estos términos se expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 24 de septiembre de 2004, y la de Guadalajara de 11 de junio de 2003 («resulta inaceptable la tesis de la vendedora, que pretende escudarse en la necesidad de cumplimiento de unos trámites administrativos, que no concretó y para los que no fijó un plazo razonable ni aproximado, para no cumplir las obligaciones esenciales que al vendedor competen, cuando los compradores sí fueron constreñidos a empezar a cumplir desde un principio y quedaron sujetos al pago de impuestos y gastos»).

G. Cláusulas por la que se impongan condiciones no equitativas respecto del régimen estatutario de la comunidad de propietarios. En la venta de viviendas en construcción es el propio constructor o promotor quien, para poner en marcha la comunidad de propietarios, redacta los Estatutos o normas de funcionamiento de la misma. Puede producirse que realice la entrega de las viviendas vendidas, y que sin embargo queden pendientes de venta otras unidades (viviendas, locales, plazas de garaje), por no haberse vendido o por cualquier otro motivo; en esta situación, la promotora se constituiría como un propietario más junto con sus clientes, pudiendo sufrirse el impulso de redactar unos estatutos favorables para la propia promotora. Aunque se trate de supuestos atípicos no recogidos expresamente en la ley, sí ha tenido ocasión algún Tribunal de conocer este tipo de asuntos; es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 27 de marzo de 1999: «TERCERO. De lo que se trata, pues, es de precisar si nos encontramos ante un supuesto de cláusula abusiva por perjudicar de forma desproporcionada o no equitativa al consumidor, como exige el artículo 10.c).3.º, requisito indispensable para decretar su nulidad de pleno derecho, conforme al artículo 10.4. Hay que admitir que la propia Ley de propiedad Horizontal permite en su artículo 9.5 la posibilidad de establecer en los Estatutos un régimen especial de distribución de gastos, y así lo ha venido reconociendo reiteradamente nuestro Tribunal Supremo. Pero bajo tal precepto no puede ampararse la cláusula examinada, que comporta un auténtico desequilibrio entre los adquirentes de viviendas y el promotor-constructor, debiendo aquéllos soportar el setenta y cinco por ciento de los gastos comunes atribuibles a las fincas no vendidas a prorrata de su participación en el total, pues se establece una clara ventaja a favor de este último que podrá demorar la venta en busca de un mejor comprador a costa de los que ya han adquirido su vivienda. CUARTO. No es preciso, por otra parte, la exigencia de acuerdo unánime de la Comunidad para obtener la nulidad de la cláusula abusiva, ya que la Comunidad actúa aquí no sólo defendiendo intereses comu-

nes, sino también privativos de cada uno de los adquirentes y en beneficio de los mismos, unanimidad que, en el supuesto de no haberse vendido la totalidad de viviendas, locales y plazas de garaje no podría obtenerse puesto que la constructora siempre podría oponerse a la adopción del acuerdo de proceder judicialmente para la obtención de un pronunciamiento anulatorio; y, en todo caso, también sería de aplicación la doctrina jurisprudencial ya consolidada sobre oposición abusiva en la adopción de acuerdos para los que la Ley de Propiedad Horizontal exige unanimidad. Finalmente, tampoco sería de aplicación el plazo de caducidad del artículo 16.4 de la Ley de Propiedad Horizontal puesto que la cláusula estatutaria está impuesta unilateralmente por la entidad mercantil demandada para aplicarla a todos los contratos, y, como se dijo, es nula de pleno derecho conforme al artículo 10.4 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.»

H. Cláusulas declarativas de hechos ficticios. La disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, señala en su número 20 que se tienen por abusivas las cláusulas que declaren la «recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato». A este respecto, ya hemos señalado, al abordar la abusividad de la cláusula relativa a la modificación unilateral del proyecto de construcción, que es igualmente abusiva aquella que dice que el comprador declara conocer y aceptar el proyecto de construcción elaborado por el arquitecto. Ya dijimos, consecuentemente, cómo dicha cláusula carecía de sentido.

La misma solución procede en caso de que el comprador preste su «total conformidad con «la situación, distribución y calidades de la vivienda, sus anexos y accesos que adquiere por haberla inspeccionado personalmente, habiéndola encontrado a su entera satisfacción», pues «es clara la inoperancia de la cláusula citada pues contra lo que parece sugerir dicha cláusula, la vivienda no se hallaba terminada cuando el contrato fue suscrito». En estos términos se posiciona la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, concluyendo que «si la vivienda no estaba totalmente terminada [...] y faltaban además repastos de toda índole que la promotora fue realizando a lo largo de los meses siguientes, mal puede decirse que los compradores se hallaban conformes con “la situación... y calidades de la vivienda”, y que no es posible ninguna reclamación por la existencia de una cláusula que no correspondía a la verdad.» En términos similares se posiciona la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 31 de mayo de 2005, cuando dice que «también resultan de aplicación los apartados 8.º, 9.º y 20.º de la Disposición Adicional Primera de la L.G.D.C.U., pues en definitiva la cláusula (impuesta) según la cual los compradores declaran conocer y aceptar el estado físico actual de la finca adquirida, supone excluir o al menos limitar el derecho de los compradores a reclamar cuantas imperfecciones se hallen ocultas o se manifiesten con posterioridad al examen de la vivienda, lo que a la vez implica que se haga una declaración de recepción y conformidad sobre hechos ficticios por no haber podido ser constatados sino en momento posterior a la entrega de la vivienda, especialmente si se tiene en cuenta que [...] después de dicha entrega continuaron ejecutando ciertas partidas de la obra así como ciertas reparaciones».

Dentro de esta materia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de septiembre de 2001 declara abusiva una cláusula del tenor literal siguiente: «Decimotercera. Situación Física y Jurídica. La parte compradora declara conocer y aceptar la situación y estado físico y jurídico actuales de la finca que se transmite, circunstancias que la parte compradora acepta con entera indemnidad para la Entidad vendedora. También que la vendedora adquirió la propiedad de dicha finca por adjudicación judicial en subasta pública dentro del procedimiento judicial expresado en el antecedente I de esta escritura; por ello, la parte compradora renuncia a cualquier reclamación, tanto por vicios ocultos o manifiestos de la propia

finca, referidos a una falta, defecto o vicio de su construcción, instalaciones, servicios, etc..., como por su situación urbanística».

I. Cláusulas que declaran la compra de vivienda en construcción como compra de cuerpo cierto. Se trata esta de una materia especialmente significativa. Según el artículo 1.471 del Código civil, «en la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato». Así pues y dado que todas las compras de vivienda nueva, sobre plano y en construcción, son vendidas a precio alzado (nunca a tanto el metro cuadrado de la vivienda que resulte), la consecuencia práctica de esta regla es que, si finalmente la vivienda entregada tiene menor superficie que la informada en la publicidad, memoria de calidades, proyecto o contrato, el consumidor no podrá reclamar por este defecto.

Estos supuestos de defecto de cabida son los más usuales, y aunque sea pacífico en la legislación (artículo 8 de la Ley 26/1984, de 19 de julio) y nuestra jurisprudencia que la publicidad es vinculante y permite al consumidor reclamar el cumplimiento de lo ofertado, también puede alegarse, cuando el propio contrato se refiere a que la compra se realiza como cuerpo cierto, que dicha declaración es un hecho ficticio (el ya anunciado número 20 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio) y es contraria a la buena fe que debe existir en la redacción de toda cláusula contractual concertada con los consumidores (artículo 10 bis de la misma norma). En estos términos se posiciona la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 27 de diciembre de 2000 y la de Cádiz de 18 de octubre de 2004, incidiendo esta última, en buena lógica, en que no puede venderse como cuerpo cierto algo que no existe, pues el consumidor no ha podido ver la vivienda (aún no construida) debiendo tomar conocimiento de sus características por la oferta pública realizada por el vendedor.

J. Cláusulas que limiten el derecho del comprador a reclamar por posibles defectos o vicios ocultos. La disposición adicional primera de la Ley 26/1984 sanciona «la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional» (número 9) así como «la imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor» (número 14). Estas reglas deben completarse con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, cuyo artículo 17 establece plazos de 1, 3 ó 10 años durante los cuales los distintos agentes intervinientes en el proceso de edificación deben responder por los desperfectos que puedan aparecer.

Pues bien, algunas cláusulas suelen restringir este derecho perjudicando los plazos legalmente reconocidos al comprador, de forma que si el adquirente no comunica los defectos que advierte en un determinado plazo (generalmente 15 días, justificados por motivos organizativos) perderá la posibilidad de que el vendedor (o terceros agentes también responsables) asuman la responsabilidad que les corresponde. Tampoco debe aceptarse la exclusiva validez de la comunicación inicial de defectos que realice el comprador, pues dicho listado no sería cerrado manteniendo el consumidor la posibilidad de reclamar por futuros defectos que advierta; así lo confirma la Audiencia Provincial de Baleares de 9 de marzo de 2004, que quita toda validez a la firma de un «parte de deficiencias», reconociendo el derecho a reclamar por los defectos existentes, siempre dentro de los términos de la referida Ley de Ordenación de la Edificación.

K. Cláusulas que imponen servicios accesorios o no solicitados. Hemos tenido ocasión de encontrarnos cláusulas que imponen al adquirente la compra de productos no solicitados, o la contratación de servicios no interesados. Para evitar estas prácticas la disposi-

ción adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, también tiene un apartado que prohíbe dichas prácticas, el número 23, relativo a la «imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados». Encontramos ejemplos de esta práctica cuando se obliga a la contratación de los servicios de una determinada gestoría para la tramitación de las escrituras de compraventa. La jurisprudencia también ha tenido ocasión de posicionarse (sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de julio de 2000).

L. Omisión de referencias legales a las garantías sobre las cantidades entregadas a cuenta. La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, señala lo siguiente en su artículo 2:

«Artículo 2.

En los contratos de cesión de las viviendas a que se refiere el artículo primero de esta disposición en que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas deberá hacerse costar expresamente:

a) Que el cedente se obliga a la devolución al cesionario de las cantidades percibidas a cuenta más el 6 por 100 de interés anual en caso 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.

b) Referencia al aval o contrato de seguro especificados en la condición primera del artículo anterior, con indicación de la denominación de la Entidad avalista o aseguradora.

c) Designación de la Entidad bancaria o Caja de Ahorros y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado.

En el momento del otorgamiento del contrato cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio».

Así pues, en caso de que el contrato prevea, como forma de pago, que el comprador debe entregar algún importe anticipado a la entrega de la vivienda, dicho documento (el contrato de compraventa) deberá especificar los datos relativos al aval o seguro de caución que garantiza la devolución de los anticipos para el caso de la construcción no llegue a buen fin.

M. Cláusulas que sujetan los posibles litigios a arbitrajes distintos de los de consumo. Aunque en materia de compra de vivienda no es tan habitual, no es legal que el contrato someta los posibles litigios a «arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico» (número 26 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio).

Así pues, si el contrato prevé que el litigio se resolverá por una corte de arbitraje (de una Cámara de Comercio, de un Colegio Profesional, de una Asociación o de cualquier otra institución distinta de las que prevé el transcrito número 26) dicha sumisión se tendrá por no puesta, debiendo resolverse la discrepancia a través de los mecanismos ordinarios (arbitraje de consumo en caso de sometimiento de las partes o jurisdicción ordinaria). Esta solución viene confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 21 de noviembre de 2005.

N. Cláusulas que sujetan los posibles litigios a determinados fueros. En términos similares a la cláusula compromisoria anterior, el número 27 de la disposición adicional

primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, identifica como abusiva «la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección del fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato». Más claro es el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 de 7 de enero), señala que «no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios».

Así pues, ningún contrato de compra de vivienda que celebre un consumidor puede contener una cláusula de sumisión expresa, sea del tipo que sea. Aún sin apoyo en la legislación referida, en términos equivalente se posiciona la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de junio de 2006.

O. Cláusulas que limiten el derecho del consumidor a la elección de notario. Bajo el mismo amparo legal anterior, el consumidor disfruta del derecho a elegir el notario de su confianza. Una cláusula que le impida ejercitar este derecho será nula y se tendrá por no puesta, pues así lo determina este número 27 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio. Recordemos también el artículo 142 del Reglamento Notarial (Decreto de 2 de junio de 1944), el cual determina lo siguiente:

«Artículo 142.

Los Notarios, en aras de su deber de imparcialidad, cuidarán de que se respete el derecho de libre elección de Notario.

En los actos y contratos que hayan de otorgarse por varias personas la elección de Notario corresponderá, en defecto de pacto, a quien de ellas deba satisfacer los derechos arancelarios notariales o la mayor parte de los mismos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por quien se dedique a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación, el derecho de elección de Notario corresponderá al adquirente, quien, sin embargo, no podrá imponer Notario que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio.

Los Notarios se abstendrán de facilitar toda práctica que implique la imposición de Notario por una de las partes con abuso de derecho, o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual.

Las escrituras sujetas al gravamen gradual de Actos Jurídicos Documentados, que se refieren directamente a bienes inmuebles, deberán otorgarse ante el Notario correspondiente al territorio en donde se encuentre situado el inmueble y, en el caso de que fueren varios, el de mayor valor; las de préstamo hipotecario podrán otorgarse también, si el sujeto pasivo fuera persona física, ante el Notario correspondiente al territorio de su domicilio fiscal. Las demás escrituras sujetas al referido gravamen se otorgarán ante el Notario correspondiente al territorio del domicilio fiscal del sujeto pasivo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, las referidas escrituras podrán otorgarse ante cualquier otro Notario cuando ello no determine una cuota a ingresar distinta de la que correspondería satisfacer de haberse otorgado el documento ante alguno de los Notarios a que se refiere el párrafo anterior.

Lo establecido en los dos párrafos anteriores no será de aplicación a las escrituras autorizadas por los Cónsules de España en el extranjero».

III. EL PAPEL DE LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN MATERIA DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA. *Por D. Carlos Ballugera Gómez, Registrador de la Propiedad.*

1. La inscripción en el Registro de la propiedad es un medio de prevención y evitación de litigios.

La función del Registro de la propiedad, apoyado en la documentación pública, es, en beneficio de la seguridad jurídica, fundamentalmente, preventiva del litigio: notaría abierta, juzgado cerrado, en palabras de Joaquín Costa. En ese marco, la información al consumidor es el primer remedio contra las cláusulas abusivas.

El consumidor cuando adquiere una vivienda debe averiguar la situación física, jurídica y fiscal del inmueble. En ello encuentra un gran apoyo por medio del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril sobre el deber de información a los consumidores en materia de vivienda, que en sus arts. 4 a 9 previenen la entrega de una importante documentación al comprador de la vivienda.

Por su parte, el Registro de la propiedad, sin olvidar la investigación de la situación fiscal y urbanística, proporciona de modo sencillo información sobre la situación jurídica civil de la finca, en particular sobre su descripción, titulares y cargas.

Pero la información no es el remedio definitivo frente a los abusos contractuales de los más fuertes, ya que las cláusulas abusivas se fundan en la superioridad económica del predisponente, que por lo general impone el contrato pese al conocimiento por parte del consumidor de los aspectos más anti-páticos del mismo, que el adquirente se ve obligado a aceptar si quiere adquirir su residencia familiar.

Por eso, el Registrador de la propiedad, como pieza importante de lo que puede llamarse Administración del Derecho Privado Inmobiliario, puede jugar un papel relevante, de naturaleza preventiva, en la protección de los consumidores y usuarios.

2. Limitaciones a la fuerza preventiva del Registro de la propiedad en la compraventa de vivienda.

A pesar del importante papel al que el Registro de la propiedad está llamado a desempeñar para la erradicación de las cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda, sin embargo, existen algunas limitaciones a su desarrollo que vamos a señalar.

A. El contrato privado de adquisición de la vivienda en construcción no accede al registro.

En primer lugar, nos encontramos que durante la construcción de la vivienda, el contrato privado de compraventa de la misma no accede al Registro de la propiedad, ya que la documentación pública de la adquisición no se suele producir hasta la entrega de las llaves, una vez que la obra ya se ha terminado.

Por su parte, el documento público de adquisición de la vivienda suele limitarse a recoger el contrato de compraventa de modo escueto, sin documentar ni los tratos preliminares, ni el contrato privado, ya sea por razones fiscales o jurídicas.

B. Postura restrictiva de la D.G.R.N. frente a las cláusulas abusivas.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (D.G.R.N. en adelante) se ha manifestado en sentido restrictivo respecto a la calificación por el registrador de las cláusulas abusivas, con lo que ha abierto el Registro de la propiedad a dichas cláusulas (resoluciones de 19 de abril y 2 de octubre de 2006).

De ese modo, al no poder rechazar el registrador la inscripción de las cláusulas abusivas, sin una sentencia previa que declare la abusividad, se acoge la idea de que el consumidor sólo se puede ver libre de cláusulas abusivas si acude a los tribunales, lo cual desvirtúa, sin apoyo legal, la actuación preventiva de los registradores de la propiedad.

C. Carestía del mercado.

Finalmente, la lucha contra las cláusulas abusivas, encuentra una dificultad de carácter general, que descansa en la actual coyuntura del mercado de la vivienda, el cual muestra una incansable tendencia al alza de los precios.

Ante ella, el consumidor parece contagiado de la corriente especulativa y considera las cláusulas abusivas y los desplazamientos de gastos que le carga el vendedor como males menores en un negocio en el que la revalorización se ve segura y las cláusulas abusivas un mal menor que será compensado por el alza del precio en breve plazo.

3. Remedios frente a las cláusulas abusivas en compraventa de vivienda, desde el punto de vista del Registro de la propiedad.

En el ámbito del Registro de la propiedad los eventuales remedios a las limitaciones que se acaban de señalar pueden orientarse en las siguientes direcciones:

A. Desbloqueo de la acción de los registradores de la propiedad frente a las cláusulas abusivas.

La primera necesidad para convertir el Registro de la propiedad en un instrumento de utilidad en la lucha contra las cláusulas abusivas en materia de compraventa de vivienda, pasa por el desbloqueo de la acción de la Administración de Derecho Privado más directamente involucrada en la formalización del contrato de compraventa, la Notaría y el Registro de la propiedad, revocando las indicadas resoluciones en cuanto obligan al consumidor a ir a los tribunales para librarse de las cláusulas abusivas.

El recurso a los tribunales como remedio preferente frente a las cláusulas abusivas va contra la esencia preventiva del Registro de la propiedad, la cual sigue vigente en nuestro ordenamiento jurídico e implica un obstáculo oneroso y desproporcionado para los consumidores.

En efecto, la necesidad de acudir a un pleito para librarse de las cláusulas abusivas va contra el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que previene que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores.

Esa presupuesta necesidad también es contraria al art. 7.1 de la misma Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, ya que no es eficaz dejar la exclusiva a los Tribunales en la lucha contra la abusividad.

Esa tarea, la lucha contra las cláusulas abusivas en las condiciones generales de la contratación, es obligatoria para todos los órganos del Estado, independientemente de a qué poder pertenezca el órgano que conoce de un contrato con condiciones generales abusivas.

Por eso, a la lucha contra la abusividad en las condiciones generales se han obligado todos los órganos del Estado, legislador, Gobierno, Administración, Jueces, notarios y registradores de la propiedad.

Ello es conforme con el criterio amplio que se sigue contra el abuso de derecho y con la compatibilidad de medidas protectoras, ya sean judiciales, administrativas o de otra índole que resultan de los arts. 7.2 del Código civil y 10.3 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Pero es que el espíritu de la legislación protectora de los consumidores tacha de abusiva la negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación en el apartado

25.º de la disposición adicional 1.ª L.GD.C.U.. En consecuencia, debe rechazarse la remisión automática al adherente a procedimientos judiciales o administrativos para verse libre de cláusulas abusivas.

Finalmente, este punto de vista es esencial si se pretende que la Administración actúe en beneficio de consumidores y adherentes. No puede condicionarse la actividad de la Administración en pro de los consumidores y adherentes, en este caso el Registro de la propiedad, a la previa existencia de una sentencia firme de nulidad de una condición general, toda vez que ese punto de vista conduce a la más completa inoperancia de los pronunciamientos del legislador.

Baste como ejemplo el párrafo tercero del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980 al señalar que declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas. Pese a la declaración legislativa, la Administración no ha actuado en todos estos años.

En definitiva, el consumidor debe verse libre de cláusulas abusivas por declaración de la Ley, sin necesidad de acudir a un juez. La legislación protectora, por el contrario, dispone que sea el predisponente, si considera que la disposición contractual es válida, quién haga valer la cláusula ante el juez si el consumidor se resiste a su cumplimiento por abusiva.

En esa tarea, será posible, entonces, que el consumidor, la parte más débil en el contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación, goce de la ayuda y de la protección del Estado no desde el punto de vista de un paternalismo trasnochado, sino desde el de una asistencia que, encarnada en una auténtica Administración del Derecho privado social e inspirada en el humanismo de la posmodernidad, se dirija a la rehabilitación del poder negociador del adherente, creando mercado donde de otro modo reinaría la ley de los más fuertes.

Por eso se considera necesario modificar o aclarar la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (L.C.G.C. en adelante), en su art. 8.2 para recoger expresamente la nulidad de las condiciones generales abusivas, al margen de que el contrato se haya celebrado o no con un consumidor, es decir, aunque la parte más débil sea un pequeño empresario.

En ese orden de cosas, se considera que la solución es coherente con el punto de vista del Derecho privado social respecto de la abusividad, ya acogido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que añadió una disposición adicional, la cuarta, a la vigente L.C.G.C., extendiendo la protección frente a las cláusulas abusivas a los adherentes en general al contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación.

Ese criterio amplio, también es acogido incluso para las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, en el art. 9.1 para las condiciones particulares y en el 9.2 para las condiciones generales de la contratación, ambos preceptos de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales de 29 de diciembre de 2004.

De ese modo, la prohibición de la abusividad en los contratos que conforman el intercambio masivo se reconoce con carácter general, de suerte que se amplía la protección contra la misma a favor de las pequeñas y medianas empresas, así como a agricultores, artesanos, pescadores y, en general, a favor de los trabajadores autónomos que contratan en condiciones de debilidad con grandes corporaciones.

Esa ampliación es plenamente coherente con la evolución del Derecho europeo y con las iniciativas de reforma del Derecho contractual del mismo ámbito, con la mira puesta en la creación de un verdadero mercado interior, de la que son muestra los Principios de Derecho Contractual Europeo elaborados por la llamada Comisión Lando, que sancionan la interdicción de la ventaja excesiva o el beneficio desproporcionado incluso en el contrato por negociación¹.

Por otra parte, la introducción de ese criterio amplio permitirá una reforma coherente del art. 258.2 de la Ley Hipotecaria, que debería indicar, consecuentemente que el Registrador

¹ LANDO, O. y H. BEALE (editors), «Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised», Prepared by The Commission of European Contract Law, Chairman: Professor Ole Lando, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 261 y ss.

denegará la inscripción de aquellas cláusulas nulas por abusivas conforme a lo dispuesto en la L.C.G.C., pero también en el art. 10 bis y disposición adicional primera de la L.G.D.C.U.

Por otra parte, desde el punto de vista del Registro de la propiedad, la nulidad de una cláusula por abusiva de un contrato de compraventa no impedirá, en beneficio del adherente, la inscripción del resto del documento.

B. Prehorizontalidad y crédito refaccionario.

Cuando se trate de adquisiciones de viviendas en construcción con anticipos del precio hasta la entrega, a las garantías existentes en materia establecidas por la Ley 57/1968, de 27 de julio, cabría añadir la obligación del vendedor de asegurar tales cantidades –hasta el máximo del precio total– mediante la inscripción o si se prefiere mediante la anotación preventiva del contrato privado de compraventa del piso, local o plaza de garaje, en el folio correspondiente al solar donde se haya de edificar la vivienda.

Ello habría que entenderse sin perjuicio del derecho del vendedor para constituir la propiedad horizontal sin necesidad del consentimiento de los compradores de viviendas.

Tal vez, bastaría que en el documento de compraventa se describiese el piso como habría de quedar en la propiedad horizontal y que se señalasen las líneas generales de la misma.

Ello exigiría reformas de rango legal, modificando la Ley de Propiedad Horizontal para autorizar al dueño del solar a constituir la misma sin consentimiento de los compradores de los pisos.

Una solución como la apuntada parece que encuentra apoyo en las resoluciones de la D.G.R.N. de 24 y 25 de junio de 1991 que admiten la anotación de la demanda que exige la elevación a público de un contrato de compraventa de vivienda en construcción pese a que no se haya inscrito en el Registro de la propiedad la declaración de obra nueva y la constitución del régimen de propiedad horizontal².

También abona la solución apuntada la resolución de 16 de mayo de 1996 que señala que «si el párrafo 5.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria impide la apertura de folio registral independiente en tanto no se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre todo el edificio (lo que, a su vez, queda supeditado al comienzo de la construcción –cfr. artículo 8.4.º Ley Hipotecaria–), nada obsta a su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca aunque todavía figure registralmente como solar; antes al contrario, avalan tal inscripción: el carácter real del derecho cuestionado (artículos 1, 2 y 9.3.º Ley Hipotecaria); la posibilidad de consignar en el folio abierto al solar los pisos meramente proyectados (artículo 8.4, párrafo 2.º, «in fine», Ley Hipotecaria); la admisión de la inscripción, aun antes de iniciarse la construcción, de los concretos acuerdos jurídico-reales entre los copropietarios del solar sobre el régimen de aquélla y del edificio resultante (cfr. artículos 392.II Código Civil, 2 Ley Hipotecaria, 21.1.º Ley de Propiedad Horizontal, 8.4.º Ley Hipotecaria y 16.2.º Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 noviembre 1982 y 18 abril 1988)».

Obsérvese, sin embargo, que se trata de garantizar las cantidades entregadas, no de inscribir la titularidad del piso, por lo que dicha anotación se asemeja a la del crédito refaccionario de los arts. 59 y ss. L.H., a cuyo régimen, habrá de estarse.

C. Afianzamiento de la regla del art. 8 L.G.D.C.U. y de los efectos del art. 1 L.C.G.C.

La publicación en el Registro de la propiedad de los contratos privados de compraventa, supone además, afianzar la garantía del consumidor de que el vendedor no les imponga en la

² Vid. en ese sentido S.A.P. de La Coruña de 29 de mayo de 1990 y S.T.S. de 17 de julio de 1987 en CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., «La protección inmobiliaria del control de contenido en la Comunidad Europea», Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pp. 254-255. En dicha obra, además, se contienen sugestivas indicaciones para el ámbito del que ahora se informa.

escritura pública de compraventa condiciones generales o particulares peores que las contenidas en el documento privado.

Dicha publicación debe permitir también la aplicación de las normas de equilibrio material o de control del contenido por el registrador y el rechazo de la inscripción de las cláusulas abusivas.

En efecto, es aconsejable la expresa prohibición legal de negociaciones que empeoren, mediante condiciones particulares, la condición del consumidor respecto de las condiciones generales: es decir, prohibición expresa de la discriminación del consumidor respecto de otros consumidores.

Un caso descollante de omisión de información contractual es el de la falta de advertencia de que determinada estipulación es una condición particular, es decir, que se impone o negocia con el consumidor singular, sólo para el contrato o los contratos celebrados con el mismo.

Una condición particular no puede ganar el carácter de estipulación negociada si no se advierte previamente al adherente del contrato de esa circunstancia.

Además, esa negociación es falsa o inauténtica si, el profesional, aprovechando las especiales condiciones de debilidad del adherente, le da un trato peor que al cliente medio a quien se dirige la publicidad, oferta o promoción del producto o servicio.

Ese trato peor, que es discriminatorio, por implicar una diferencia con relación al cliente medio en perjuicio del singular, tiene lugar cuando, so capa de una negociación, se impone al cliente una regulación para su contrato más gravosa que la general, es decir, que la que utiliza el predisponente en sus condiciones generales para el mismo producto o servicio.

Por eso es necesario afirmar con claridad la necesidad de que la negociación se pruebe, que la prueba sea una carga del profesional, que no pueda entenderse satisfecha si no se acredita la advertencia previa al cliente de que se le impone o se le invita a negociar por medio de una condición particular³.

Todas estas, son consecuencias que se hallan ya impresas y se desprenden del propio concepto legal de las condiciones generales de la contratación recogido en el apartado 1 del art. 1 L.C.G.C., por lo que no queda al legislador sino desarrollar consecuentemente en el sentido indicado esas consecuencias implícitas en el concepto legal.

Tal desarrollo, se asienta sobre una paradoja, esta es que los efectos imperativos del concepto legal de las condiciones generales de la contratación se proyectan no sólo sobre el contenido no negociado, las condiciones generales, sino también y primordialmente sobre el negociado, las condiciones particulares o acuerdos singulares.

Se revela de ese modo el hondo alcance civil y ius-privatístico de la regulación de los contratos por adhesión con condiciones generales de la contratación, que aparece como una delimitación en sentido social del principio de autonomía de la voluntad plasmado en el art. 1255 C.C.

Además, ese desarrollo, se halla ya también, anticipado en el art. 6.1 L.C.G.C., que hace prevalecer la condición más beneficiosa sobre la condición particular negociada o impuesta.

IV. RESULTADO DEL ANÁLISIS.

1. Contratos analizados.

El estudio de los contratos se ha realizado sobre la premisa legislativa, jurisprudencial y doctrinal anterior. A través de la oferta pública de solicitud de contratos de compra de vivienda, los recibidos en C.E.C.U. a tal fin (tanto por particulares como por parte de Oficinas Municipales de Información al Consumidor) y los remitidos desde las organizaciones miembro de la Confederación, se han examinado un total de 88 contratos de distintas zonas de la geografía española. El resultado geográfico ha sido el siguiente:

³ Vid. los dos primeros capítulos de BALLUGERA GÓMEZ, C., «El contrato no-contrato», Servicio de Estudios Registrales, Madrid, 2006.

COMUNIDAD AUTÓNOMA	PROVINCIA	N.º DE CONTRATOS
MADRID	MADRID	21
COMUNIDAD VALENCIANA	VALENCIA	26
	ALICANTE	4
	CASTELLÓN	2
CATALUÑA	LLEIDA	1
	BARCELONA	1
CASTILLA LA MANCHA	TOLEDO	1
	CIUDAD REAL	1
CASTILLA LEÓN	SEGOVIA	1
	BURGOS	1
	SALAMANCA	1
ARAGÓN	ZARAGOZA	2
	HUESCA	1
ANDALUCÍA	CÓRDOBA	2
	CÁDIZ	3
	MÁLAGA	2
	ALMERÍA	2
	GRANADA	1
	SEVILLA	1
MURCIA	MURCIA	3
CANTABRIA	CANTABRIA	1
PAÍS VASCO	VIZCAYA	3
	ÁLAVA	1
	GUIPÚZCOA	1
ISLAS CANARIAS	LAS PALMAS	1
ISLAS BALEARES	ISLAS BALEARES	1
GALICIA	A CORUÑA	1
	PONTEVEDRA	1
ASTURIAS	ASTURIAS	1



La forma de recepción de estos contratos ha sido la siguiente: 13 han sido enviados por Oficinas Municipales de Información al Consumidor (O.M.I.C.), 46 llegaron por correo electrónico (principalmente por particulares, aunque alguna O.M.I.C. también utilizó este medio) y 34 han sido remitidos por las organizaciones miembro de C.E.C.U. (téngase en cuenta que algunas O.M.I.C. hicieron llegar sus contratos por correo electrónico).

2. Resultado por cláusulas con posible carácter abusivo.

Del total de contratos analizados y cláusulas abusivas detectadas, se ha elaborado la clasificación de 15 tipos de cláusulas leoninas enumeradas en la exposición general. Por supuesto, se han identificado cláusulas abusivas de muy diferente tipo, pero por su excepcionalidad o puntualidad no se ha considerado oportuna su consideración como categoría específica. Por ello se han recogido, en el siguiente cuadro 1, aquellas cláusulas abusivas que con mayor frecuencia (o de forma más significativa) han venido identificándose en los contratos analizados. Debemos incidir en que una clasificación de esta materia puede generar diversas interpretaciones, pues una cláusula que limita el derecho del consumidor a reclamar por los vicios ocultos, también tendría encaje en la general relativa a la limitación irregular de los derechos del consumidor. De ahí que este cuadro 1 sólo recoja las cláusulas abusivas más habituales, quedando otras muchas fuera del cuadro pero incluidas en el listado inicial, o incluso fuera de dicho listado.

Este cuadro 1 queda dividido en 4 columnas; la primera de ellas identifica el tipo de cláusula; la segunda el número de veces que dicha cláusula ha sido detectada entre los contratos examinados (88, recordemos); la tercera columna es su representatividad respecto los demás tipos de cláusulas abusivas; y la última columna indica el número de veces que aparece en los contratos analizados. El resultado es el siguiente:

CUADRO 1				
CLÁUSULA TIPO	VECES IDENTIFICADA	% SOBRE EL TOTAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS (417)	% SOBRE EL TOTAL DE CONTRATOS (88)	
Cláusulas que imponen al consumidor los gastos de titulación de la vivienda o del edificio, la subrogación en la hipoteca preexistente o los gastos de cancelación de la misma.	39	9,35%	44,32%	
Cláusulas que imponen al consumidor el pago de la plusvalía.	39	9,35%	44,32%	
Cláusulas por las que se reserva al profesional un plazo insuficientemente determinado para entregar la vivienda, o bien prórrogas injustificadas para ello.	30	7,19%	34,09%	
Cláusulas que reservan al vendedor el derecho a resolver el contrato de forma abusiva.	56	13,43%	63,64%	
Cláusulas que reservan al profesional facultades de modificación unilateral del contrato, sin motivos válidos.	43	10,31%	48,86%	
Cláusulas por la que se impongan condiciones no equitativas respecto del régimen estatutario de la comunidad de propietarios.	4	0,96%	4,55%	
Cláusulas declarativas de hechos ficticios.	47	11,27%	53,41%	
Cláusulas que declaran la compra de vivienda en construcción como compra de cuerpo cierto.	18	4,32%	20,45%	
Cláusulas que limiten el derecho del comprador a reclamar por posibles defectos o vicios ocultos.	9	2,16%	10,23%	
Omisión de referencias legales a las garantías sobre las cantidades entregadas a cuenta.	22	5,28%	25,00%	
Cláusulas que sujetan los posibles litigios a arbitrajes distintos de los de consumo.	2	0,48%	2,27%	
Cláusulas que sujetan los posibles litigios a determinados fueros.	57	13,67%	64,77%	
Cláusulas que limiten el derecho del consumidor a la elección de notario.	37	8,87%	42,05%	
	403	96,64%		

Así pues, tenemos un total de 417 cláusulas identificadas en los 88 contratos examinados. El resultado final es que cada contrato examinado tiene una media de 4,74 cláusulas o estipulaciones abusivas.

El cuadro anterior se ha elaborado a partir de 403 cláusulas detectadas, siendo las 14 restantes tipos de cláusulas que no tienen encaje directo en ninguna de la clasificación en que se basa este cuadro. Estas otras estipulaciones abusivas hacen referencia a exenciones de responsabilidad por parte del vendedor, cesión de derechos a terceras empresas (sin permitir al comprador manifestar su oposición, como exige el artículo 1.205 del Código civil, y/o reconocerle el mismo derecho), traslación al consumidor del coste de los avales o seguros de caución sobre las cantidades entregadas a cuenta, reserva de servidumbres para actividades propias de la actividad mercantil de la empresa promotora, limitación irregular del ejercicio futuro de los derechos del comprador como propietario, etc.

Es especialmente significativo que sólo respecto de un contrato (del municipio de Madrid, para más datos) puede afirmarse que sea equitativo, transparente, recíproco, que respeta todos los derechos del consumidor y no dispone de ninguna cláusula que puede ser considerada como abusiva.

En cuanto a la distribución geográfica de los contratos y cláusulas abusivas, no se ha advertido una pauta significativa, si bien puede apuntarse que en aquellas poblaciones en las que existe (o se presume que puede existir) una mayor infraestructura administrativa y más presencia de la labor inspectora de las instituciones públicas de protección del consumidor, la actuación de las empresas tiende a ser más respetuosa.

V. CONCLUSIÓN.

La conclusión de este informe debe comenzar transcribiendo el párrafo relativo a los datos globales sobre cláusulas o estipulación abusivas encontradas en los contratos examinados:

«Así pues, tenemos un total de 417 cláusulas identificadas en los 88 contratos examinados. Es especialmente significativo que sólo respecto de un contrato (del municipio de Madrid, para más datos) puede afirmarse que sea equitativo, transparente, recíproco, que respeta todos los derechos del consumidor y no dispone de ninguna cláusula que puede ser considerada como abusiva. El resultado final es que cada contrato examinado tiene una media de 4,74 cláusulas o estipulaciones abusivas.»

La necesidad de realizar acciones en materia de protección del consumidor en cuanto comprador de vivienda se pone de manifiesto desde que el propio Ministerio de Sanidad y Consumo define este cometido como prioritario, dentro de las distintas líneas de actuación que prevé para este ejercicio 2006.

Dentro de las distintas acciones que pueden realizarse, C.E.C.U. ha ejecutado esta relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de compra de vivienda por haber advertido, desde antiguo, que se trata de una práctica habitual en el sector. Y el reflejo práctico de esta necesidad se pone de manifiesto con los resultados del análisis de los contratos objeto de este informe: sólo un contrato se ha considerado que no tienen ni una sola cláusula abusiva, siendo recíproco, equitativo, respetuoso con los derechos de los compradores en cuanto consumidores. El resto de contratos tienen alguna estipulación que contraviene la normativa de protección del consumidor, siendo la media de casi 5 estipulaciones por cada contrato examinado. Es preciso reconocer que los contratos examinados respecto del total nacional (por número de promociones existentes, en curso o finalizadas y entregadas en los últimos años) no son ni mucho menos representativos de dicho total, pero sí es especialmente significativo que todos los con-

tratos analizados, menos uno, tenían alguna cláusula lesiva de los derechos del consumidor. Lo anterior debe interpretarse, además, a partir del hecho de que los consumidores remitían sus contratos incluso sin mantener ningún litigio con su promotora, sólo a efectos informativos y al objeto de ser conscientes de la transparencia y equilibrio de su contrato; como es, sin duda, la base sobre la que ha partido el diseño y ejecución de este proyecto.

Las consideraciones anteriores, unidas al informe técnico sobre cláusulas abusivas y los resultados del análisis de cada contrato nos permite extraer las siguientes conclusiones:

– Es una práctica generalizada incluir en los contratos de compraventa de vivienda cláusulas abusivas que perjudican o vulneran los derechos reconocidos al consumidor.

– Se advierte un desconocimiento por parte de los consumidores de los derechos que le asisten en el momento de firmar un contrato, en nuestro caso de compra de vivienda. Esta falta de información se pone de manifiesto tanto en cuanto a los concretos derechos que el consumidor puede exigir (aval de las cantidades anticipadas, derecho de elección de notario, derecho de elección de la forma de pago, etc.) como en lo relativo al proceso de compra y consecuencias o no de la firma de los condicionados que se le proponen.

– Es igualmente generalizado el desconocimiento del comprador de las vías de reclamación de que dispone, así como de las consecuencias de interponer una queja de cara a la negociación y cierre de la operación.

– Por lo anterior, es prioritaria la realización de campañas de información específicas que permitan al consumidor acceder de forma rápida y fiable a información suficiente sobre los derechos que le asisten en cuanto comprador de vivienda, así como de las vías de reclamación de que dispone para hacer valer tales derechos. Si son los propios compradores quienes, de forma generalizada, exigen unos contratos transparentes y equitativos en una operación tan importante, se conseguirá un incremento en el respeto de la legislación en la materia.

– A pesar de los avances legislativos y jurisprudenciales, se advierte una falta de plasmación y reflejo práctico de las medidas adoptadas para proteger los derechos del comprador de vivienda. Lo anterior se pone de manifiesto en sus dos vertientes:

- Por mantenerse en la redacción de los contratos soluciones absolutamente inviables, con manifiesta vulneración del derecho del consumidor; es el caso de la obligación de subrogación o imposición de los gastos de su cancelación, cuya prohibición ya existe desde la redacción originaria de la Ley 26/1984, de 19 de julio, en su publicación en el BOE del 24 de julio.

- Por optarse por una redacción contractual tendente a vulnerar un determinado derecho del consumidor, siendo consciente de ello. Es el caso del derecho a elección de notario; teniendo en cuenta la palmaria vulneración que supondría establecer en el contrato que el mismo se elevará a público en la notaría que elija la vendedora, algunos contratos especifican que es el consumidor quien libremente renuncia a su derecho de elección de notario, o bien es el propio contrato el que señala que, en ejercicio de dicha libertad, será un terminado notario quien autorice la operación.

– Se advierte una sensación de impunidad por parte de las empresas promotoras que sólo viene justificada por dos realidades: primero, la dificultad de las actuaciones inspectoras de detectar las irregularidades que se cometen; y segundo, la confianza de que el consumidor no impugnará dichas cláusulas a través de alguno de los medios de que dispone (vía administrativa o judicial).

– El sector de vivienda es uno de los que más actuaciones de control requieren, al objeto de inspeccionar los documentos contractuales ofrecidos a los consumidores y, en su caso, iniciar los procedimientos sancionadores correspondientes.

– Por lo anterior, se considera necesario, además del mayor control administrativo (Inspección de Consumo), una clarificación legislativa que finalice con la dispersión de pronunciamientos judiciales y, con ella, la incertidumbre del resultado de impugnar una determinada cláusula de la que dependa la reclamación del consumidor.

– Las anteriores medidas deben venir complementadas con el incremento entre los distintos agentes actuantes, a saber: Administración pública, Asociaciones de Consumidores y Asociaciones Empresariales o Patronales del sector. El modelo normativo propuesto por el Instituto Nacional del Consumo el día 3 de abril de 2001 ha sido una solución que, según el devenir del sector y el paso del tiempo, ha resultado ser insuficiente, siendo necesario un mayor foro de debate donde el sector empresarial pueda involucrarse y comprometerse para paliar la situación expuesta en este documento.

C.E.C.U. diciembre 2006.



ANEXO

TRANSCRIPCIÓN DE ALGUNAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE
LOS CONTRATOS OBJETO DE ESTUDIO**A. Cláusulas que imponen al consumidor los gastos de titulación de la vivienda o del edificio.**

CONTRATO DE CASTELLÓN FORMALIZADO EL 12 DE ABRIL DE 2005.

«CLÁUSULA QUINTA. [...] La entrega de llaves coincidirá con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa, siendo de cuenta de la parte compradora todos los gastos, impuestos y arbitrios de la transmisión, incluso el IVA correspondiente y el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos, los propios de la vivienda y zona de aparcamiento vendidas, la obtención de la célula de habitabilidad, el importe de contratación y suministro de alumbrado, gas ciudad y agua potable, telefonía y demás servicios de la vivienda. »

B. Cláusulas que imponen al consumidor el pago de la plusvalía.

CONTRATO DE VALENCIA FORMALIZADO EN FEBRERO DE 2006.

«CLÁUSULA DÉCIMA. [...] Los gastos concernientes al otorgamiento de la escritura pública de esta compraventa, serán satisfechos íntegramente por la parte compradora, igualmente el impuesto sobre el incremento valor de los terrenos será por cuenta de la parte compradora. Así mismo, todos los demás gastos, impuestos y arbitrios que se originen por los actos, negocios jurídicos y escrituras derivadas del presente contrato, así como el correspondiente a la constitución de garantía sobre el precio aplazado, serán de cuenta de la parte compradora. [...].

C. Cláusulas por las que se reserva al profesional un plazo insuficientemente determinado para entregar la vivienda, o bien prórrogas injustificadas para ello.

CONTRATO DE COCENTAINA (ALICANTE) FORMALIZADO EL 5 DE AGOSTO DE 2004.

«CLÁUSULA QUINTA. ENTREGA DE LA VIVIENDA. La vivienda será entregada a la parte compradora con anterioridad al día 30 de junio de 2006, fecha en la que se tiene previsto que se encuentren terminados los inmuebles objeto de venta y figuren inscritos como finca independiente en el Registro de la Propiedad.

La indicada fecha podrá demorarse, sin que ello faculte al COMPRADOR para reclamar responsabilidad o indemnización alguna, como máximo por un plazo de 90 días hábiles debido a razones técnicas del proyecto de construcción o de la ejecución de las obras de urbanización, por causas naturales (como pluviometría excesiva) o por aquellas causas que, siendo ajenas a la empresa constructora, habitualmente permiten a este tipo de empresas demorar la entrega de la edificación (huelgas, suministro de materiales) así como cuando se produzca la paralización de la obra por causas no imputables a la parte vendedora.»

D. Cláusulas que reservan al vendedor el derecho a resolver el contrato de forma abusiva.

CONTRATO DE VALENCIA FORMALIZADO EN ABRIL DE 2004.

«CLÁUSULA CUARTA. La falta de pago de un plazo en la fecha de su vencimiento tendrá carácter de condición resolutoria explícita del contrato. La sociedad vendedora podrá optar entre exigir el pago, considerándose en ese caso toda la deuda pendiente vencida, o resolver el contrato, para lo cual bastará con la notificación hecha al adquirente con arreglo a los artículos 1.504 del Código civil o 59 del Reglamento Hipotecario, en su caso.

Caso de que la sociedad vendedora optase por la resolución del presente contrato, devolverá al comprador el 40 % de las cantidades de principal pagadas a cuenta del precio, quedando a favor de la sociedad vendedora la diferencia en concepto de penalización por incumplimiento del contrato e indemnización por los daños y perjuicios causados; igualmente serán de cuenta del comprador en el caso de que incumpliere el contrato, los tributos y gastos que se hubieren derivado con ocasión de dicho incumplimiento.»

«NOVENA. Caso de que la vendedora no pudiera realizar la entrega, el contrato quedará definitivamente resuelto, obligándose a devolver al comprador las cantidades recibidas a cuenta de precio incrementadas con un seis por ciento de interés anual.»

E. Cláusulas que reservan al profesional facultades de modificación unilateral del contrato, sin motivos válidos.

CONTRATO DE ASTURIAS FORMALIZADO EN OCTUBRE DE 2006.

«CLÁUSULA DÉCIMOPRIMERA. La parte vendedora se reserva la posibilidad de introducir en el proyecto citado en expositivo o en la ejecución de las obras aquellas modificaciones de cualquier naturaleza debido a razones constructivas, urbanísticas o hipotecarias, y las que el buen juicio de la Dirección Técnica de la obra o de los organismos competentes se dispongan durante su ejecución [...].»

F. Cláusulas por la que se impongan condiciones no equitativas respecto del régimen estatutario de la comunidad de propietarios.

CONTRATO DE VALENCIA FORMALIZADO EN ABRIL DE 2004.

«CLÁUSULA DÉCIMA. [Relativa al funcionamiento de la comunidad de propietarios] igualmente entre dichas normas se establecerá que la sociedad promotora del edificio, hoy vendedora, no contribuirá a los gastos comunes del edificio en la parte que corresponda a las viviendas, locales, garajes y trasteros, mientras sea titular de los mismos, por no servirse de los elementos comunes [...].»

G. Cláusulas declarativas de hechos ficticios.

CONTRATO DE MADRID FORMALIZADO EL 13 DE NOVIEMBRE DE 2005.

«CLÁUSULA TERCERA. Que habiendo recibido la información detallada sobre la promoción y con conocimiento de calidades que acepta en todos sus términos, la parte compradora está interesada en la compra de la vivienda antes descrita en el expositivo I anterior.

Todo ello según plano y memoria de calidades que firmado por ambas partes se adjunta formando parte integrante del presente contrato.»

H. Cláusulas que declaran la compra de vivienda en construcción como compra de cuerpo cierto.

CONTRATO DE MÁLAGA FORMALIZADO EL 10 DE MARZO DE 2004.

«CLÁUSULA PRIMERA. La parte promotora vende y la parte compradora compra la vivienda descrita anteriormente en este contrato como CUERPO CIERTO, con cuantos derechos, usos, servicios y servidumbres le sean inherentes del Proyecto de edificación o de las normas urbanísticas de la zona, incluidas las zonas comunes de la Urbanización, libre de arrendamientos cargas y gravámenes, salvo las cargas que resulte de lo previsto en la estipulación siguiente.»

I. Cláusulas que limiten el derecho del comprador a reclamar por posibles defectos o vicios ocultos.

CONTRATO DE GRANADA FORMALIZADO EL 10 DE MARZO DE 2006.

«CLÁUSULA CUARTA. La entrega de la/s finca/s urbana/s objeto de este contrato, se supeditan previamente al pago total y definitivo del precio de ésta/s, debiendo asegurarse en ese momento el comprador del buen estado técnico de la construcción, entendiéndose que una vez haya tomado posesión de la/s misma/s no podrá reclamar contra la vendedora excepto por razón de vicios ocultos.»

J. Cláusulas que imponen servicios accesorios o no solicitados.

CONTRATO DEL MUNICIPIO DE VALENCIA FORMALIZADO EL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2002. Cláusula relativa a la formalización ante Notario del contrato de compraventa. «Cuarta. [...] Al objeto de unificar la tramitación de las diferentes gestiones derivadas de la escritura de compraventa, especialmente de la subrogación de los compradores en el préstamo hipotecario, ambas partes acuerdan que tales gestiones en las oficinas de Hacienda, Ayuntamiento, Registro de la Propiedad y en la entidad crediticia, sean realizadas a través de la Asesoría designada por la Notaría donde se otorgue la escritura, aunque a expensas y por cuenta de los COMPRADORES, quien efectuará (sic) la pertinente provisión de fondos.

No será de aplicación el anterior párrafo en el caso de que los compradores hayan renunciado al préstamo hipotecario y haya (sic) pagado la totalidad del precio de la vivienda, de la plaza de aparcamiento y el cuarto trastero.»

K. Cláusulas que sujetan los posibles litigios a arbitrajes distintos de los de consumo.

CONTRATO DE VALENCIA FORMALIZADO EL 21 DE OCTUBRE DE 2003.

«CLÁUSULA 5.5. Arbitraje. Cualquier discrepancia que, entre las partes contratantes, pudiera surgir sobre la terminación de la obra y la aprobación de ésta, será sometida, con carácter imperativo, al arbitraje de D. G.I.R. [se omite el nombre completo] el cual actuará en calidad de Arquitecto Director de las obras, a cuyo laudo conceden los intervinientes el carácter de resolución de la cuestión planteada.»

L. Cláusulas que sujetan los posibles litigios a determinados fueros.

CONTRATO DE CÓRDOBA FORMALIZADO EL 4 DE OCTUBRE DE 2006.

«CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA. Las partes se someten expresamente, para las cuestiones que puedan derivarse de este contrato a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de Córdoba.»

M. Cláusulas que limiten el derecho del consumidor a la elección de notario.

CONTRATO DE LAS PALMAS FORMALIZADO EL 16 DE ABRIL DE 2006.

«CLÁUSULA TERCERA. [...] El Promotor, con una antelación de al menos quince días naturales, avisará al comprador, mediante carta certificada con acuse de recibo, en el domicilio indicado en este documento, lugar, día y hora en que se verificará la entrega de las llaves y el correspondiente otorgamiento de la escritura pública de compraventa, la cual desde ahora pactan se efectuará en la Notaría de Don Pedro E. Botella Torres para su protocolo. [...]

AGRADECIMIENTOS.

C.E.C.U. desea reconocer expresamente la colaboración de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor de Albal (Valencia), Benidorm (Alicante) y Lleida, por la desinteresada remisión de contratos al objeto de ser incluidos en el presente estudio. Esta participación también debe agradecerse a las asociaciones, federaciones y otras entidades confederadas en C.E.C.U. que nos han hecho llegar los contratos de que disponían. Es imperativo reconocerles el esfuerzo en la búsqueda y envío de dicha documentación.



C.E.C.U. también agradece la desinteresada colaboración de D. Carlos Ballugera Gómez, Registrador de la Propiedad, titular del Registro número 7 de Bilbao, redactor del apartado III, «El papel de los Registradores de la propiedad frente a las cláusulas abusivas en materia de compraventa de vivienda».

Finalmente, extendemos nuestro agradecimiento a todos los consumidores que a través de contratosvivienda@cecu.es nos han hecho llegar sus contratos, al tiempo que les animamos a mantener su inquietud por asesorarse y defender los derechos que les asisten.

FOLLETO

La Compra de Vivienda

Cláusulas abusivas que NO debe aceptar en su contrato

Protección del comprador de vivienda frente a cláusulas abusivas

La vivienda es la inversión más importante que hace el consumidor a lo largo de su vida. Por ello debemos ser especialmente cautos para que todos los pasos que damos lleven al buen fin que se desea: disfrutar de la vivienda sin que debamos soportar abusos de ninguno de los muchos agentes que intervienen en el proceso (promotores o constructoros, entidades financieras, entidades aseguradoras, etc.).

Para permitirle detectar aquellos abusos que pueden producirse en el proceso de compra, le hemos preparado este listado de cláusulas que le pueden incluir en su contrato y que, según la legislación y distintas resoluciones judiciales, se vienen considerando abusivas, siempre que el contrato esté redactado de antemano y no sea objeto de negociación individual.

CLÁUSULAS QUE IMPOGAN LOS COSTES DE TITULACIÓN

LA CLÁUSULA: "EL COMPRADOR CORRERÁ CON LOS GASTOS DE REGISTRO DE OBRAS NUEVAS, CONSTITUCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y POSIBLES HIPOTECAS QUE SE LE CONSTITUYAN".

Se trata de gastos relacionados con la preparación de la vivienda para que esta sea utilizada como tal en su destino para sus fines administrativos y de gestión, tal como la declaración de obra nueva o la creación y puesta en marcha de la comunidad de propietarios, y su coste no puede ser trasladado al consumidor, correspondiendo al vendedor.

Existen otros muchos tipos de cláusulas que le obligan a asumir los costes de constitución de hipoteca y sus intereses. Si el constructor o promotor necesitan financiación para proceder con su negocio, no es el consumidor quien debe asumir el coste de dichos créditos.

En cuanto a la plusvalía (Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana), es frecuente que su coste se traslade al consumidor, a pesar de que el vendedor tiene el deber de pagarla, según la normativa fiscal. Aunque puede considerarse como una cláusula abusiva, los tribunales en la práctica consideran como tal de forma unánime. En la fecha de elaboración del presente documento, está en fase de aprobación parlamentaria un proyecto de Ley que prohíbe estipulaciones que impongan al consumidor el pago de impuestos en los que el sujeto pasivo es el vendedor (por lo sucesivo la plusvalía).



CLÁUSULAS QUE IMPOGAN LA SUBROGACIÓN HIPOTECARIA O SUS GASTOS DE CANCELACIÓN

LA CLÁUSULA: "EN EL MOMENTO DE LA ENTREGA, EL COMPRADOR SE COMPROMETE A SUBROGAR EN LA HIPOTECA QUE EXISTE SOBRE LA VIVIENDA, ACEPTANDO LAS CONDICIONES FINANCIERAS PACTADAS EN LA MISMA, PODRÁ CANCELARLA A SU LIBRETO, ASUMIENDO ASÍMISMO LOS GASTOS QUE DE ELLO SE DERIVEN".

La práctica que la vivienda que compramos ya está hipotecada o se hipoteca mientras se construye. En estos casos, tenemos plena libertad de aceptar o no la hipoteca que ya existe. Si decidimos rechazarla y buscar la financiación por nuestra cuenta, no estamos obligados a asumir los costes de la cancelación de la primera hipoteca.



CLÁUSULAS QUE NO FIJEN CON PRECISIÓN LA FECHA DE ENTREGA

LA CLÁUSULA: "LA FECHA PREVISTA DE ENTREGA SERÁ EL SIGUIENTE BIMESTRE DEL AÑO 2020. FECHA FECHA DE ENTREGA INDICATIVA, DIFERENDO VARIAS EN FUNCIÓN DE LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO CONSTRUCTIVO".

Es posible que el contrato que nos proponen no determine con precisión la fecha de entrega de la vivienda, por ejemplo indicando una fecha concreta, señalando que la fecha es aproximada o meramente indicativa, o dándonos el momento de la entrega o lo que resulta de otros procedimientos (como es la licencia de primera ocupación, generalización).

Pues bien, si el comprador cumple con sus compromisos de pago puede exigir que la vivienda se entregue en la fecha consignada en el contrato, a pesar de que bien sea un estado incumplido. Conlleva todos los gastos que fueren exigidos por el comprador en responsabilidad de la empresa vendedora. Rechace el contrato que no precise la fecha de entrega y compruebe si alguna publicidad se refiere a este punto.



CLÁUSULAS QUE PERMITAN AL VENDEDOR REALIZAR CAMBIOS EN LA VIVIENDA

LA CLÁUSULA: "EL COMPRADOR AUTORIZA A QUE EL VENDEDOR REALICE AQUELLOS CAMBIOS EN EL PROYECTO QUE VINIERAN JUSTIFICADOS POR MOTIVOS TÉCNICOS, JURÍDICOS O COMERCIALES".

Es posible que el vendedor incluya una cláusula que le permita realizar cambios en la vivienda, cambios que pueden traer su origen en "motivos técnicos, jurídicos o comerciales", como más habitualmente suele proceder.



En este sentido, comprendiendo que puede haber hechos que conllevan cambios en la ejecución de la obra, no debemos aceptar modificaciones de las características de la vivienda comprada, salvo que los mismos se justifiquen por causa de fuerza mayor. Podemos negociar dichas modificaciones aunque parece que el contrato no nos lo permite. Si sí nos impusieran en la medida posible, podemos negociar por la discrepancia que haya sufrido la vivienda.

Si fuese necesario cambiar el proyecto de obra por razones de fuerza mayor, el promotor deberá comunicarlo al comprador, quien deberá aceptar el subsecuente que en su caso se produzca.

CLÁUSULAS QUE EXONEREN DE RESPONSABILIDAD POR VICIOS EN LA CONSTRUCCIÓN

LA CLÁUSULA: "EL COMPRADOR DEBERÁ COMUNICAR CUALQUIER DEFECTUO EN UN PLAZO DE 10 DÍAS DESDE LA ENTREGA DE LA VIVIENDA, TRANSCRIBIDO DICHO PLAZO, LA EMPRESA VENDEDORA NO ACEPTARÁ RECLAMACIONES POR ESTE MOTIVO".

La Ley de Ordenación de la Edificación marca unos plazos claros de garantía: 1 año para elementos de terminación o acabado, 3 años para defectos que afecten a la habitabilidad de la vivienda, y 10 años para los que afectan a los elementos estructurales y comprometan la resistencia y estabilidad del edificio.

Contraer imposición de plazos distintos se entenderá abusiva, pues el consumidor no puede renunciar de hecho que se manifieste dentro de dichos plazos.

CLÁUSULAS QUE LIMITEN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR A ELEGIR EL NOTARIO ACTUANTE

LA CLÁUSULA: "EL COMPRADOR ESTÁ OBLIGADO A ELEVAR A PÚBLICO EL PRESENTE CONTRATO, COMPARTIENDO UN EL LUGAR, LUGAR Y HORA DESIGNADA POR LA PARTE VENDEDORA".



El comprador tiene derecho a elegir el notario de su confianza. Esto le permite la participación de un profesional muy cualificado en la operación de compraventa. Y como es un derecho inalienable, siempre conserva la posibilidad de designar al notario que desea, siempre que guarde alguna relación o conexión con la operación.

CLÁUSULAS QUE IMPONGAN AL CONSUMIDOR LOS GASTOS DE ESTABLECIMIENTO DE LOS ACCESOS A LOS SUMINISTROS GENERALES DE LA VIVIENDA

LA CLÁUSULA: "EL COMPRADOR ALCABARÁ A LA PARTE VENDEDORA EL IMPORTE CORRESPONDIENTE A LOS GASTOS DE ENSANQUE, ACOMETIDA O CUALQUIER OBRAS RELACIONADAS CON LOS SUMINISTROS DEL INMUEBLE (GASO, LUZ, ELECTRICIDAD)".



La vivienda debe entregarse en condiciones de habitabilidad y al precio establecido en el contrato. Si una vivienda no dispone de los suministros básicos (gas, luz, electricidad...), no puede ser habitada como tal. Por ello, si la empresa vendedora ignora que existe los gastos de establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, sin que, de forma posterior, pueda repercutir el comprador abonando el precio de compra pactado.

¿QUE HACER SI NOS PROPONEN UN CONTRATO EN EL QUE SABEMOS QUE HAY CLÁUSULAS ABUSIVAS?

Es posible que nos resulte interesante adquirir una determinada vivienda, a pesar de que nuestra resistencia finalice con la negativa del vendedor a formalizar el contrato de compraventa. En estos casos debemos valorar nuestro interés en la adquisición de la vivienda, siendo conscientes que, aunque firmemos y aceptemos el contrato, podremos interponer después una reclamación a efectos sancionador en contra los Servicios de Inspección de Consumo de la localidad o Comunidad Autónoma de que se trate, consulto con su Asociación de Consumidores.

¿Y QUÉ PASA SI EN MI CONTRATO, QUE YA ESTÁ FIRMADO, COMPRUEBO QUE HAY CLÁUSULAS ABUSIVAS?

El contrato se debe cumplir para ambos partes, pero luego en cuanto que incluso una vez firmado, aún reconociendo situaciones abusivas, se puede solicitar a las Juntas de Arbitraje la declaración de una cláusula como abusiva, lo que puede conllevar que finalmente la cláusula no se aplique. Además, puede denunciarse esta situación en los distintos organismos de atención al consumidor para que se imponga la correspondiente multa a estas especies a la empresa vendedora.



CECU. Año 2006

c/ Mayor, 45, 2º - 28013 MADRID
Tel: 91 364 13 84 Fax: 91 366 90 00
e-mail: cecu@cecu.es - www.cecu.es



Este programa ha sido subvencionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo - Instituto Nacional de Consumo - Su contenido es de responsabilidad exclusiva de CECU.

ADENDA AL INFORME SOBRE EL ANÁLISIS DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA. C.E.C.U. enero de 2006.

PROYECTO: PROTECCIÓN AL COMPRADOR DE VIVIENDA FRENTE A CLÁUSULAS ABUSIVAS.

En relación con el referido proyecto «Protección del comprador de vivienda frente a cláusulas abusivas» y con motivo de la publicación en el Boletín Oficial del Estado del día 30 de diciembre de 2006 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, es necesario tener en cuenta las modificaciones que este texto legal supone sobre varios de los apartados tratados en el **INFORME SOBRE EL ANÁLISIS DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA**.

La modificación más sustancial a los efectos de este informe, con fecha de entrada en vigor 31 de diciembre de 2006, se realiza por el número trece del artículo 1 de esta Ley 44/2006, que modifica la anterior redacción del número 22 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; según la nueva redacción, se entenderá abusiva:

«22. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al profesional. 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 y 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 los 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 ser entregada en condiciones de habitabilidad».

En concreto, estos son los apartados del Informe que se ven más inmediatamente afectados por la nueva redacción legal:

– En la página 24, al tratar la abusividad de la cláusula por la que se impone al consumidor los gastos de acometidas. Los contratos de compraventa de vivienda que contengan cláusulas relativas a esta materia deberán interpretarse de conformidad con la nueva redacción del número 22.d) de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

– En la página 26, sobre la abusividad de la cláusula por la que se impone al consumidor el pago de la plusvalía (impuesto municipal sobre el incremento de valor de terrenos de naturaleza urbana). Por lo tanto, a partir de la fecha de entrada en vigor es necesario interpretar los contratos de compra de vivienda en el sentido de que será abusiva cualquier estipulación que traslade al consumidor impuestos que correspondan al vendedor, no sólo la plusvalía sino cualquier otro (el de actos jurídicos documentados en la constitución de avales, por ejemplo).

Reseñar, en cuanto a los contratos ya suscritos por los consumidores con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, que la disposición transitoria primera, relativa al régimen transitorio en materia de contratos celebrados con los consumidores, establece lo siguiente:

«Los contratos con los consumidores deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta ley, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor. Transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en esta Ley serán, por tanto, nulas de pleno derecho».

