



Cláusula sorpresiva incorporada a la escritura de venta por la que el adquirente de vivienda declara conocer y asumir el importe de la deuda generada por el consumo de suministros energéticos de los anteriores propietarios

Investigador: M^a del Carmen González Carrasco
Profesora Titular de Derecho Civil
maria.gonzalez@uclm.es

Por la Asociación de Consumidores Navarra se dirige consulta a este Centro de Estudios de Consumo sobre la eficacia de la cláusula incorporada a la escritura pública de compraventa por la que el adquirente declara conocer y asumir el importe de la deuda generada por el consumo de suministros energéticos de los anteriores propietarios.

Son hechos relevantes para la resolución del problema planteado a) que el transmitente es una entidad bancaria que a su vez adquirió el inmueble en un procedimiento de ejecución hipotecaria dirigido contra un deudor de la entidad; b) que el reglamento de la entidad suministradora (en concreto, de agua) no permite la cesión del contrato anterior ni un alta independiente como nuevo contrato de suministro si el propietario actual no se hace cargo de las deudas generadas por los titulares anteriores, abonando su importe, lo cual ocasiona, de facto, que la vivienda carecerá de los servicios mínimos de habitabilidad en tanto en cuanto dicha deuda no sea satisfecha, y c) que la cláusula aparece por primera vez en la escritura pública de compraventa sin haber sido objeto de conocimiento ni, por ende, de aceptación previa.

PRIMERA-. La primera cuestión a dilucidar es si la venta de la vivienda por parte de la entidad bancaria ejecutante al particular es una relación de consumo a los efectos de aplicación del TRLCU, cuya aplicación se limita “a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios” según lo dispuesto en su artículo 2. Y ello no tanto por el concepto general de consumidor contenido en su artículo 3, que es claramente aplicable al comprador en el presente caso, ya que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional aún en el caso de que haya adquirido la vivienda para fines exclusivamente de inversión, sino porque el artículo 4 del TRLCU considera empresario a toda persona física o jurídica *que actúe en el marco de su actividad empresarial o profesional*, ya sea pública o privada. No basta que una persona física o jurídica desarrolle una actividad empresarial (necesariamente es así en el caso de las entidades

bancarias, que deben revestir la forma de sociedades anónimas), sino que además es necesario que la relación entre dicho empresario y el consumidor se produzca en el “marco” de esa actividad. Por lo tanto, la primera cuestión a resolver es si la entidad bancaria que ejecuta una garantía por el impago de una deuda y en virtud de ello resulta propietaria de un bien inmueble está actuando en el marco de su actividad empresarial o profesional cuando posteriormente pone dicho bien en el mercado y lo transmite a un tercero a fin de obtener la liquidez frustrada por el impago del deudor ejecutado.

Las principales entidades han recurrido a sus plataformas inmobiliarias, constituidas con personalidad jurídica independiente, para poner sus viviendas en el mercado y convertir en líquido parte de sus activos inmuebles. En estos casos (Altamira, del grupo inmobiliario del Grupo Santander, Servihabitat, de La Caixa, o Anida, del BBVA, por poner algunos ejemplos), la actuación en el marco de una actividad profesional o empresarial de carácter inmobiliario es evidente. La cuestión no es tan clara en aquellos casos en que la entidad de crédito realiza una operación de venta de vivienda que como tal no está comprendida en su objeto social, sino que se lleva a cabo como operación accesorio o instrumental. En virtud de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, las entidades bancarias han de limitar su objeto social a las actividades propias de aquéllas si quieren ser autorizadas por el Banco de España. Según dicha Ley, las entidades de crédito son sociedades (anónimas) que tienen como *actividad típica y habitual recibir fondos del público, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas, que llevan aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza.*

Cabe realizar dos interpretaciones del artículo 4 del Texto Refundido, una estricta y otra amplia. Según la primera, la actividad esporádica y marginal del empresario en suministros ajenos a su objeto social (vgr. liquidación de bienes obsoletos o amortizados, venta de bienes objeto de daciones en pago, etc.) debe quedar fuera del ámbito de aplicación del TRLCU siempre que se trate de bienes o servicios totalmente ajenos a la actividad empresarial no buscados expresamente por el empresario (a favor de esta interpretación, BERCOVITZ, Comentario del TRLCU, 103-104). Según la interpretación amplia, se entenderá que el empresario actúa como tal a los efectos del artículo 4 del TRLCU incluso cuando suministre bienes o servicios al margen de lo que constituye su actividad normal o habitual siempre que ello se produzca en el mismo marco en el que desarrolle esta última, lo que ocurrirá en todos los casos en que el empresario se constituya como sociedad mercantil, ya que la misma sólo puede tener una actividad empresarial, a pesar de que los contratos con consumidores se realicen como ejecución de actividades instrumentales comprendidas de forma tácita en el objeto social.

La pregunta debe ser en el marco de dichas operaciones instrumentales goza o por el contrario, carece de esa posición de preeminencia sobre el consumidor que la legislación de consumo quiere compensar. Y como respuesta a esta pregunta, que ha de contestarse caso por caso, entendemos que, en operaciones inmobiliarias por parte de entidades bancarias, esta preeminencia

existe a pesar de que se trate de una operación que no forma parte del objeto social de la entidad de crédito como tal. Y ello porque si lo relevante a fin de delimitar el concepto de empresario a los efectos de la legislación de consumo es la existencia de una organización dirigida a la puesta en el mercado de bienes y servicios, la preeminencia sobre el consumidor existe desde el momento en que dicha organización – departamento de redacción de contratos, letrados en nómina, tasadores- se pone al servicio esas operaciones de venta de carácter instrumental aparejando normalmente a las mismas unas condiciones de financiación predispuestas por la propia entidad que tendrán como presupuesto implícito la aceptación de las condiciones de venta tal y como se le presentan al comprador.

SEGUNDA.- En el caso de que se entienda que nos hallamos ante una compraventa de consumo, y puesto que del carácter sorpresivo de la cláusula, incluida por primera vez en la escritura leída a presencia notarial, se deriva necesariamente, salvo prueba en contrario a cargo de la entidad vendedora (artículo 82.2 II), su carácter de cláusula no negociada individualmente (art. 80 TRLCU), serían de aplicación los artículos 80.a) y b) por vulneración de los requisitos de inclusión.

- Porque reenvía a una hipotética información previa sobre el estado de deudas por suministros generadas por anteriores propietarios a la que no se hace referencia en el contrato, pero que el que el comprador debe “declarar conocer” si quiere seguir adelante con la elevación a público de la operación de compraventa ya perfeccionada pero que no se acompaña ni previa simultáneamente al contrato [art. 80.1 a)].
- Porque, en contra de lo dispuesto en el art. 80.1b) TRLCU, no permite al consumidor el conocimiento previo sobre la realidad de un elemento esencial del contrato: el precio final (principio de transparencia del precio, que exige que todas las partidas que de forma directa o indirecta tengan como efecto la elevación del coste final para la adquisición de la vivienda en condiciones de servir a su uso deban figurar de forma clara junto al precio).
- La cláusula es sorpresiva debido a su inclusión en la escritura pública de compraventa sin una información previa sobre la misma que permita su negociación aún en el caso de que ésta sea fuese teóricamente posible.
- En este sentido y con base en la derogada LGDCU, se han pronunciado las Audiencias Provinciales con independencia del fondo de la cuestión relativa a la posibilidad de trasladar estos gastos al comprador (el ejemplo paradigmático es el impuesto de plusvalía). Ponemos como ejemplo la SAP de Málaga 16 de diciembre de 2008, (JUR 2009/200920), que recoge textualmente el criterio sentado por muchas por la SAP de Palencia 7 de Marzo de 2.000 (AC 2000\760) y otras muchas anteriores en el mismo sentido:

“La práctica diaria de nuestros Juzgados y Tribunales nos enseña como se ha extendido notablemente el incorrecto proceder de que **una vez perfecto el contrato de compraventa de vivienda, entregados incluso en muchas ocasiones el precio y la cosa, se incluye en la Escritura Pública, es de suponer que a instancia del vendedor, una cláusula que carga al comprador con la repercusión de un gasto que corresponde al vendedor** sin que nada se hubiera pactado previamente al respecto. Dicha cláusula

se lee de corrido junto al resto de la escritura en el momento de la firma, de suerte que en el mejor de los casos, si el comprador se percató de su contenido y es conocedor de que las leyes lo imponen al vendedor, se encuentra sorpresivamente en el trance de aceptarla o rechazarla, arrojando en este último caso los inconvenientes y costes de deshacer un negocio ya perfecto e incluso en ocasiones consumado un préstamo hipotecario ya concertado o preparado y a concertar simultáneamente con el otorgamiento de la escritura, etc... en definitiva, a desandar las múltiples gestiones, decisiones y gastos que supone la adquisición de una vivienda para habitar en ella. Es por ello que las Audiencias han sentado el criterio, ya desde una primera Sentencia de 21 enero 1994, de en tales supuestos declarar la ineficacia de dicha cláusula, considerándola abusiva de una parte y de otra sorpresiva pues se impide una correcta formación de la voluntad.

En definitiva, se coloca de forma sorpresiva al comprador en la tesitura de aceptar una obligación de pago novedosa, que no consta conozca es impuesta por la ley a la otra parte y cuyo importe se ignora, o bien de deshacer la operación de compraventa de la vivienda ya perfecta y parcialmente consumada, con todos los inconvenientes que ello comporta y antes comentamos.

La cláusula en cuestión merece ser considerada como abusiva y por tanto nula de pleno derecho, debiendo tenerse por no puesta, conforme a lo dispuesto en el art. 10 núm. 1 apartado c).3.º y núm. 4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y ello desde una doble perspectiva, a saber: a) perjudica de una manera no equitativa al consumidor y le coloca en una posición de desequilibrio contractual pues, con independencia de cual sea la cuantía de la obligación de pago que asume y la proporción que representa respecto al precio del inmueble, es lo cierto que sin descontarlo del precio ni tan siquiera tomarlo en consideración a la hora de negociarlo, le carga con la obligación de asumirla.

Han de reputarse por tanto abusivas a tenor de ello cláusulas como la que nos ocupa, para cuya aceptación el consumidor no ha gozado de la precisa información sobre su alcance, contenido y efectos previamente al instante de suscribirlas, de suerte que se le ha presentado sorpresivamente sin poder formar correctamente su voluntad al respecto”.

TERCERA-. Hasta ahora hemos llegado a la conclusión de que la cláusula en cuestión no cumple con los requisitos de inclusión del artículo 80 TRLCU, por lo que su consecuencia jurídica ha de ser la no incorporación al contenido obligatorio de la escritura. Pero, a pesar de que las Audiencias Provinciales derivan de ello una automática condición de abusividad, lo cierto es que se hace necesario analizar si, con independencia de su carácter sorpresivo en este caso, la cláusula es abusiva en cuanto a la obligación de asunción de deuda ajena que impone.

El artículo 89.3 considera abusiva la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas, es considerada tal 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 (letra d)**. En las viviendas de nueva construcción a cláusula es claramente abusiva porque la venta implica la entrega de vivienda habitable, siendo el gasto a ello inherente (conexión y alta de los servicios) a cargo del vendedor. En virtud de ello, la STS 3 noviembre 2006 (RJ 2007, 683) declaró la nulidad, por abusiva, de una cláusula contractual en virtud de la que se ponía a cargo de los consumidores, adquirentes de viviendas, los gastos administrativos derivados de la contratación del suministro de gas y los gastos de revisión de las instalaciones interiores.

Pero ¿puede considerarse que también en las ventas de viviendas usadas existe una obligación implícita, derivada del deber de buena fe contractual, de “entregar la vivienda en condiciones de habitabilidad”, de forma que no se condicione dicha

cualidad de la vivienda al pago de una deuda ajena? Así parece sugerirlo hoy el artículo 83.3 d) cuando, a diferencia del anterior artículo 10 LGDCU, suprime la mención expresa a la “primera venta de viviendas”, aplicable implícitamente a los gastos de titulación contemplados en la letra a) pero no necesariamente al resto de los supuestos del número 3 del artículo 83. Entendemos que así debe ser salvo pacto en contrario, o salvo que las circunstancias del caso (venta de piso “para reformar” o para posterior demolición o rehabilitación, o indicación de las deudas de anteriores propietarios que puedan afectar al nuevo adquirente) así lo indiquen. Y así cabe también deducirse, de acuerdo con las circunstancias de falta de transparencia que rodean el presente caso, del artículo 89.5 TRLCU, que veda la posibilidad de incrementar directa o indirectamente el precio por servicios esenciales y por lo tanto, no considerados adicionales y susceptibles ser rechazados o aceptados de forma separada (SAP Asturias 24 de enero de 2008, JUR 2008,228145).

CUARTA-. La consideración o no del contrato celebrado entre las partes como una operación de consumo sometida al TRLCU no varía sustancialmente la solución apuntada. Las Audiencias Provinciales han abordado las cuestiones derivadas de la sorpresiva imposición de gastos que por ley corresponden al vendedor de forma independiente de la legislación de consumo y han llegado a la misma solución a partir de la aplicación del Código Civil. Así, para llegar a la misma conclusión de ineficacia de la cláusula de asunción de gastos que corresponden al vendedor por parte del comprador se ha considerado determinante el 1.224 del Código Civil, según el cual “las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero” (SAP Málaga 16 de diciembre de 2008, JUR 2009/200920) y el artículo 1258 CC (SAP Zaragoza 26 de noviembre de 1993, AC 1993,2300).

Por otra parte, aunque no resulta aplicable la responsabilidad por ocultación de cargas contenida en el artículo 1.483 del CC (como indica la STS de 19 de mayo de 1985, el precepto sólo se refiere a cargas reales o gravámenes establecidos con anterioridad a la transmisión sobre la finca, y excluye las de naturaleza personal como los simples créditos), el principio de transparencia del precio impone una información previa sobre las deudas que de alguna forma puedan considerarse inherentes al inmueble. La legislación ordinaria tiene en cuenta este principio en las últimas reformas legislativas afectantes a la transmisión de viviendas (ej. artículo 9 LPH, cuando exige que a la escritura pública se acompañe certificado del secretario de la comunidad de propietarios expresando hallarse al corriente de las deudas por contribución a los gastos de comunidad o expresando las que se adeudaren). El carácter sorpresivo de la inclusión de la obligación de asumir la deuda ajena en la escritura pública, unida a la contradicción interpretativa que se deriva de la afirmación de entrega de la vivienda libre de cargas, debe conducir a la interpretación más favorable al consumidor, que es ésta última y que conlleva, como integración contractual posible y más adecuada a los intereses del consumidor en este momento, entenderlo incluidos en el precio – SAP Asturias 24.1.2008 – AC 2008,214- y SAP Burgos 1 de junio de 2007, JUR 2007, 302769) con detracción del precio final de la carga soportada por dicha asunción.
