



FACULTAD DE DERECHO

**LOS RIESGOS DEL COMPRADOR DE VIVIENDA
SOBRE PLANO**

Autor: Enrique García-Chamón Boronat

5º E-3 B

Área de Derecho Civil

Tutor: Luis Alfonso Fernández Manzano

Madrid
Abril 2018

RESUMEN

El comprador de una vivienda sobre plano soporta varios riesgos relacionados con la no existencia de la vivienda en el momento de la celebración del contrato, entre los que destacan la pérdida del precio pagado a cuenta del precio total, la no entrega de la vivienda en el plazo pactado y la no concordancia de la vivienda con las condiciones que se habían pactado con el vendedor. La crisis económica que hemos sufrido ha provocado que estos riesgos se hayan materializado en muchas ocasiones. Se exponen los instrumentos jurídicos a favor del comprador para la defensa de sus intereses.

Palabras Clave: Riesgos; compraventa vivienda sobre plano; garantías; aval; seguro de caución; consumidor; promotor inmobiliario.

ABSTRACT

The dwelling plan buyer holds several risks related with the no existence of the dwelling during the contract celebration, such as the loss of the price paid on account of the final price, the no transmission of the dwelling on the agreed term, and the no matching of the dwelling with the terms agreed with the seller. The economic crisis we have suffered had provoked that these risks have materialized several times. We will expose the several legal instruments in favor of the buyer in order to protect his interests.

Key Words: Risks; dwelling plan sale contract; guarantee; endorsement; surety insurance; consumer; real state promoter.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

RESUMEN	I
Listado de Abreviaturas	IV
1. INTRODUCCIÓN.	1
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.	2
1.1. Subjetivo.....	2
1.1.1 Comprador. Ausencia de ánimo de lucro.	3
1.1.2. Vendedor. Promotor. Cooperativa.	4
1.2. Objetivo.	5
1.2.1. Compraventa y otras figuras afines.	5
1.2.2. Vivienda.....	6
1.3. Dinámica de la relación contractual.	7
1.3.1. Contrato privado. Obligaciones de las partes.	7
1.3.2. Otorgamiento de la escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad.	8
1.3.3. Financiación de la compraventa.	9
2. MARCO NORMATIVO.	10
2.1. Normativa estatal.	10
2.1.1. LGDCU	10
2.1.2. LCGC.....	11
2.1.3. LPCA	11
2.1.5. Disposición adicional primera de la LOE.....	12
2.1.6. 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.	13
2.2. Normativa autonómica.	13
3. RIESGOS DEL COMPRADOR.....	14
4. GARANTÍAS EXIGIBLES ANTES DE LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA.	15
4.1. Oferta publicitaria vinculante.....	16
4.2. Información precontractual veraz y completa.	18
4.2.1. Vicios del consentimiento.	21
4.3. Garantías de la devolución de las cantidades anticipadas por el comprador.....	21
4.3.1. Aval o seguro de caución.....	22
4.3.2. Ingreso de las cantidades en una cuenta especial.	24
4.3.3. Análisis sistemático de la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.....	25
5. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA POR EL VENDEDOR.....	30
5.1. Régimen general: Mora, Término esencial y Resolución.	30
5.2 Especialidad en las compraventas de viviendas sobre plano y sus excepciones.	31
5.3 Incumplimiento previsible o anticipado.....	32
5.4 Incidencia de la falta de concesión de la licencia de primera ocupación.	32
5.5 Incidencia de la no autorización de la subrogación en el préstamo hipotecario.	33
6. GARANTÍAS EN LA FORMALIZACIÓN DE LA COMPRAVENTA.....	33
6.1. En el momento del otorgamiento de la escritura.....	34
6.1.1. Derecho a la elección de Notario.....	34
6.1.2. Información de la situación registral y transmisión del otorgamiento de la escritura al Registro.....	34
6.1.3. Gastos de escrituración y conexos.....	34
6.1.4. Certificado de deudas con la Comunidad de Propietarios.....	35

6.2. Cláusulas abusivas específicas del contrato de compraventa de vivienda.....	35
7. GARANTÍAS POSTERIORES A LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA.....	37
7.1. Cumplimiento de los presupuestos de identidad e integridad.....	37
7.1.1. Acción resolutoria de la compraventa.	37
7.1.2. Superficie distinta a la pactada.	38
7.1.3. Doctrina del “aliud pro alio”.	38
7.2. Cargas y gravámenes.	38
7.2.1. Certificación de cargas y gravámenes.	39
7.2.2. Doble venta.	39
7.2.3 Saneamiento por evicción.....	40
7.2.4 Rescisión por incumplimiento de normas urbanísticas.	40
7.3. Daños en la edificación. LOE.	40
8. CONCLUSIONES.	42
BIBLIOGRAFÍA	44

Listado de Abreviaturas

C.c. Código civil.

CCAA Comunidades Autónomas.

CE Constitución española de 1978.

LCGC Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

LCoop Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas

LGDCU Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Lh Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946.

LOE Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

LPCA Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

LPH Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

Rh Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

1. INTRODUCCIÓN.

Es una idea muy arraigada en nuestra cultura la de ser propietario de la vivienda¹ donde residimos. Además de ser la operación financiera más importante en la vida de las personas al requerir de financiación externa (normalmente, mediante préstamo hipotecario) para hacer frente al elevado precio de la vivienda, también puede constituir una operación arriesgada si no adoptamos las debidas precauciones.

El itinerario habitual que culmina con la adquisición de la vivienda se inicia con la celebración de un contrato privado de compraventa entre el promotor y el comprador sin que la construcción de la vivienda esté concluida y, en muchos casos, ni siquiera iniciada la construcción, de ahí la denominación de compraventa de vivienda sobre plano o en construcción. Desde ese mismo momento, el comprador ya inicia una serie de pagos a cuenta del precio final que abonará en el momento de la terminación de la obra y del otorgamiento de la escritura confiando en que el promotor le entregue la vivienda en la fecha pactada y en las condiciones físicas y jurídicas convenidas.

Sin embargo, agudizado por la crisis inmobiliaria que hemos atravesado, estos compradores “confiados” se han visto ante la desagradable sorpresa de que la vivienda no estaba terminada en la fecha acordada y, a veces, ni siquiera se había iniciado el llamado movimiento de tierras, fase inicial de la construcción. La situación se agrava cuando el promotor que ha recibido los importantes pagos a cuenta realizados por los compradores ha sido declarado en situación de concurso por encontrarse en situación de insolvencia. Se materializa así el riesgo más grave que ha de soportar un comprador de vivienda sobre plano porque, de un lado, no tiene ninguna posibilidad de recuperar la parte del precio que ha abonado al promotor ante su situación de insolvencia y; de otro lado, tampoco puede exigir la entrega de la vivienda, aunque sea parcialmente construida, porque carece de cualquier derecho real sobre la misma al no haberle sido entregada en las condiciones pactadas.

En este trabajo queremos exponer este riesgo ante el que se encuentra el comprador de vivienda sobre plano por ser el más grave pero también otros que pueden surgir a lo largo del itinerario de la compraventa. No nos limitaremos a exponer los riesgos o peligros sino también cuáles son las cautelas o medios de protección que pone nuestro Derecho a disposición de estos compradores vulnerables.

¹ Según datos de Eurostat correspondientes al año 2017, el 78,2 % de los españoles son propietarios de sus viviendas frente al 69,5% que es la media en la Unión Europea.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Para centrar el estudio hemos de delimitar su contenido: i) el ámbito subjetivo, esto es, cuáles son los sujetos que intervienen en este contrato; ii) el ámbito objetivo, lo que nos obliga a referirnos al instrumento jurídico a través del cual el comprador adquiere el dominio sobre la vivienda que no puede limitarse exclusivamente al contrato de compraventa sino también a otros contratos afines, sin olvidar el concreto objeto de este contrato que es la vivienda; iii) la dinámica contractual porque, como ya hemos adelantado, la compraventa se estructura cronológicamente, como regla general, en un primer momento, en un contrato privado de compraventa y, después, mediante una escritura pública de compraventa que está acompañada en la mayor parte de las ocasiones del instrumento jurídico de la financiación como es el préstamo hipotecario.

1.1. Subjetivo

Es fácil advertir que los sujetos que intervienen en este contrato son, de un lado, el promotor quien ocupará la posición de vendedor y; de otro lado, el adquirente de la vivienda quien ocupará la posición de comprador.

Pero, en ocasiones, el vendedor no es solo el promotor habitual, sociedad mercantil que tiene como objeto de su actividad empresarial la construcción de viviendas para su enajenación a terceros con ánimo de lucro sino también las sociedades cooperativas que actúan como una entidad sin ánimo de lucro, formada por un grupo de personas que comparten básicamente la necesidad de una vivienda y se unen para acceder a ella en las mejores condiciones de calidad y coste posible aunque externalizan la gestión de la actividad promotora en una gestora que percibe una retribución por sus servicios.

No serán objeto de estudio específico pero no podemos olvidar que también intervienen en la relación contractual otros sujetos distintos: de un lado, la entidad financiera que facilitará los fondos al comprador para hacer frente al pago del resto del precio en el momento de la entrega de la vivienda y, de otro lado, la entidad avalista o aseguradora que garantiza al comprador la devolución de las cantidades entregadas a cuenta en el caso de que la vivienda no se entregue en la fecha pactada.

1.1.1 Comprador. Ausencia de ánimo de lucro.

El comprador al que nos vamos a referir en este trabajo es el consumidor tal y como viene regulado en el artículo 3 LGDCU: *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

Consiguientemente, quedan excluidas las personas jurídicas que actúan en el mercado inmobiliario y también aquellas personas físicas que adquieren la vivienda con una finalidad especulativa porque esperan obtener una ganancia con la reventa de la misma a un tercero².

En nuestra jurisprudencia se excluye de la protección de la LPCA al comprador de la vivienda que es un profesional del sector inmobiliario o que invierte en la adquisición de viviendas para revenderlas y así, la STS de 1 de junio de 2016 declara: *“Pues bien, la interpretación de la Ley 57/1968 en el sentido de excluir de su ámbito de protección a quienes, como el aquí recurrente, son profesionales del sector inmobiliario, y también a quienes invierten en la compra de viviendas en construcción para revenderlas durante el proceso de edificación, o bien al finalizar el mismo mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa a favor de un comprador diferente, no debe quedar alterada por la referencia a «toda clase de viviendas» en la d. adicional 1.ª de la LOE , pues esta referencia ha de entenderse hecha tanto a las formas de promoción, para comprender así las que «se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa», sin necesidad de ninguna otra norma especial que así lo disponga, cuanto al régimen de las viviendas, para comprender así no solo las libres sino también las protegidas, sin necesidad tampoco de ninguna norma especial. En definitiva, la expresión «toda clase de viviendas» elimina cualesquiera dudas que pudieran reducir el nivel de protección de los compradores por razón de la forma de promoción o del régimen de la vivienda que*

² El llamado “pase” es la práctica habitual con la que un particular adquiere una vivienda en construcción entregando solo la señal o la reserva para, una vez terminada la construcción, venderla a un tercero por un valor muy superior sin ni siquiera haber materializado la compraventa.

comprende, pero no puede equipararse a «toda clase de compradores» para, así, extender la protección a los profesionales del sector inmobiliario o a los compradores especuladores, pues entonces no se entendería la razón de que el art. 7 de la Ley 57/1968 atribuya «el carácter de irrenunciables» a los derechos que la propia Ley 57/1968 otorga a los compradores («cesionarios»).”

1.1.2. Vendedor. Promotor. Cooperativa.

El vendedor es un empresario que se dedica habitualmente a la venta de viviendas, identificándose en parte con la figura del promotor cuya definición legal se contiene en el artículo 9.1 LOE: “Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajos cualquier título.”

El artículo 9.2 LOE especifica las obligaciones que asume el promotor en el proceso de edificación: a) Ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él; b) Facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, así como autorizar al director de obra las posteriores modificaciones del mismo; c) Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra; d) Suscribir los seguros previstos en el artículo 19; e) Entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes.

Hemos de excluir al autopromotor porque éste no tiene por finalidad enajenar la vivienda construida en favor de un tercero sino para ocuparla por él mismo.

También hemos de incluir dentro de la posición contractual del vendedor a las cooperativas de viviendas³ que tienen por objeto la asociación de personas físicas que precisen alojamiento y/o locales para sí y las personas que con ellas convivan. Las cooperativas de viviendas pueden adquirir, parcelar y urbanizar terrenos y, en general, desarrollar cuantas actividades y trabajos sean necesarios para el cumplimiento de su objeto social. La propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a los socios mediante cualquier título admitido en derecho.

³ Arts. 89 y ss Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. También existe una norma legal sobre cooperativas en las Comunidades Autónomas.

1.2. Objetivo.

Hemos de delimitar este trabajo desde el punto de vista objetivo en el sentido de determinar cuál es el instrumento jurídico habitualmente utilizado para la adquisición de la propiedad y; cuáles son las características del bien adquirido, generalmente denominado vivienda.

1.2.1. Compraventa y otras figuras afines.

El instrumento jurídico habitual mediante el que se inicia el itinerario para la adquisición de la propiedad de la vivienda es el contrato privado de compraventa cuya definición se contiene en el artículo 1.445 C.c.: “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.”

En ocasiones, se formaliza ese inicial contrato a través de un contrato llamado “señal” o “arras”. A las arras se refiere el artículo 1.454 C.c.: “Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas.” Podemos distinguir tres clases de arras según su finalidad: i) confirmatorias: su entrega cumple la función de señal de su celebración o de prueba de su perfección y la cantidad entregada se reputa dada a cuenta del precio final; ii) penitenciales: cuando la entrega permite a cualquiera de las partes desistir de la ejecución de un contrato ya perfeccionado, allanándose quien entregó las arras a perderlas y quien las recibió a devolverlas duplicadas; iii) penales: operan en caso de incumplimiento de las obligaciones de modo que se pierden o devuelven dobladas según quien sea el que incumple pero no facultan para resolver el contrato. Según constante criterio jurisprudencial si no consta claramente la voluntad en favor del carácter penitencial o penal se consideran simplemente confirmatorias, como anticipo del precio.

También nos podemos encontrar con una modalidad de precontrato como es el contrato de opción de compra en el que una de las partes, concedente de la opción (promotor), atribuye a la otra, beneficiaria de la opción (comprador), un derecho que le permite decidir, dentro de un período de tiempo y unilateralmente, la celebración de la compraventa. El concedente o vendedor se abstiene de vender a un tercero la vivienda durante el plazo de la opción y, el optante que ha pagado una prima por la opción decide

en el plazo concedido si se formaliza la compraventa de modo que la prima se considerará como pago a cuenta y si no ejerce la opción perderá la prima abonada.

Por último, nos referimos al llamado contrato para persona a designar en el que uno de los contratantes que llamamos estipulante (comprador provisional), se reserva la facultad de designar en un momento posterior (normalmente, al tiempo del otorgamiento de la escritura) a una tercera persona (el comprador definitivo) que será quien celebrará la compraventa mediante escritura con el vendedor.

1.2.2. Vivienda.

El objeto de transmisión a través de cualquiera de las anteriores modalidades contractuales es una vivienda en fase de construcción o en proyecto porque ni siquiera se ha iniciado su construcción, esto es, la denominada usualmente venta sobre plano.

Quedan excluidos de este trabajo la venta de un edificio, de un local destinado al ejercicio de una actividad profesional o empresarial o de un solar.

La vivienda es un inmueble por incorporación⁴ y se entiende por tal toda edificación habitable, destinada a residencia de personas físicas, y que reúna los requisitos básicos de calidad de la edificación, entorno y ubicación conforme a la legislación aplicable, y que sea apta para la obtención de las autorizaciones administrativas que permitan su ocupación.

Se identifica la vivienda por su número de finca⁵ del Registro de la Propiedad correspondiente porque el promotor habrá inscrito previamente la escritura de declaración de obra nueva en construcción⁶. Se suele otorgar la declaración de obra nueva en construcción cuando el promotor necesita financiación del banco para construir y constituye una hipoteca sobre el inmueble en construcción. Al acabar la obra el promotor declarará que se ha concluido mediante un acta notarial llamada de final de obra.

En el contrato se indica la planta del edificio donde está ubicada, el número que le corresponde dentro del edificio, sus características físicas (superficie, lindes) y jurídicas (cuota de participación y normas estatutarias en el régimen de propiedad horizontal) así como también la memoria de calidades de los materiales.

⁴ Art. 334.1 C.c.: “edificios y construcciones de todo tipo adheridas al suelo.”

⁵ Arts. 8 a 10 Lh.

⁶ Art. 308 Rh.

Además, se especifican los anejos de la vivienda como pueden ser los trasteros y las plazas de garaje con su ubicación en el interior del edificio. También incluye la participación en los elementos comunes del conjunto del edificio o de la fase en la que está integrado el edificio.

La protección se otorga indistintamente si están destinadas las viviendas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial.

1.3. Dinámica de la relación contractual.

Nos referimos al itinerario o a las distintas fases que deben discurrir desde el momento en que el interesado en la adquisición de una vivienda suscribe un contrato con el promotor y la construcción de la vivienda no está siquiera iniciada hasta el momento en que el comprador recibe la vivienda y comprueba que las condiciones jurídicas y físicas se corresponden realmente con las pactadas.

1.3.1. Contrato privado. Obligaciones de las partes.

La primera fase de la relación contractual se produce con la firma del contrato privado de compraventa o asimilado.

En este contrato, el promotor asume una obligación preparatoria como es la de construir la vivienda respecto de la obligación principal consistente en la entrega de la vivienda al comprador. Esta obligación preparatoria condicionará la obligación de entrega porque su incumplimiento o cumplimiento defectuoso repercutirá necesariamente en la obligación de entrega de la vivienda. Se tendrán por adecuadamente cumplidas la obligación preparatoria y la principal si el comprador recibe la vivienda en las condiciones jurídicas y físicas pactadas. La determinación de la fecha de la entrega es un elemento relevante en la obligación principal a cargo del promotor porque es el término final del plazo no solo de la construcción material de la vivienda sino también de la obtención de aquellas autorizaciones administrativas (por ejemplo, licencia de primera ocupación) que ha de entregar necesariamente al comprador.

De otro lado, el comprador en este contrato privado asume dos obligaciones principales: i) efectuar pagos parciales y periódicos a cuenta del precio con lo que

contribuye también a la financiación de la construcción junto con el préstamo que una entidad financiera ha concedido al promotor; ii) colaborar para que el promotor pueda cumplir con su obligación de entrega, habitualmente, presentándose en la Notaría donde se otorgará la escritura pública.

Este contrato formalizado mediante documento privado carece de efectos jurídico-reales porque la vivienda aún no tiene materialidad real y no puede ser entregada al comprador (teoría del título y el modo según los artículos 609 y 1095 C.c.), de tal manera que sólo produce efectos obligacionales entre las partes. Quiere decirse que el comprador no adquiere ningún derecho real sobre la vivienda en construcción ni tampoco su expectativa en ser futuro propietario tiene reflejo alguno en el Registro de la Propiedad.

Como la vivienda en construcción ya está inmatriculada en el Registro de la Propiedad en virtud de la declaración de obra nueva en construcción y su titular registral es el promotor puede darse la situación de que el acreedor del promotor anote preventivamente el embargo de su derecho de crédito sobre una de las fincas que se corresponde con alguna de las viviendas ya vendidas mediante contrato privado a un comprador sin que éste pueda oponerse.

1.3.2. Otorgamiento de la escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad.

El segundo momento en este itinerario es el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, coincidente con el momento de la terminación de la obra y de la obtención de las autorizaciones administrativas que permiten al comprador ocupar la vivienda. Por medio de la escritura, el promotor cumple su obligación de entrega de la vivienda (párrafo segundo del artículo 1.462 C.c.) transfiriendo en este momento el dominio sobre la misma al comprador (artículos 609 y 1095 C.c.) y éste, como contraprestación, ha de cumplir la obligación de pago del resto del precio.

En el caso de que la empresa promotora se negara a otorgar escritura o hubiera desaparecido del tráfico, el comprador no puede más que instar un procedimiento judicial con esta única finalidad para, a continuación, proceder a la inscripción en el Registro de la Propiedad y gozar así de la protección de la fe pública registral.

A partir de este momento, ningún acreedor del promotor podrá anotar ningún embargo en la finca ya adquirida por el comprador pues en el Registro figurará como propietario el comprador y, no el promotor-deudor.

La cuestión que se suscita es si el segundo documento contractual produce los efectos propios de una novación extintiva respecto del primero. Considero que ambos documentos formalizan todo el *iter* de la relación contractual desde el momento en el que ambas partes constituyen las obligaciones hasta el momento en el que se consuman por su cumplimiento, por lo que ambos documentos son complementarios manteniendo su contenido obligacional. No son dos contratos de compraventa sucesivos en el tiempo de tal manera que el segundo es el único que contiene la reglamentación negocial entre las partes. Es decir, por el hecho de que en la escritura pública no se haga referencia alguna a la obligación de ejecutar la obra conforme a un proyecto sino, simplemente, se refiere a la entrega de una vivienda ya construida, ello no exime de responsabilidad al promotor en caso de incumplimiento de la obligación de ejecución de la obra con los materiales indicados en el primer documento contractual donde se contenía la referencia a un proyecto técnico con una memoria de calidades determinada.

1.3.3. Financiación de la compraventa.

En la práctica generalidad de los casos, el comprador carece de la suma de dinero con la que pagar el resto del precio pendiente al tiempo del otorgamiento de la escritura de compraventa por lo que ha de recurrir a financiación externa a través de entidades de crédito.

El instrumento a través del cual se obtiene la financiación es un préstamo con garantía hipotecaria que grava, específicamente, la misma vivienda objeto de la compraventa y que obliga a otorgar escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad⁷. Significa, pues, que si el prestatario incumple el préstamo, la entidad prestamista podrá instar la ejecución de la vivienda mediante subasta pública y con el precio que obtenga verá satisfecho su crédito.

El comprador puede optar por subrogarse en el préstamo hipotecario concedido por la entidad financiera al promotor o bien puede el comprador obtener por su cuenta un préstamo hipotecario en unas condiciones más ventajosas en cuyo caso el promotor

⁷ Arts. 1.875 C.c. y 145 Lh.

deberá cancelar previamente la hipoteca que garantizaba el crédito que le había concedido a él una entidad financiera.

Las cláusulas financieras más importantes de un préstamo hipotecario son el capital prestado, el plazo y el tipo de interés remuneratorio. No son objeto del presente trabajo las cláusulas abusivas incorporadas al préstamo hipotecario que han dado lugar actualmente a múltiples procedimientos judiciales promovidos por los compradores frente a las entidades financieras: por ejemplo, las llamadas cláusula suelo, los intereses moratorios, el vencimiento anticipado, los préstamos multidivisa y los gastos de formalización del préstamo hipotecario.

2. MARCO NORMATIVO.

Una vez delimitado el ámbito del presente trabajo hemos de precisar el marco normativo o régimen jurídico aplicable.

En un primer nivel, habría que hacer referencia al precepto constitucional más vinculado con esta materia. El artículo 47 CE declara: *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.”*

En un segundo nivel haremos referencia a la normativa estatal y a la normativa autonómica que regulan específicamente esta materia y también la que articula los distintos medios de que dispone el comprador para la defensa de sus intereses.

2.1. Normativa estatal.

Seguidamente, destacamos las normas de aplicación general en España sobre la materia.

2.1.1. LGDCU

La importancia de esta Ley es doble: de un lado, establece la regulación transversal de la contratación con los consumidores, de naturaleza imperativa,⁸ que debe proyectarse sobre el contrato de compraventa de vivienda y; de otro lado, regula las

⁸ Art. 10 LGDCU.

llamadas cláusulas abusivas⁹ con carácter general y, también, la llamada “lista negra” de las específicas cláusulas abusivas, algunas de ellas directamente relacionadas con la compraventa de viviendas.

2.1.2. LCGC

La relación que mantiene esta Ley con esta materia es que la práctica generalidad de los contratos de compraventa de vivienda utiliza la técnica de los contratos de adhesión (cuyas características más relevantes son: contractualidad, predisposición, imposición y aplicación generalizada) en los que el predisponente es el promotor y el adherente es el comprador. Además prevé las acciones con las que puede defenderse el comprador-adherente y, así distingue las acciones individuales de no incorporación y de nulidad de cláusulas abusivas y, las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativas.

2.1.3. LPCA

Prevé las garantías para el riesgo más grave que puede padecer el comprador de una vivienda sobre plano: la pérdida de las cantidades entregadas a cuenta en el caso de que el promotor no entregue la vivienda en la fecha pactada.

Se impone al promotor: i) garantizar la devolución de las cantidades entregadas con sus intereses, mediante contrato de seguro o mediante aval solidario prestado por una entidad financiera para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido; ii) percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una entidad financiera en las que habrán de depositarse en una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas y, para la apertura de estas cuentas o depósitos, la entidad financiera, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere el apartado anterior.

Establece medios especiales de protección para el comprador en el caso de que la vivienda no sea entregada en la fecha pactada: i) el comprador podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta,

⁹ Arts. 82 y ss. LGDCU.

incrementadas con sus intereses, o conceder al promotor una prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda; ii) el contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el comprador tenga derecho.

Declara el carácter irrenunciable de los derechos concedidos por la Ley a los compradores.

A partir del año 2013 la Sala Primera del Tribunal Supremo ha elaborado un amplio cuerpo de doctrina jurisprudencial en protección de los compradores tras el período de crisis del sector inmobiliario ampliando la responsabilidad de las entidades financieras depositarias de los ingresos de los compradores a cuenta del precio y de las entidades avalistas.

Esta Ley fue modificada por la Disposición adicional primera de la LOE en su redacción originaria.

La LPCA fue derogada a partir de 1 de enero de 2016 en virtud de la Disposición final tercera-cuatro de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Su texto, con importantes modificaciones, se ha incorporado a la Disposición adicional primera de la LOE en virtud de la Disposición final tercera-dos de la Ley 20/2015. A pesar de estar derogada sigue teniendo gran importancia porque los numerosos litigios que existen en la actualidad sobre esta materia se refieren a contratos de compraventa celebrados bajo su vigencia.

2.1.5. Disposición adicional primera de la LOE.

Como ya hemos indicado en el apartado anterior, tras la derogación de la LPCA, su texto se ha incorporado, con importantes modificaciones, a la Disposición adicional primera de la LOE a partir del 1 de enero de 2016.

Entre las modificaciones más importantes destacamos las siguientes: i) concreta las cantidades garantizadas incluyendo las cantidades anticipadas, los impuestos y el interés legal desde que se efectuó el anticipo; ii) regula con mayor detalle el contrato de seguro de caución y el contrato de aval; iii) prevé el modo de reclamar a la entidad

aseguradora y a la entidad avalista en el caso de incumplimiento del promotor; iv) regula la extinción de estas garantías.

Aun no existen pronunciamientos judiciales en aplicación de esta nueva norma porque su entrada en vigor ha sido reciente.

2.1.6. 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.

Esta norma constituye el desarrollo reglamentario del derecho a la información de los consumidores reconocido en la LGDCU relacionado con la adquisición de una vivienda. La información previa que ha de facilitarse por el promotor al futuro adquirente de la vivienda comprende todos los datos relativos a: i) el promotor y las autorizaciones administrativas para la edificación; ii) las condiciones físicas y jurídicas de la vivienda; iii) el precio, la forma de su pago y las garantías.

La importancia de esta información previa facilitada por el promotor al futuro adquirente radica en que el contenido del posterior contrato deberá ajustarse a esa información.

2.2. Normativa autonómica.

Las CCAA tienen atribuida en sus respectivos Estatutos la competencia sobre la vivienda, bien exclusiva, bien compartida con el Estado y, en prácticamente todas ellas, sus respectivas Asambleas legislativas han aprobado textos legales relacionados con la vivienda y los remedios a disposición del comprador para evitar los peligros o riesgos que pueden suceder en el caso de la compraventa de una vivienda sobre plano.

Si se examina el contenido de estos textos legales, prácticamente es coincidente con la legislación estatal que ya hemos analizado anteriormente pero tienen la ventaja de una regulación más unificada y ordenada que la estatal.

Vamos a relacionar los textos legales de algunas de las distintas CCAA a efectos meramente ilustrativos:

- 1) Ley 18/2007, del derecho de acceso a la vivienda. Comunidad Autónoma de Cataluña.
- 2) Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias.

- 3) Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana.
- 4) Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja.
- 5) Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía.
- 6) Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León.
- 7) Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia.
- 8) Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia.
- 9) Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda. País Vasco.
- 10) Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra.

3. RIESGOS DEL COMPRADOR.

La adquisición de la vivienda es la operación económica de mayor trascendencia que realizan las familias, destinan a esa operación una gran cantidad de recursos económicos que, en muchas ocasiones, exige la financiación ajena para cuya amortización deben de transcurrir muchos años. No obstante, esa enorme trascendencia, son muchos los peligros o riesgos que acompañan a esa operación, máxime, cuando aún no se ha iniciado la construcción de la vivienda o ésta se encuentra sin terminar.

La adquisición de la vivienda resultará exitosa cuando el comprador adquiere el dominio de la vivienda y ésta es entregada en las condiciones físicas y jurídicas acordadas, en el plazo de tiempo pactado y sin haber abonado en concepto de precio una cantidad superior a la convenida.

Son múltiples los riesgos o peligros que pueden acechar o frustrar el buen fin de la operación, entre los que cabe destacar:

1.-) que el transmitente no sea el titular de la vivienda, bien porque nunca fue propietario o bien porque se la transmitió antes a otra persona.

2.-) que la vivienda esté gravada con cargas o sea objeto de derechos en favor de terceros de los que nunca se informó al comprador.

3.-) que la vivienda responda por impuestos impagados y devengados con anterioridad a la compraventa (IBI, Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, Impuesto de Donaciones y Sucesiones).

4.-) que la vivienda no se adecúe a las exigencias urbanísticas del instrumento de planeamiento correspondiente.

5.-) que la vivienda no se entregue en el plazo pactado.

6.-) que la vivienda entregada no se ajuste a las condiciones físicas ni de calidad referidas en el contrato.

7.-) que no se destinen las cantidades entregadas a cuenta a financiar la construcción de la vivienda.

8.-) que se exijan al comprador incrementos de precio no pactados o se le exija el pago de determinados conceptos cuyo abono no le corresponde.

9.-) limitaciones en el uso de la vivienda según lo establecido en los estatutos de la Comunidad de Propietarios.

10.-) cuotas de la Comunidad de Propietarios imputables a la vivienda que se encuentren impagadas en el momento de la transmisión.

11.-) defectos en la construcción que, con el tiempo, merman gravemente las condiciones de habitabilidad de las viviendas.

Sin ánimo de agotar la relación de todos los posibles riesgos que pueden acechar al comprador, el objeto del presente trabajo consiste en examinar cuáles son las normas que tratan de evitarlos y su grado de eficacia.

No existe un cuerpo normativo sistematizado sobre las garantías del comprador-consumidor sino que su regulación se encuentra dispersa en varios textos normativos por lo que, al objeto de su mejor ordenación, distinguiremos, en aplicación de un criterio cronológico: las garantías previas a la celebración del contrato, las que deben observarse en el momento de la celebración del contrato y, por último, las que pueden entrar en juego una vez adquirida la vivienda.

Haremos también una especial referencia a las particularidades de la obligación de entrega de la vivienda en este tipo de contrato.

4. GARANTÍAS EXIGIBLES ANTES DE LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA.

El momento en que son exigibles estas garantías es el de los denominados tratos preliminares que comprenden (Díez-Picazo y Gullón) los actos o series de actos que preceden o pueden preceder a la formación de un contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad.

4.1. Oferta publicitaria vinculante.

Dentro de esta fase precontractual destaca la idea de que los términos de la oferta en sentido amplio, incluida la publicitaria, tienen carácter vinculante para el promotor-vendedor.

Así, el artículo 61 LGDCU expresa:

“1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.”

El artículo 3.2 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, también expresa:

“Los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado.”

Quiere decirse que el contenido de toda la actividad promocional que realiza el promotor con la finalidad de captar a los potenciales compradores de las viviendas, de un lado, debe ser veraz y no engañosa y, de otro lado, tiene carácter vinculante o contractual para el promotor aun cuando después no se refleje expresamente en el contrato.

La STS de 20 de noviembre de 2017 que alude a las SSTS de 30 de mayo de 2011 y de 23 de julio de 2013 contiene un ejemplo de oferta publicitaria vinculante en el ámbito de la compraventa de la vivienda cuyo incumplimiento da lugar a la resolución del contrato:

“En la sentencia recurrida se declara en relación con los incumplimientos de la

vendedora:

1. *Con respecto al campo de golf, se preveía su construcción en el contrato y que el comprador de la vivienda pudiera ser abonado, dándose de alta y disfrutar de un descuento en la cuota, pero sin que el campo de golf fuese un elemento común de la urbanización.*

En el contrato no se especificaba que fuese un campo de 18 hoyos, pero sí se recogía en el folleto publicitario facilitado al comprador.

Consta que un campo con 9 hoyos (que no 18) se pudo utilizar desde abril de 2007, acta de comprobación favorable para el uso en junio de 2013, y licencia para campo de 18 hoyos, el 6-8-2013.

Este incumplimiento se califica de parcial en la sentencia recurrida dado que se creó un campo de golf de 9 hoyos y no de 18 como se publicitó, reconociendo que un campo de 18 hoyos habría supuesto «un valor añadido económico y social y de calidad de vida».

2. *En la sentencia recurrida se declara que no consta el acceso a la autopista ofrecido en el folleto publicitario, si bien no era obligación de la vendedora, a la cual solo le correspondía garantizarlo, la cual había prestado ante al administración el aval que garantizaba el cumplimiento de sus obligaciones, siendo competencia de la Administración del Estado.*

Sin embargo en la sentencia recurrida se considera un incumplimiento no resolutorio dado que ofreció unas vías de comunicación rápidas con el resto de la provincia que no se cumplieron, frustrando al comprador y añadiendo una nueva pérdida del valor añadido.

3. *En la sentencia recurrida se reconoce que parte de la urbanización no está terminada, aunque sí lo está la fase a la que corresponde la vivienda litigiosa, «lo cual no es indiferente para los adquirentes, pues también hace desmerecer en alguna medida el valor económico de las propiedades».*

Partiendo de estos incumplimientos declarados en la sentencia de apelación debemos declarar que habiendo sido declarados los tres parciales, en conjunto suponen un incumplimiento esencial que frustra la finalidad del contrato de compraventa, pues el comprador se encontró con una vivienda que no se encontraba junto al campo de golf ofrecido, ni con las vías de comunicación proyectadas ni con la urbanización ofrecida y esperada, dado que no está concluida, de tal manera que la circulación no será fluida, el espacio verde se reduce notablemente y la categoría del campo también,

así como el espacio de juego y duración de las partidas, unido a una urbanización parcialmente fallida en cuanto a sus servicios.

Todos estos compromisos contraídos en el contrato y a través de la oferta publicitaria, fueron incumplidos y dicha trasgresión debe calificarse de sustancial pues afectaba a circunstancias esenciales y definidoras del objeto contractual (arts. 1254 , 1256 y 1258 del C. Civil). Sobre los efectos del incumplimiento de una obligación esencial en orden a la resolución del contrato cabe citar la STS 1 de octubre de 2012, rec. 24/2010.”

4.2. Información precontractual veraz y completa.

Para que el comprador pueda realizar una valoración correcta sobre las características físicas, económicas y jurídicas de la vivienda a adquirir se obliga al promotor a facilitar una información muy exhaustiva.

El adquirente de la vivienda es titular de un derecho a la información que se regula con el carácter de fundamental en el artículo 60.1 LGDCU cuando dice que: *“Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.”*

Este derecho a la información, como ya hemos adelantado, se desarrolla de una manera más detallada en el ámbito de la compraventa de viviendas en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, en cuyo artículo 3.1 declara que: *“La oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir al error a sus destinatarios de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma”* Con este precepto se vienen a determinar los fines de la información previa que deben facilitar los promotores a los interesados en la compraventa de viviendas, de un lado, debe ser veraz para que no pueda inducir a error a los compradores y, de otro lado, debe de ser completa.

En relación con la información, debemos distinguir la relativa a i) la identidad del promotor y su capacidad para realizar la obra, la atinente a ii) los datos físicos y

jurídicos de la vivienda y, la correspondiente a iii) la contraprestación que debe de satisfacer el comprador.

Respecto del primero de los apartados referidos, deberá ponerse a disposición del público, el nombre o razón social, domicilio y, en su caso, los datos de la inscripción del Registro Mercantil, del vendedor. Como en la práctica generalidad de los casos el promotor viene a revestir la forma societaria, resulta conveniente conocer quiénes son los autorizados para intervenir como representantes de la sociedad vendedora en los contratos de compraventa (administradores y apoderados) así como asegurarse de si está incurso en un procedimiento concursal.

También, debe ponerse a disposición del público la copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios. Con ello quiere obligarse al promotor a acreditar que la vivienda que va a construir se ajusta a las prescripciones del instrumento de planeamiento correspondiente.

En relación con la información relativa a las características físicas y jurídicas de la vivienda, deberá ponerse a disposición del público: un plano general del emplazamiento de la vivienda y plano de la vivienda misma, así como descripción y trazado de las redes eléctrica, de agua, gas y calefacción y garantías de las mismas, y de las medidas de seguridad contra incendios con que cuente el inmueble; descripción de la vivienda con expresión de su superficie útil, y descripción general del edificio en el que se encuentra, de las zonas comunes y de los servicios accesorios; referencia a los materiales empleados en la construcción de la vivienda, incluidos los aislamientos térmicos y acústicos, y del edificio y zonas comunes y servicios accesorios. Con toda esta información, en el caso de perfeccionarse la compraventa, podrá el comprador comprobar el cumplimiento de los requisitos de integridad e identidad (artículos 1.157 y 1.166 C.c.) de la obligación de entrega de la vivienda atribuible al promotor bastando con contrastar la información facilitada en la oferta y las características que presenta posteriormente la vivienda entregada. Cuando no coincidan, habrá un evidente incumplimiento contractual con efectos indemnizatorios o, en el caso de un incumplimiento grave y de una obligación esencial, con efectos resolutorios.

También comprenderá la información sobre los datos identificadores de la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad o expresión de no hallarse inscrito. Ninguna duda cabe de que la publicidad registral constituye una garantía para la seguridad del tráfico inmobiliario a través del principio de fe pública registral contenido en los artículos 32 y 34 Lh, de tal manera que las adquisiciones realizadas confiando en el contenido del Registro devienen inatacables.

También deberá informar sobre los Estatutos y normas de funcionamiento de la Comunidad de Propietarios, lo cual tiene especial relevancia pues en los Estatutos pueden contenerse normas sobre limitaciones del uso de las viviendas (por ejemplo, prohibiendo el ejercicio de una actividad profesional) cuyo previo conocimiento es indispensable para decidir sobre la adquisición. También deberá facilitarse un extracto de cuentas y obligaciones de la vivienda, obligación informativa que se encuentra más desarrollada en el artículo 9.1.e LPH.

También deberá informarse sobre la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación. Este aspecto es relevante pues deberá incorporarse, normalmente, al contrato formalizado mediante documento privado para que, así, el posterior retraso en la entrega pueda dar lugar a las consecuencias previstas en el artículo 3 LPCA.

Cuando se trate de la primera transmisión, deberá informarse del nombre y domicilio del Arquitecto y del nombre o razón social y domicilio del constructor. Puede tener importancia facilitar ese dato para que el adquirente valore la calidad de esos profesionales.

Por último, también deberá ofrecerse la información sobre el precio de la compraventa que deberá incluir: precio total de la venta que se entenderá que incluye en su caso, los honorarios de Agente y el IVA o, en su caso, el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; forma de pago y, en el caso de preverse aplazamientos, se indicará el tipo de interés aplicable y las cantidades que corresponderá abonar por principal e intereses y fecha de vencimiento de unos y otros; medios de pago admisibles para las cantidades aplazadas; todos los datos relativos a la subrogación del comprador en alguna operación de crédito no concertada por él; garantías a constituir por el comprador por el precio aplazado; deducir las cantidades entregadas a cuenta por el adquirente; e información sobre el pago de los tributos que graven la propiedad de la vivienda. En definitiva, se pretende que el comprador tenga una información completa sobre todos los aspectos referidos a su obligación de pago del

precio y demás prestaciones pecuniarias que debe de satisfacer como contraprestación por la entrega de la vivienda. Con estas garantías se pretende hacer efectivo el principio de invariabilidad del precio reconocido en el artículo 1.593 C.c., aunque cabe también el incremento previa autorización expresa o tácita del dueño de la obra (STS de 9 de junio de 1989).

4.2.1. Vicios del consentimiento.

En el caso de que la información facilitada no sea veraz o sea incompleta de manera que el adquirente llega a hacerse una representación mental sobre la vivienda que va a adquirir no coincidente con la que realmente se le entrega, podría dar lugar a la anulación del contrato de compraventa por la concurrencia del error-vicio sobre las cualidades de la cosa que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (párrafo primero del artículo 1.266 C.c.) y, si se facilita de manera deliberada una información inveraz e incompleta, al margen de posibles responsabilidades penales al incurrir en tipos penales de fraude patrimonial (estafa), estaríamos en presencia del dolo como vicio de la voluntad (artículos 1.269 y 1.270 C.c.).

4.3. Garantías de la devolución de las cantidades anticipadas por el comprador.

Seguidamente, hemos de abordar la garantía de la que dispone el comprador cuando hace entrega de cantidades a cuenta del precio sin recibir la posesión de la vivienda porque aún está en construcción. La incluimos entre las garantías anteriores a la adquisición de la vivienda porque normalmente viene establecida en el contrato privado y cuando la construcción de la vivienda no se ha iniciado o, iniciada, no ha concluido, de tal manera que aún no se ha adquirido el dominio sobre la vivienda.

Normalmente, el comprador que hace entregas a cuenta del precio sin haber recibido a cambio la posesión de la vivienda puede padecer varios riesgos o peligros, a saber: las cantidades anticipadas no han sido destinadas por el promotor a la construcción de la vivienda, o la construcción de la vivienda no ha concluido en la fecha convenida.

Esos riesgos se trataban de neutralizar con la LPCA pero ya hemos dicho más arriba que desde el día 1 de enero de 2016 su regulación se contiene en la Disposición adicional primera LOE a la que nos remitimos.

En la publicidad de la promoción de viviendas con percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción, será obligatorio hacer constar que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos legales, haciendo mención expresa de la entidad aseguradora o avalista garante, así como de la entidad de crédito en la que figura abierta la cuenta especial en la que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas.

En relación con la cancelación de las garantías declara que expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. De otro lado, cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda.

A diferencia de la LPCA, la Disposición adicional primera LOE no contiene una declaración expresa sobre la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los compradores. Sin embargo, esta omisión no puede llevarnos a la conclusión de que nos encontramos ante normas dispositivas porque se extiende la declaración general contenida en el artículo 10 LGDCU sobre la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario.

4.3.1. Aval o seguro de caución.

En primer lugar, el promotor asume la obligación de garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.

Para que un contrato de seguro de caución pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Se suscribirá una póliza de seguro individual por cada adquirente, en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o los efectos comerciales.

b) La suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor.

c) Será tomador del seguro el promotor, a quien le corresponderá el pago de la prima por todo el periodo de seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente.

d) Corresponde la condición de asegurado al adquirente o adquirentes que figuren en el contrato de compraventa.

e) El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro. La falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso, excepción oponible.

f) La duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas. En caso de que se conceda prórroga para la entrega de las viviendas, el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga.

g) La entidad aseguradora podrá comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados.

h) En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido el asegurado, siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades aportadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses y éste en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá reclamar al asegurador el abono de la indemnización correspondiente. Igualmente, el asegurado podrá reclamar directamente al asegurador cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor.

El asegurador deberá indemnizar al asegurado en el plazo de treinta días a contar desde que formule la reclamación.

i) En ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acredite que fueron aportadas por el asegurado, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato de cesión.

j) El asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a éstos.

k) En el caso de que la entidad aseguradora hubiere satisfecho la indemnización al asegurado como consecuencia del siniestro cubierto por el contrato de seguro, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada.

l) En todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Para que un aval pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Deberá emitirse y mantenerse en vigor por la entidad de crédito, por la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor.

b) En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido, el beneficiario, siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, y sus intereses y éste en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá exigir al avalista el abono de dichas cantidades. Igualmente, el beneficiario podrá reclamar directamente al avalista cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor.

c) Transcurrido un plazo de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, se producirá la caducidad del aval.

4.3.2. Ingreso de las cantidades en una cuenta especial.

El promotor ha de garantizar la aplicación real y efectiva de las cantidades anticipadas por los adquirentes a la construcción de la vivienda y a tal fin se exige que

esas cantidades se percibirán a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía de que las cantidades anticipadas por los compradores están cubiertas por el seguro de caución o el aval.

4.3.3. Análisis sistemático de la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

La LPCA ha sido objeto de una abundante doctrina jurisprudencial sobre su interpretación y aplicación que merece un estudio específico que, en gran parte, puede también extenderse a la actual regulación contenida en la Disposición adicional primera LOE.

1) Ámbito subjetivo.

1.1 Excluye de su ámbito de protección al comprador con finalidad especulativa (STS 26 de octubre de 2017):

“Así las cosas, la doctrina jurisprudencial verdaderamente aplicable a este litigio es la representada por las sentencias 706/2011, de 25 de octubre , 360/2016, de 1 de junio , 420/2016, de 24 de junio , y 675/2016, de 16 de noviembre , que excluyen del ámbito de protección de la Ley 57/1968 tanto al inversor profesional como al no profesional pero que compre sobre plano o en construcción como inversión o para revender. Como puntualiza la sentencia 420/2016 , dicha exclusión no queda alterada por la referencia a «toda clase de viviendas» en la d. adicional 1.ª de la LOE , pues esta referencia ha de entenderse hecha tanto a las formas de promoción, para comprender así las que «se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa», sin necesidad de ninguna otra norma especial que así lo disponga, cuanto al régimen de las viviendas, para comprender así no solo las libres sino también las protegidas, sin necesidad tampoco de ninguna norma especial. En definitiva, se ha considerado que la expresión «toda clase de viviendas» elimina cualesquiera dudas que pudieran reducir el nivel de protección de los compradores por razón de la forma de promoción o del régimen de la vivienda que compren, pero no

puede equipararse a «toda clase de compradores» para, así, extender la protección a los profesionales del sector inmobiliario o a los compradores especuladores, pues entonces no se entendería la razón de que el art. 7 de la Ley 57/1968 atribuya «el carácter de irrenunciables» a los derechos que la propia Ley 57/1968 otorga a los compradores («cesionarios»).»

1.2 Equipara a las Cooperativas con los promotores e impone la responsabilidad a la entidad gestora (STS 12 de julio de 2016):

“Dada toda esta normativa, la jurisprudencia de esta sala ha considerado plenamente aplicable en beneficio de los cooperativistas de viviendas la garantía de devolución de las cantidades anticipadas establecida en la Ley 57/1968 (art. 1 , condición 1.ª) como un derecho irrenunciable (art. 7). Así lo declaró expresamente la sentencia 540/2013, de 13 de septiembre , de Pleno, incluso para la fase inicial o embrionaria de adquisición del solar, y ninguna duda suscitó su aplicación en las sentencias 780/2014, de 30 de abril , y 781/2014, de 16 de enero de 2015 , ambas también de Pleno.

[...]

Pues bien, la única respuesta coherente con la doctrina jurisprudencial sobre la Ley 57/1968 es reconocer al cooperativista demandante-recurrente el derecho a recuperar las cantidades anticipadas por no haber obtenido la imperativa garantía de su devolución, pero no con cargo a la cooperativa demandada, ya que en tal caso el incumplimiento lo soportarían todos los demás cooperativistas que se encuentren en su misma situación.

Como responsables de la constitución de la garantía, el ya citado Decreto 3114/1968 identifica a las Juntas Rectoras de las cooperativas o a los gestores de las comunidades, pero la d. adicional 1.ª LOE se refiere a «[l]a percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores y gestores». Esta especial mención de los gestores permite entender que cuando, como en el presente caso, existe una sociedad mercantil profesionalmente dedicada a la gestión de cooperativas, la codemandada Azerca Gestora de Cooperativas S.L., la responsabilidad frente a los cooperativistas por la omisión de la garantía recae muy especialmente sobre ella, precisamente por su condición de profesional, aun cuando en puridad no sea la perceptora de las cantidades anticipadas y aun cuando solidariamente con ella tuviera también que responder el Consejo Rector de la cooperativa, en este caso no demandado.

1.3 Responsabilidad de los administradores sociales de la mercantil promotora por no haber constituido las garantías (STS 3 de marzo de 2016):

“5.- Sobre tales bases, en el caso ahora sometido a nuestro enjuiciamiento, concurren todos los presupuestos para que deba prosperar la acción individual de responsabilidad, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala en la sentencia antes indicada y las que en ella se citan (SSTS 396/2013, de 20 de junio ; 15 de octubre de 2013 ; 395/2012, de 18 de junio ; 312/2010, de 1 de junio ; y 667/2009, de 23 de octubre , entre otras); que son: (i) incumplimiento de una norma, en concreto, la Ley 57/1968, debido al comportamiento omisivo de los administradores; (ii) imputabilidad de tal conducta omisiva a los administradores, como órgano social; (iii) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (iv) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, en este caso, al acreedor, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) relación de causalidad entre la conducta contraria a la ley y el daño directo ocasionado al tercero, pues, sin duda, el incumplimiento de la obligación de garantizar la devolución de las cantidades ha producido un daño a la compradora, que, al optar, de acuerdo con el art. 3 de la Ley 57/1968 , entre la prórroga del contrato o su resolución con devolución de las cantidades anticipadas, no puede obtener la satisfacción de ésta última pretensión, al no hallarse garantizadas las sumas entregadas. El incumplimiento de una norma legal sectorial, de ius cogens, cuyo cumplimiento se impone como deber de diligencia del administrador, se conecta con el ámbito de sus funciones (arts. 225, 226, 236 y 241 LSC), por lo que le es directamente imputable.”

1.4 Aplicación de la LPCA a los compradores personas jurídicas en virtud de pacto (STS 9 de septiembre de 2015):

“Alega el recurrente que la ley 57/1968 no es aplicable a la compradora, en cuanto sociedad mercantil, lo que excluye la condición de consumidor final.

Esta Sala debe declarar que, ciertamente, la ley 57/1968 prevé el destino de las viviendas destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente, bien de temporada (art. 1).

Sin perjuicio de ello nada obsta a que las partes, aún no siendo consumidor la compradora, adopten un sistema tuitivo superior al normal en el ejercicio de la libertad contractual (art. 1255 del C. Civil).

En suma, no se trata de considerar consumidor final a la compradora, sino de que pactaron entre las partes un sistema de protección de los intereses del comprador,

superior al habitual o estándar, pero dentro del marco que legalmente podían acordar en el ejercicio de la libertad contractual.”

2) El carácter esencial de la obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de manera que su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio (SSTS de 25 de octubre de 2011, 10 de diciembre de 2012, 11 de abril de 2013 y, 7 de mayo de 2014).

3) El comprador puede dirigirse simultáneamente contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas y, también, dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento (SSTS de 3 de julio de 2013 y 7 de mayo de 2014).

4) Responsabilidad de la entidad bancaria depositaria de las cantidades anticipadas.

4.1 Responsabilidad aunque no se identifique como cuenta especial (STS 21 de diciembre de 2015):

“En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad.”

4.2 Exclusión de responsabilidad cuando las cantidades anticipadas estaban garantizadas por aval o seguro (STS 14 de septiembre de 2017):

“2.º) Sentado, pues, que la entidad de crédito hoy recurrente abrió la cuenta especial de la promotora legalmente exigida para el ingreso de las cantidades anticipadas por los compradores, que esta cuenta se encontraba garantizada mediante una póliza colectiva de afianzamiento suscrita por la promotora y una compañía de seguros y, en fin, que la entidad de crédito comunicó a la aseguradora la apertura de la cuenta especial, la única conclusión posible es que la entidad de crédito codemandada hoy recurrente no incurrió en la responsabilidad del art. 1-2.º de la Ley 57/1968, pues cumplió con todo aquello que le era exigible según la doctrina jurisprudencial.”

5) Responsabilidad de la entidad avalista o aseguradora.

5.1 Responsabilidad de la entidad avalista aunque no se hayan emitido avales individualizados a los compradores (STS 23 de septiembre de 2015):

“i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al art. 3 Ley 57/1968 ; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva.”

5.2 Responsabilidad de la entidad aseguradora aunque supere el límite cuantitativo de la póliza colectiva de seguro (STS 4 de julio de 2017):

“Respecto de las cantidades garantizadas, la entidad de crédito responde de todas las cantidades anticipadas, pues la jurisprudencia ha interpretado que no procede respetar los límites cuantitativos de la póliza de seguro, pues la misma, al constar que se efectuaba al amparo de la Ley 57/68, que obliga a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, no debió contener límites inferiores, pues con ello violaba el dictado de los arts. 2 y 68 de la Ley de Contrato de Seguro , pues la Ley 57/68 no establece límites a dicho seguro, sino que exige la cobertura de todas las cantidades entregadas y la integridad de los intereses legales (sentencias 476/2013, de 3 de julio, 778/2014, de 20 de enero, 780/2014, de 30 de abril de 2015 226/2016, de 8 de abril).”

6) Prescripción de acciones.

6.1 Plazo de prescripción (STS 23 de noviembre de 2017):

“Pues bien, la prescripción alegada no debe ser apreciada, porque la responsabilidad del banco no se funda en el art. 1902 CC , al que se refiere el art. 1968-2.º del mismo Código , sino en una norma especial de la Ley 57/1968, su art. 1-2 .ª. Se trata de una responsabilidad u obligación nacida de la ley en sentido estricto (

arts. 1089 y 1090 CC) que, a falta de regulación específica de la prescripción en la propia Ley 57/1968 y como ya resolvió la sentencia de esta sala 781/2014, de 16 de enero , queda sujeta al régimen general del art. 1964 CC para las acciones personales (plazo de quince años, según su redacción al tiempo de interponerse la demanda). En consecuencia, no es necesario entrar a conocer si, conforme al art. 4 de la Ley 57/1968 , el plazo de prescripción no comenzaría a correr hasta que la vivienda se hubiese entregado con la correspondiente licencia de primera ocupación.”

6.2 Término inicial del plazo de prescripción (STS de 16 de enero de 2015):

“No es así. Los cooperativistas sufren el daño (objetivamente) y advierten (subjetivamente) su existencia cuando intentan recuperar las cantidades que han anticipado y se les comunica que no se les devuelven por falta de aval. Así se ha declarado probado por la sentencia de instancia, incólume en casación. Lo cual coincide cuando se produjeron las bajas de los cooperativistas, en el curso del año anterior (2010) a la interposición de la demanda (1 de abril de 2011). Hecho probado declarado así en la sentencia de instancia.”

5. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA POR EL VENDEDOR.

El cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda por parte del promotor-vendedor presenta una serie de particularidades en este tipo especial de contrato que han sido objeto de una abundante y novedosa doctrina jurisprudencial.

Empezaremos con la doctrina general sobre la resolución de los contratos de compraventa cuando el vendedor no cumple con la obligación de entrega en la fecha pactada y, después, examinaremos las especialidades en este tipo de contrato.

5.1. Régimen general: Mora, Término esencial y Resolución.

El contrato de compraventa es un contrato bilateral o sinalagmático y el régimen jurídico del incumplimiento de las obligaciones en este tipo de contrato se contiene en el artículo 1.124 C.c. Solo puede dar lugar a la resolución de un contrato bilateral el incumplimiento grave de una obligación esencial que frustre las expectativas del contrato. La resolución de un contrato produce tres efectos: i) extintivo de las obligaciones futuras; ii) restitutorio de las prestaciones objeto de las obligaciones cumplidas; iii) indemnizatorio de los daños y perjuicios.

El retraso en el cumplimiento de la obligación se somete con carácter general a las normas sobre la mora contenidas en los artículos 1.100 y 1.101 C.c. que, por regla general, no da lugar a la resolución del contrato sino, simplemente, permite el cumplimiento tardío de la obligación más la indemnización de los daños y perjuicios producidos. La resolución contractual generada por un retraso en el cumplimiento de una obligación se producirá cuando se haya pactado un término esencial, esto es, cuando las partes hayan pactado o cuando por disposición legal se haya atribuido el efecto de la resolución contractual al retraso en el cumplimiento de la obligación.

Esta doctrina aplicada al contrato de compraventa de vivienda significa que el retraso en la entrega de la vivienda respecto de la fecha prevista no da lugar a la resolución del contrato sino que permite su cumplimiento tardío y, en su caso, dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios que se produzcan. Solo producirá la resolución si se pactó la fecha de entrega como término esencial o cuando el retraso es de tal importancia que frustra las expectativas del comprador (STS 12 de abril de 2011).

5.2 Especialidad en las compraventas de viviendas sobre plano y sus excepciones.

Hemos de partir del anterior artículo 3 LPCA, reiterado en la actual regulación contenida en la Disposición adicional primera-Cuatro LOE: *“Si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales, o conceder al promotor prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.”*

Como se puede observar, el retraso en la entrega de la vivienda permite al comprador optar por la “rescisión” del contrato que, propiamente, significa la resolución del contrato ante el incumplimiento del promotor en la entrega de la vivienda en la fecha pactada.

La doctrina jurisprudencial era contraria a acordar la resolución de estos contratos por el simple retraso en la entrega de la vivienda (STS 9 de junio de 1986) pero este criterio ha sido modificado radicalmente tras la importante STS de 20 de enero de 2015:

“...procede declarar ahora que el incumplimiento por el vendedor del plazo

estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 de la Ley 57/68, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de mayo de 2014 (rec. 328/2012), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega.

Lo anterior significa que el art. 3 de la Ley 57/68 introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del art. 1124 CC, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante.”

Aparte de la excepción que prevé el texto que hemos transcrito, también constituye una excepción a la facultad de resolver el contrato por el comprador que su pretensión se califique como un caso de abuso de Derecho o de mala fe.

5.3 Incumplimiento previsible o anticipado.

“Es por tanto conforme al régimen jurídico de resolución de los contratos el ejercicio de la facultad resolutoria cuando el incumplimiento esencial es previsible aunque el plazo de cumplimiento de la obligación no haya vencido. La garantía de devolución de las cantidades entregadas a cuenta no supone una garantía de que la obligación de entrega de los apartamentos sería cumplida, y los compradores, ante la previsión del incumplimiento esencial, tenían derecho a recuperar en ese momento su dinero para invertirlo como consideraran conveniente, sin necesidad de esperar a la finalización del plazo de entrega.” (STS 18 de julio de 2013).

5.4 Incidencia de la falta de concesión de la licencia de primera ocupación.

Acerca del carácter accesorio o esencial de la entrega al comprador de la licencia de primera ocupación junto con la entrega de la vivienda, la STS de 10 de septiembre de

2012 sentó los siguientes criterios:

“(i) La falta de cumplimiento del deber de obtención de la licencia de primera ocupación por parte del promotor-vendedor no tiene, en principio, carácter esencial, salvo si se ha pactado como tal en el contrato o lleva consigo un incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble, según las condiciones pactadas en el contrato.

(ii) Debe valorarse como esencial la falta de obtención de licencia de primera ocupación en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente.

(iii) De conformidad con las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria, corresponde a la parte contra la que se formula la alegación de incumplimiento, es decir, a la parte vendedora (obligada, en calidad de agente de la edificación, a obtener la licencia de primera ocupación), probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, demostrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.”

5.5 Incidencia de la no autorización de la subrogación en el préstamo hipotecario.

La SSTS de 16 de enero y de 26 de abril de 2013 declaran la resolución por incumplimiento del promotor cuando éste asumió de modo incondicional la obtención de financiación a favor del comprador y no lo consiguió.

6. GARANTÍAS EN LA FORMALIZACIÓN DE LA COMPRAVENTA.

A continuación, examinamos las garantías o medios de protección del comprador en el momento de la formalización de la compraventa distinguiendo las que concurren en el momento de formalización de la escritura y las que podemos calificar como cláusulas abusivas específicas en el contrato de compraventa.

6.1. En el momento del otorgamiento de la escritura.

6.1.1. Derecho a la elección de Notario.

El artículo 5.4.c del Real Decreto 515/1989 reconoce el derecho a la elección de Notario en favor del comprador 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. La intervención de Notario refuerza la garantía de la legalidad del contrato redactándolo conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, informándoles del alcance y valor de su redacción. Sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella (artículo 147 Rh).

6.1.2. Información de la situación registral y transmisión del otorgamiento de la escritura al Registro.

El Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, tiene como principal finalidad la “de evitar los fraudes en la contratación inmobiliaria y, por consiguiente, la de alcanzar la mayor seguridad jurídica en este ámbito” Con esa norma se conjuga: “por una parte, la necesidad de obtener con celeridad información del Registro de la Propiedad y la de incorporar al mismo con igual prontitud la actuación notarial, y por otra, la necesidad de conceder al Registrador el tiempo mínimo indispensable para que pueda obtener y ofrecer una información exacta y del máximo rigor del contenido de los asientos registrales.”

6.1.3. Gastos de escrituración y conexos.

Respecto de los gastos de escrituración, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1.455 C.c. en el que se declara que, salvo pacto en contrario, los gastos de otorgamiento de escrituras serán de cuenta del vendedor, y los de la primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador. Los gastos de inscripción

de la vivienda en el Registro de la Propiedad son de cuenta ya cargo del comprador; pues entran dentro de “los demás posteriores a la venta”.

6.1.4. Certificado de deudas con la Comunidad de Propietarios.

También deberá acompañarse el certificado sobre el estado de deudas de la vivienda emitido por el Secretario con el visto bueno del Presidente de la Comunidad de Propietarios con la finalidad de que el comprador pueda conocer si aún queda pendiente de pago alguna cuota comunitaria y evitar así la aplicación de la llamada afección real prevista en el artículo 9.1.e) LPH.

6.2. Cláusulas abusivas específicas del contrato de compraventa de vivienda.

Es plenamente aplicable al presente caso la exigencia contenida en el artículo 80.1.a) LGDCU, relativa a que las cláusulas no negociadas individualmente deberán cumplir los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual. De igual tenor es el párrafo primero del artículo 10 del Real Decreto 515/1989 para la materia que es objeto de regulación en el mismo.

En relación con el contenido de las obligaciones de las partes, debe tenerse en cuenta el concepto de cláusulas abusivas cuya definición se contiene en el artículo 82 LGDCU: *“1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.*

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.”

La consecuencia que se deriva del carácter abusivo de las cláusulas es su nulidad de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

En la llamada “lista negra” prevista en los artículos 85 y ss. LGDCU se contiene una relación de cláusulas abusivas, pudiendo considerarse más relacionadas con el objeto de la presente exposición las siguientes:

i) La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional. Por consiguiente, debe declararse la nulidad de aquella cláusula contractual que atribuya al promotor la determinación de la fecha de entrega de la vivienda.

ii) La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional. En particular, las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias. Aunque el artículo 1.102 del Código civil declara la nulidad de la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente del dolo, en este supuesto de cláusula abusiva, se establece un régimen imperativo aplicable a cualquier supuesto en que el incumplimiento sea imputable al promotor a título de culpa.

iii) La transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

iv) 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).

v) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

vi) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

vii) 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.

7. GARANTÍAS POSTERIORES A LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA.

En esta fase, el comprador debe tener a su disposición los instrumentos jurídicos adecuados para exigir la responsabilidad imputable al promotor cuando las expectativas sobre la vivienda adquirida han resultado frustradas. Estos instrumentos están relacionados directamente con la obligación preparatoria de ejecutar la obra y la obligación de entrega de la vivienda asumidas por el promotor.

7.1. Cumplimiento de los presupuestos de identidad e integridad.

El promotor asume la obligación de entrega de la vivienda con los requisitos de identidad e integridad, esto es, deben corresponderse las características físicas de la vivienda entregada con las descritas en el contrato. El elemento que permite realizar ese juicio de contraste es el plano incorporado al contrato, por lo que viene manteniéndose que ese plano no tiene únicamente una función puramente informativa sino una fundamental función normativa que afecta a todo el clausulado contractual.

7.1.1. Acción resolutoria de la compraventa.

En primer lugar, el comprador dispone de la acción resolutoria por incumplimiento de contrato bilateral, prevista en el artículo 1.124 C.c. Hemos de remitirnos a la consolidada y abundante doctrina jurisprudencial sobre este precepto pero, en lo que aquí más nos interesa, debemos de resaltar que debemos estar en presencia de un propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato. Así se ha incluido (STS de 26 de octubre de 1987) la entrega de la vivienda sin condiciones de habitabilidad racionalmente confortables. Por el contrario, no prosperará la acción resolutoria en el caso de incumplimiento leve como sería la entrega de la finca con pequeñas deficiencias, menos aún cuando el comprador no había efectuado nunca, antes del proceso, reclamación alguna (STS 6 de junio de 1987). En los casos de

incumplimiento leve, deberá el promotor indemnizar los gastos necesarios para la reparación o bien asumir la ejecución de la prestación reparatoria *in natura*.

7.1.2. Superficie distinta a la pactada.

En segundo lugar, la obligación de entregar el inmueble con la superficie pactada, distinguiendo según se fije el precio por unidad de medida o número, o a precio alzado (artículos 1.469 a 1.471 C.c.). En estos artículos se atribuye al comprador la facultad de resolver el contrato o de interesar la alteración proporcional del precio, fijando el artículo 1.462 como plazo de prescripción para el ejercicio de esas acciones el de seis meses.

7.1.3. Doctrina del “*aliud pro alio*”.

En tercer lugar, es aplicable la doctrina del *aliud pro alio* que significa la entrega de cosa distinta en cuanto no cumple las características exigidas al respecto con arreglo al fin para el que fue concertado el contrato, resultando inútil para su destino, equiparable a la falta de entrega y que le alcanza el plazo de prescripción de quince/cinco años, propio de las obligaciones personales (SSTS 8 de marzo de 1998 y 23 de mayo de 2003). Cuando las características de la vivienda objeto de la entrega impiden que pueda hacerse un uso adecuado de la misma y resulta manifiestamente inhábil para su destino podrá aplicarse la doctrina del *aliud pro alio*. En ocasiones, es acogida esta doctrina en los supuestos de ventas de plaza de garaje que por las dificultades de acceso y de maniobrabilidad hacen sumamente difícil introducir el vehículo en el interior de la plaza.

7.2. Cargas y gravámenes.

También asume el vendedor-promotor la obligación de entregar la vivienda con la finalidad de que el comprador adquiriera el dominio sin cargas y gravámenes no consentidos.

7.2.1. Certificación de cargas y gravámenes.

En primer lugar, el comprador debe asegurarse de que el promotor sea el propietario de la vivienda y que quien la enajena tiene capacidad para suscribir el contrato de compraventa. Esa información la adquiere el comprador del Registro de la Propiedad, por lo que si compra la vivienda del promotor que allí figura como titular de la vivienda, la adquisición devendrá inatacable si concurren en el comprador los requisitos del tercero hipotecario previstos en el artículo 34 Lh. Por otro lado, el representante del promotor deberá de exhibir el poder vigente que le autorice para la válida enajenación de la vivienda en su nombre y por su cuenta.

7.2.2. Doble venta.

En segundo lugar, es posible la existencia de una doble venta, situación que se produce cuando una misma vivienda se ha vendido a diferentes compradores. Esta posibilidad es consecuencia de la eficacia meramente obligatoria que la compraventa tiene en nuestro Ordenamiento y que conduce a la distinción entre el momento de la perfección del contrato y el de su consumación, permitiendo que en ese lapso temporal tenga lugar una pluralidad de enajenaciones. La tipificación de la doble venta exige, además, que cuando se perfeccione la segunda venta la primera no haya sido todavía consumada, pues, de haberlo sido, se trata de una venta de cosa ajena con las consecuencias propias de la misma. Los criterios de preferencia en el caso de doble venta se contienen en el artículo 1.473 C.c.: la propiedad pertenece al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro; cuando no hay inscripción, a quien de buena fe sea primero en la posesión y; faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe. El comprador o compradores que habiendo celebrado de buena fe la compraventa de la vivienda no puedan consumir el contrato les asiste el derecho a ejercitar la acción resolutoria por incumplimiento *ex* artículo 1.124 del Código civil y con resarcimiento de los daños que se les hubiesen irrogado, al no proceder el cumplimiento *in natura*.

7.2.3 Saneamiento por evicción.

En tercer lugar, la obligación de saneamiento por evicción que corresponde al vendedor consistente en la responsabilidad en el caso de privación o despojo total o parcial de la vivienda al comprador debido a un vicio jurídico fundado en un defecto en el derecho del transmitente cuyo régimen jurídico se encuentra en los artículos 1475 a 1483 C.c.

7.2.4 Rescisión por incumplimiento de normas urbanísticas.

En cuarto lugar, la falta de información adecuada en el mismo título transmisivo del dominio sobre la edificabilidad de los terrenos facultará al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años a contar desde la fecha de su otorgamiento y para exigir indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 27.3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

7.3. Daños en la edificación. LOE.

La LOE establece un nuevo régimen jurídico de la responsabilidad por los defectos constructivos que trata de superar la parca regulación existente hasta el momento (artículo 1.591 C.c.) que obligó a elaborar una doctrina jurisprudencial integradora con el fin de adaptar las escasas prescripciones legales a la realidad social del momento.

En sus artículos 17 a 20 se contienen las normas sobre responsabilidad y garantías. La responsabilidad allí prevista es de naturaleza legal dejando siempre a salvo la responsabilidad contractual conforme a lo establecido en los artículos 1.484 y siguientes del C.c. No serán exigibles las responsabilidades por daños cuando los daños materiales fuesen ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o del propio perjudicado por el daño.

Los daños materiales que dan lugar a la responsabilidad son los causados en el edificio: 1.-) por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan

directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio; 2.-) por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3; 3.-) por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras. Los plazos de garantía son, respectivamente, diez, tres y un año, desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas, o desde la subsanación de éstas.

El plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de responsabilidad será el de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños.

Los sujetos que pueden exigir la responsabilidad son los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos en el caso de que sean objeto de división. También es posible que promueva la responsabilidad la Comunidad de Propietarios representada por su Presidente respecto de los daños materiales existentes tanto en los elementos comunes como en los elementos privativos siempre que así le hayan autorizado mediante acuerdo de la Junta de Propietarios.

Los sujetos que pueden ser responsables son las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación y que son identificados como los agentes de la edificación en los artículos 8 a 15 de la LOE, por el incumplimiento de las obligaciones profesionales que allí se establecen.

La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esa Ley, se deba responder. Ahora bien, cuando no pueda individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción.

Se regulan una serie de supuestos de responsabilidad por hecho ajeno sin perjuicio de la acción de repetición y así: 1.-) los proyectistas responderán de la insuficiencia, incorrección o inexactitud de los cálculos, estudios, dictámenes o informes que contraten a terceros; 2.-) el constructor responderá de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan, así como por los daños materiales causados por los subcontratistas en determinadas partidas o instalaciones de la obra. La acción de repetición prescribirá en el plazo de los dos años

desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiere procedido a la indemnización de forma extrajudicial.

Sin embargo, la novedad más importante que establece la LOE es la obligatoriedad en la constitución de un seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar: 1.-) durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra; 2.-) durante tres años, el resarcimiento de los daños materiales causados por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3; 3.-) durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

Trata de compelerse a la efectiva constitución de los seguros imponiendo: 1.-) que no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esa Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías referidas; 2.-) que no se cerrará en el Registro Mercantil la hoja abierta al promotor individual ni se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que se acredite al Registrador la constitución de las garantías referidas, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido, durante el transcurso de los plazos de prescripción.

8. CONCLUSIONES.

1.-) La compraventa de una vivienda sobre plano o en construcción es un contrato que comporta un elevado nivel de riesgo para el adquirente porque en el caso más grave puede no recuperar las cantidades anticipadas a cuenta del precio ni recibir la vivienda comprometida en el caso de que el promotor resulte insolvente, circunstancia nada extraña tras la situación de crisis inmobiliaria padecida en la década 2007/2017.

2.-) La protección tiene en cuenta que el adquirente de la vivienda es un comprador que no destina la vivienda a la reventa ni a especular y que el vendedor es un promotor o empresario cuya actividad esencial es la venta de componentes inmobiliarios.

3) La protección se dispensa respecto de los contratos que tienen por finalidad adquirir el dominio de viviendas.

4) Se adquiere la propiedad sobre la vivienda después de firmar el contrato privado y, una vez terminada la obra, se otorga la escritura pública, por lo que durante este intervalo temporal el adquirente aun no es propietario de la vivienda.

5.-) Nuestra legislación no contiene de forma sistematizada y ordenada los medios de los que dispone un comprador para conjurar los riesgos o peligros que le acechan cuando adquiere una vivienda en estas circunstancias, por lo que el objeto de este trabajo es su ordenación sistemática.

6.-) Como garantía previa a la adquisición de la vivienda destaca la obligación del promotor de garantizar los pagos a cuenta realizados por el comprador bien sea a través de un seguro de caución, bien mediante aval emitido por entidad de crédito que ha sido objeto de una importante y abundante doctrina jurisprudencial.

7.-) Existen reglas especiales en este tipo especial de compraventa sobre el cumplimiento de la obligación de entrega en la fecha pactada a cargo del promotor que benefician al comprador y no se ajustan a las reglas generales del contrato de compraventa.

8.-) En el momento del otorgamiento de la escritura se protege al comprador a través de determinadas cláusulas abusivas específica que pueden declararse nulas y se tendrán por no puestas.

9.-) Una vez recibida la vivienda el comprador puede comprobar que la vivienda entregada no se ajusta a las condiciones inicialmente pactadas por lo que también dispone de medios específicos de protección ante esta situación.

10.-) También dispone el comprador de la protección específica prevista en la LOE cuando la vivienda recibida presenta daños en la edificación durante los plazos de garantía.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cienfuegos-García, M. J., “El adquirente de vivienda ante el concurso de acreedores de la promotora”, *Diario La Ley*, n.º 7187, junio 2009.

Álvarez Olalla, P.: *La responsabilidad por defectos en el edificio. El Código Civil y la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, 2002.

Botana García, G.: *Ley General de Consumidores y Usuarios, comentarios y jurisprudencia de la Ley 20 años después*, Madrid, 2005.

Botia Valverde, A., “El estatuto del adquirente de vivienda”. *VIII Congreso Notarial Español*, págs. 353 y ss.

Ferrándiz Gabriel, J.R., *La compraventa de cosa futura*. Cuadernos de Derecho Judicial,. Núm. De volumen 21. Año 1993. Consejo General del Poder Judicial.

González Navarro, B. A. (Coord.), *Proceso Concursal: Crisis de las empresas promotoras y constructoras*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

García-Chamón Cervera, E., *Garantías del adquirente de vivienda*. Práctica de Tribunales. Año I, núm. 11, Ed. La Ley, diciembre 2004.

Larrosa Amante, M.A., *La protección general del consumidor en la compraventa de vivienda*, Cuaderno Jurídico Inmobiliario, n.º 1, Ed. Sepin, 2009.

Morrondo Martín, M.L, *La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas*, Curso sobre protección jurídica de los consumidores, Madrid, 1999.

Picatoste Bobillo, J, *Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de viviendas*, Hacia un Código del consumidor, col. "Manuales de Formación Continuada", 34, Madrid, 2005.

Sillero Crovetto, B. C.; Laso, A., *El derecho a la información y la protección del consumidor en la compraventa de vivienda. Cláusulas Abusivas en la contratación inmobiliaria*, Editorial Tecnos, 2006.