

LOS CONSUMIDORES ANTE LA ADQUISICIÓN DE UN BIEN INMUEBLE EN PROYECTO O EN FASE DE CONTRUCCIÓN.

Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado de la Audiencia Provincial de Alicante.

Sumario: *I. Consideraciones previas. El adquirente versus consumidor y la vivienda. - II. Naturaleza jurídica del contrato de venta de vivienda en construcción o en proyecto.- III. Formalización de la compraventa de vivienda en construcción.- IV. Garantías exigibles antes de la adquisición de la vivienda.- V. Garantías sobre las cantidades a cuenta del precio.- VI. Garantías exigibles en el momento de formalización del contrato de compraventa.- VII. Garantías exigibles después de la adquisición de la vivienda.*

LOS CONSUMIDORES ANTE LA ADQUISICIÓN DE UN BIEN INMUEBLE EN PROYECTO O EN FASE DE CONTRUCCIÓN.

Sumario: *I. Consideraciones previas. El adquirente versus consumidor y la vivienda. - II. Naturaleza jurídica del contrato de venta de vivienda en construcción o en proyecto.- III. Formalización de la compraventa de vivienda en construcción.- IV. Garantías exigibles antes de la adquisición de la vivienda.- V. Garantías sobre las cantidades a cuenta del precio.- VI. Garantías exigibles en el momento de formalización del contrato de compraventa.- VII. Garantías exigibles después de la adquisición de la vivienda.*

Resumen: Resulta frecuente en el mercado inmobiliario actual, comprar la vivienda sobre plano, y por tanto pendiente su construcción. Ello resulta especialmente complejo en lo que a la consideración de su naturaleza jurídica se refiere, ya que existe por un lado una obligación de hacer, la del constructor en efectuar la obra, pero al mismo tiempo también existe una obligación de dar, ya que en definitiva lo que se está efectuando es un contrato de compraventa. Se refleja incluso en la formalización del contrato, ya que en primer lugar se suscribe un contrato privado, donde se recogen la ejecución de la obra, la entrega del piso y los pagos fraccionados que debe efectuar el comprador durante todo el proceso que dura la construcción, y en segundo lugar y cuando la misma está ya totalmente terminada, se formalizará la escritura pública de compraventa. Y precisamente porque estamos en presencia de la adquisición de algo inexistente, resultan tan importantes las garantías que amparan la adquisición en el momento de prestar su consentimiento el consumidor. Fundamental resulta que la oferta, incluida la publicitaria tenga carácter vinculante para el promotor-vendedor. Incluso la regulación legal detallada del RD 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. O con las entregas de dinero a cuenta de la vivienda cuya construcción no se ha iniciado, tema sobre el que también existe regulación legal específica al respecto con la Ley 57/1968 reformada con la Ley 38/ 1999, de 5 de Noviembre, de Ordenación de la edificación. En fin, resultan evidentes los mecanismos legales puestos a disposición del consumidor en cuanto a su especial protección en la adquisición de la que se va a convertir en su morada, y las responsabilidades del constructor vendedor que incluso se puede ventilar en el ámbito jurisdiccional penal cuando el incumplimiento contractual se criminaliza.

Palabras clave: Venta sobre plano, venta de cosa futura, venta de vivienda en construcción, venta de vivienda en proyecto.

I. Consideraciones previas. El adquirente *versus* consumidor y la vivienda.

Conviene advertir que las garantías del comprador que vamos a examinar en este breve trabajo, nacen de la relación contractual de compraventa, contrato que, cuando tiene por objeto la vivienda, presenta determinadas características especiales tanto en lo que hace a las partes del contrato como en lo que se refiere al objeto del mismo.

En cuanto a las partes del contrato porque de ordinario el vendedor es un comerciante dedicado habitualmente a la venta de viviendas o locales en el mercado inmobiliario, identificándose en parte con la figura del promotor cuya definición legal se contiene en el artículo 9.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, donde se dice que “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“. De otro lado, el comprador viene a identificarse con la figura del consumidor a que se refiere el artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que afirma que “A los efectos de esta ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expidan.”.

En lo que hace al objeto del contrato, señalar que se trata de 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. Por otro lado, también quedan excluidas las viviendas de protección oficial que tienen sus propias normas protectoras.

Describiremos seguidamente la complejidad del contrato de venta en construcción, y desarrollaremos sistemáticamente las garantías que el consumidor tiene en tres momentos básicos de su relación contractual, a saber, con anterioridad a la adquisición, con especial referencia a las garantías sobre el precio adelantado, las garantías propias de la formalización del contrato y, finalmente, las que el Ordenamiento jurídico le otorga con ocasión de la entrega y recepción de la vivienda.

II. Naturaleza jurídica del contrato de venta de vivienda en construcción o en proyecto.

Para que la vivienda futura tenga existencia o individualidad o para que el vendedor-promotor pueda eficazmente disponer de ella, es necesario, en algunas ocasiones, que aquél realice una actividad previa consistente en construir, surgiendo así la dificultad de diferenciar el contrato de compraventa del de ejecución de obra con aportación de materiales por el contratista.

Son varias las posiciones mantenidas por la doctrina pero en esta cuestión seguiremos la indicada por los profesores Díez-Picazo y Gullón. Estos autores entienden que se trata de una cuestión de interpretación de la voluntad de los contratantes, para averiguar si dieron especial importancia al proceso productivo de la cosa, al trabajo a realizar sobre la materia objeto de aquel proceso, en cuyo caso el contrato será de obra. Sin embargo, también toman en consideración reglas de interpretación objetiva, como la observación de la naturaleza del objeto (pues, tratándose de cosas fungibles, pierde el proceso productivo importancia frente a la obligación de entrega; y de cosas no fungibles, la prestación de hacer, de conseguir un resultado, es más relevante que la de dar) o como la creación o no de una nueva especie o la naturaleza principal o accesoria de los materiales.

Se trata de un contrato en el que la existencia de la obligación de hacer (construir), aunque preparatoria de la obligación de entregar la vivienda, reclamará la aplicación de algunas de las normas propias de los contratos de ejecución de obra, combinadas con las de la compraventa.

Esa naturaleza meramente preparatoria de la previa prestación de hacer explica que el incumplimiento, absoluto o relativo, de la misma se refleje en la de entregar. Si la cosa no llega a tener existencia, el vendedor no cumplirá su obligación de entrega y quedará sin causa la obligación recíproca del comprador de pagar el precio. Si la cosa es entregada, pero no reúne las características convenidas o exigibles, la entrega tampoco será liberatoria por falta de identidad entre lo prometido y ejecutado (artículo 1.166 del Código civil) y permitirá al comprador exigir la entrega de otra cosa, según lo convenido, e incluso, un *facere* reparador para adecuar lo entregado a lo programado en el contrato.

Por nuestro Tribunal Supremo (SSTS 30 de septiembre de 1989, 13 de marzo de 1990, 18 de mayo de 1992 y 15 de febrero de 1994) se viene calificando este negocio jurídico como compraventa de cosa futura cuya posibilidad viene admitida por el artículo 1.271 del Código civil en el sentido de que la vivienda no existe en el momento mismo en que se crea la obligación, pero respecto de la cual hay seguridad o gran probabilidad de que llegará a existir. En la primera de las sentencias referidas se considera definitivo para calificar de compraventa de cosa futura la vivienda en construcción: *“en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta ha alcanzado existencia real y*

física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar de manera que el contrato queda plenamente desnaturalizado, como tal venta de cosa futura, si el supuesto vendedor no contrae o se desvincula de la expresada obligación esencial de entrega.”

En ocasiones, el Tribunal Supremo califica este contrato con la modalidad de *emptio rei speratae* y así en la STS de 22 de marzo de 1993 declara que: “*Fueron sendas compraventas de cosa futura (emptio rei speratae), cuya calificación corresponde (SSTS de 17 de febrero de 1967, 3 de junio de 1970, 30 de octubre de 1989) a la de una vivienda o local comercial en proyecto de construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación, y en la que el vendedor, una vez que la ha terminado, asume la obligación de entregarla al comprador, que deberá pagar, obviamente, el precio pactado”*.”

Por otro lado, el contrato pertenece a la subespecie de aquéllos en los que el vendedor asume la obligación preparatoria de construir o promover la construcción de la cosa a entregar. Así lo pone de manifiesto la STS de 1 de julio de 1992 al expresar: “*Hacer entrega al comprador de lo enajenado, una vez alcance realidad exterior, con el deber de desplegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en el que se obligó que, por ello, no reviste naturaleza contractual”*. Ello lo convierte en un contrato complejo, como se expuso anteriormente, y lo somete a algunas normas propias del de ejecución de obra, combinadas con las de la compraventa.

III. Formalización de la compraventa de vivienda en construcción.

De ordinario la venta se formaliza en dos documentos sucesivos, el contrato privado y la escritura pública.

En efecto, normalmente el contrato se inicia mediante la suscripción de un documento privado en el que el promotor asume la obligación de ejecutar la obra así como la de entregar la vivienda en el plazo fijado y, como contraprestación, el comprador asume la obligación de realizar pagos fraccionados que contribuyen a financiar el proceso constructivo. Este contrato, formalizado mediante documento privado, carece de efectos jurídico-reales porque la vivienda aún no tiene materialidad real íntegra, de tal manera que sólo produce efectos obligacionales entre las partes.

En un segundo momento, mediante el otorgamiento de una escritura pública de compraventa, coincidente con el momento de la terminación de la obra. Por medio de esa escritura, el promotor cumple su obligación de entrega de la vivienda (párrafo segundo del artículo 1.462 del Código civil) transfiriendo el dominio sobre la misma al comprador (artículos 609 y 1095 del Código civil) y éste, como contraprestación, asume la obligación de pago del

resto del precio que, normalmente, va acompañado de un préstamo garantizado con una hipoteca sobre la misma vivienda en favor de una entidad crediticia con la que se financia el pago del precio ya abonado al promotor.

En el caso de que la empresa promotora se negara a otorgar escritura o hubiera desaparecido del tráfico y no fuera posible que la otorgue se hace necesario promover un procedimiento judicial con esa 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.

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.

IV. 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.

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 8.1 LGDCU expresa: “La oferta, promoción y publicidad de productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibidos.”

En 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 se 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.”. Es decir, que la campaña publicitaria de captación ha de ser veraz y no engañosa y, de otro lado, tiene carácter vinculante o contractual para el promotor aún cuando después no se refleje expresamente en el contrato.

En el caso de que la publicidad fuese engañosa (artículos 4 y 5 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LP), el comprador afectado podrá ejercitar las acciones de cesación y rectificación (artículo 25 LP) sin perjuicio de las acciones civiles que también puede ejercitar por incumplimiento contractual.

Sobre esta cuestión, en la STS de 21 de julio de 1993: “*obligación exclusiva de la promotora a finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo establecido en los arts. 1096, 1101, 1256 y 1257 del Código civil y art. 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”.

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 13.1 LGDCU cuando dice que: “Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales...”

Este derecho a la información 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 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 que no coincide 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 del Código civil) 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 del Código civil).

En relación con la información, debemos distinguir la relativa a la identidad del promotor y su capacidad para realizar la obra, la atinente a los datos físicos y jurídicos de la vivienda y, la correspondiente a 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 del Código civil) 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.

También comprenderá la información sobre los datos identificadores de la inscripción del inmueble en el Registro 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 de la Ley Hipotecaria, de

tal manera que las adquisiciones realizadas confiando en el contenido del Registro devienen inatacables.

También deberá informarse 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 de la Ley de Propiedad Horizontal.

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 la responsabilidad por mora o a la exigencia de la garantía contenida en la Ley 57/1968, de 27 de julio.

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 dato del 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 del Código civil, aunque cabe también el incremento previa autorización expresa o tácita del dueño de la obra (STS de 9 de junio de 1989).

V. Garantías sobre las cantidades a cuenta del precio.

Seguidamente, hemos de abordar la garantía de la que dispone el comprador cuando hace entrega de cantidades a cuenta del precio. 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, a saber: las cantidades anticipadas no han sido destinadas por el promotor a la construcción de la vivienda, o bien no ha llegado a iniciarse la construcción o no se ha concluido en la fecha convenida.

Esos riesgos tratan de prevenirse con la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, reformada por la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

Como señala la STS de 8 de marzo de 2001 *“la motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda -bien generalmente esencial para la vida-, que está en fase de planificación o construcción.”*

Debe tenerse en cuenta que el ámbito de aplicación de la referida Ley se limita a las viviendas destinadas a domicilio o a residencia de temporada, accidental o circunstancial, y no a las viviendas de protección oficial, a las edificaciones no destinadas a domicilio o residencia familiar y en ningún caso a los locales comerciales, de tal manera que la protección que ofrece la referida Ley no se extiende al riesgo propio de los negocios de especulación. Las medidas preventivas responden a dos necesidades:

En primer lugar, garantizar la aplicación real y efectiva de las cantidades anticipadas por los futuros adquirentes a la construcción de su vivienda. Con esa finalidad deberán aperturar los promotores una cuenta especial en una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en la que deberán depositarse las cantidades anticipadas por los adquirentes, 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.

En segundo lugar, se trata de garantizar la devolución de aquellas cantidades en el supuesto de que la construcción no se lleve a efecto o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. Se garantiza la devolución de la cantidad entregada más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada o mediante aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de bancos y banqueros, o Caja de ahorros.

Los derechos que otorga la referida Ley a los adquirentes tendrán el carácter de irrenunciables. En el caso de que se expida la cédula de habitabilidad y acreditada por el

promotor la entrega de la vivienda al comprador, se cancelarán las garantías otorgadas por la Entidad aseguradora o avalista.

En el caso de incumplimiento por el promotor al no haber iniciado la obra o por no haber entregado la misma en el plazo fijado, el comprador tendrá la opción, o bien de la resolución del contrato con la devolución de las cantidades entregadas a cuenta incrementadas con el interés legal, o bien de conceder la prórroga que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de la terminación de la construcción y entrega de la vivienda.

La no devolución de las cantidades anticipadas puede ser constitutivo de un delito o de una falta de apropiación indebida, previstos, respectivamente, en los artículos 252 y 623.4 del Código Penal, según que la cuantía exceda o no de 400 euros.

VI. Garantías exigibles en el momento de la formalización del contrato de compraventa.

En relación con la formalización del contrato de compraventa son varios los medios que previenen al comprador de posibles riesgos, a saber:

- se reconoce en el artículo 5.4.c del Real Decreto 515/1989 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 del Reglamento Hipotecario).

- 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.”

- respecto de los gastos de escrituración, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1.455 del Código civil 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”.

- 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.

- es plenamente aplicable al presente caso la exigencia contenida en el artículo 10.1.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 que son definidas en el artículo 10.bis LGDCU: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato... El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.” 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 Disposición adicional primera LGDCU se contiene una relación de cláusulas abusivas, y entre otras, la 5ª, relativa a la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional. La 9ª, sobre la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional. La 21ª, relativa a la transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables. Y la 22ª sobre 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).

En el párrafo segundo del artículo 10 del Real Decreto 515/1989 se establece la prohibición de cláusulas que no respondan a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones que se corresponden en parte con las cláusulas abusivas ya referidas y así:

- Cuando no reflejen con claridad u omitan, en los casos de pago diferido, la cantidad aplazada, el tipo de interés anual sobre los saldos pendientes de amortización y las condiciones de amortización de los créditos concedidos y las cláusulas que de cualquier forma faculten al vendedor a incrementar el precio aplazado durante la vigencia del contrato.

- Impongan un incremento del precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales efectivas que puedan ser libremente aceptadas o rechazadas por el comprador con independencia del contrato principal.

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

VII. Garantías exigibles después de 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.

Asume en concreto el promotor la obligación de entrega de la vivienda con los requisitos de identidad e integridad. De no cumplirse, el comprador dispone de la acción resolutoria por incumplimiento de contrato bilateral, prevista en el artículo 1.124 del Código civil. Téngase en cuenta que la entrega ha de hacerse en la fecha convenida, sin vicios o defectos y de modo que permita la transmisión del dominio, si el pacto fue tal, y sin gravámenes no consentidos.

En segundo lugar el promotor tiene la obligación de entregar el inmueble con la superficie pactada, distinguiendo según se fijara el precio por unidad de medida o número, o a precio alzado (artículos 1.469 a 1.471 del Código civil).

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 años, propio de las obligaciones personales (SSTS 8 de marzo de 1998 y 23 de mayo de 2003).

Terminaremos esta breve exposición señalando que cuando el vendedor incumple totalmente la obligación de entrega, es evidente el incumplimiento contractual pero si ello ocurre de manera intencionada y deliberada apropiándose de las cantidades entregadas a cuenta, podríamos estar ante un contrato criminalizado y, por tanto, ante un delito de estafa previsto y penado en los artículos 248 y 249.1.1º del Código Penal.