

# **ALGUNAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA**

**FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ**  
**Prof. Colaborador Doctor de Derecho Civil**  
**Universidad de Granada.**

SUMARIO: Introducción. I. Cláusulas que imponen al comprador gastos que son propios del vendedor. II. Cláusulas que dejan el cumplimiento del contrato al arbitrio del promotor. III. Cláusulas que limitan la responsabilidad del vendedor por incumplimiento. IV. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. V. Cláusulas abusivas por imponer renunciaciones a los derechos del comprador. VI. Cláusulas abusivas por imponer consecuencias desproporcionadas en caso de incumplimiento del comprador. VII. Cláusulas abusivas por imponer bienes accesorios o servicios no solicitados. VIII. Cláusulas novatorias del contenido del contrato.

En la práctica del mercado inmobiliario, los contratos de primera venta de vivienda que se realizan con promotores son contratos de adhesión, cuyo contenido ha sido elaborado previa y unilateralmente por el promotor, sin que el comprador tenga oportunidad alguna de intervenir en su redacción. La contratación con cláusulas predispuestas o condiciones generales de la contratación genera el riesgo típico de que el promotor en la redacción del contenido del contrato, solamente tenga presente sus intereses y atienda únicamente a sus riesgos, haciendo abstracción de los del consumidor. Este peligro no se disipa por la posibilidad que tiene el comprador de elegir entre las diferentes alternativas existentes en el mercado, porque respecto de las condiciones generales de la contratación, el mercado no funciona correctamente, ya que la demanda no atiende a ellas a la hora de seleccionar el oferente con el que contratar.

Cuando un consumidor decide comprar un inmueble, fundamenta su elección entre las distintas ofertas inmobiliarias existentes en el mercado en atención al precio y a las condiciones del inmueble. Son los aspectos económicos del contrato y no los jurídicos los que son tomados en consideración a la hora de contratar y, por lo tanto, sólo respecto de esta relación precio-inmueble puede considerarse que ha habido auténtico consentimiento. Las condiciones jurídicas del contrato (p. ej.: renuncia a la elección de notario, renuncia al tribunal competente, penalizaciones en caso de retraso, exenciones o limitaciones de la responsabilidad propia del promotor en caso de incumplimiento total, defectuoso o tardío, etc.) no son tomadas en consideración, porque en la mayoría de los casos ni tan siquiera se

conocen e, incluso cuando se conozcan, su carácter secundario o accesorio no puede fundamentar una renuncia a contratar. Esta circunstancia es aprovechada por el promotor para imponer el contenido contractual que más le interese, sabiendo que esta reglamentación perjudicial para los intereses del comprador, no le hará perder clientela.

Por esta razón, ante el fracaso de la autonomía de la voluntad en la selección de condiciones generales equilibradas, el ordenamiento jurídico somete las cláusulas cuya incorporación al contrato se produce por la sola voluntad del promotor, a un control de contenido, que condiciona su validez a una redacción equilibrada que no atienda únicamente a sus intereses contractuales, sino también a los de la parte compradora. En concreto, según el art. 10 bis de la LGDCU 26/1984, serán abusivas las cláusulas que en contra de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Además, serán abusivas las cláusulas que se encuentran recogidas en la lista de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU.

Las cláusulas abusivas que típicamente se pueden encontrar en los contratos de compra venta de inmuebles, se pueden clasificar en varios grupos.

### **1 º Cláusulas que imponen al comprador gastos que son propios del vendedor.**

A) La imposición de los gastos a los que se refiere el núm. 22 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU.

El núm. 22 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU dispone que serán abusivas las cláusulas que impongan *"al consumidor 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)"*.

Los gastos de preparación de la titulación que por su propia naturaleza correspondan al vendedor, son los que se derivan de todos aquellos actos que deba realizar el vendedor de manera unilateral para cumplir con su obligación principal de entrega de la cosa.<sup>1</sup> Es decir, son todos aquellos gastos que deriven de actos que debe

---

<sup>1</sup> MORALEJO IMBERNÓN, N. I., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (Coordinados por Berccovitz Rodríguez-Cano, R), Navarra, 1999, pp. 1191 y 1192.

realizar el vendedor con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública. El propio núm. 22 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU califica como actos de preparación de la titulación que por su naturaleza corresponden al vendedor los que se derivan de la declaración de obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación. Esta enumeración es meramente ejemplificativa o "numerus apertus", por lo que se pueden incluir en el supuesto otros gastos derivados de actos anteriores al otorgamiento de la escritura pública que por su propia naturaleza correspondan al vendedor, como los gastos de declaración de obra nueva, los de agrupación y segregación y los derivados de las operaciones reparcelatorias, los de la cédula de habitabilidad y la licencia de primera ocupación, el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, los de la constitución del régimen de propiedad horizontal y los gastos de comunidad anteriores a la transmisión (artículo 9.5 Ley de Propiedad Horizontal 49/1960) y las primas de los seguros sobre el inmueble satisfechas antes del acto traslativo.

La razón de la abusividad de las cláusulas que imponen estos gastos parece clara. La buena fe exige que el precio del inmueble sea comprensivo de todos aquellos gastos que por su naturaleza tienen que ser soportados por el vendedor, sin que éstos puedan ser repercutidos al comprador subrepticamente mediante condiciones generales que generalmente desconoce. Estos gastos se deben considerar como un coste empresarial más y, por lo tanto, tienen que incluirse en el precio total, siendo así que su dispersión a lo largo del clausulado contractual mediante condiciones generales de la contratación, no es más que una descomposición del precio final, sin más sentido que el de provocar en el comprador una incorrecta representación sobre el precio y la conveniencia de realizar o no el contrato. El fin que se persigue mediante la declaración de abusividad de estas cláusulas de imputación de gastos propios del vendedor al comprador, no es una reducción del precio de los inmuebles, sino una mayor transparencia en su fijación, para permitir que el comprador tenga un conocimiento cabal del mismo y evitar que se vea sorprendido con la imputación de gastos con los que no contaba y que alteran el equilibrio económico pactado.<sup>2</sup>

De entre todos los gastos abarcables en el supuesto del núm. 22 de la disp. Adicional 1ª, sin lugar a dudas, el más relevante es el de la comisión de cancelación del préstamo hipotecario suscrito por el promotor para financiar la construcción. La cláusula que imputa al comprador los gastos derivados de la cancelación del préstamo

---

<sup>2</sup> En el mismo sentido, MORALEJO IMBERNON, N. I., *Comentarios a la Ley de Condiciones...*, op. cit., pág. 1181 y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coordinados por Menéndez, Díez-Picazo y Alfaro), Madrid, 2002, p. 1275.

hipotecario suscrito por el promotor para financiar la construcción puede tener distintas variantes. La más gravosa para el consumidor es la que obliga al comprador, sin más opción, a subrogarse en este préstamo hipotecario, ya que al pago de la eventual comisión de subrogación debería sumarse el de la cancelación llevada a cabo con posterioridad en caso de que se quiera concertar un préstamo hipotecario con otra entidad distinta. La jurisprudencia menor ha considerado frecuentemente que la cláusula que obliga al comprador a subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por el vendedor-promotor para financiar la construcción y consecuentemente a satisfacer la comisión de cancelación en caso de querer concertar el préstamo con otra entidad financiera es abusiva (vid. por todas, SAP de Asturias de 5.3.1999 (RJA 1999/1320) y SAP de Barcelona 20.9.2004 (RJA 2004/1891)). Otra hipótesis es la de la cláusula que permite al comprador optar entre subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por el promotor para financiar la construcción o concertar un préstamo con otra entidad, debiendo en este último caso satisfacer la comisión de cancelación del préstamo originario. En este caso, la posibilidad de optar entre subrogarse o pagar la comisión de cancelación, no hace devenir la cláusula lícita, ya que la licitud requeriría una opción entre subrogarse o concertar un préstamo con otra entidad, sin coste alguno de cancelación para el comprador.

Últimamente, la imposición de los gastos de cancelación del préstamo suscrito por el promotor para financiar la construcción, se enmascara bajo cláusulas más sutiles, que en apariencia dan plena libertad al comprador para subrogarse o no en el referido préstamo hipotecario, pero que de hecho están imponiendo la subrogación en el mismo. Nos estamos refiriendo a la cláusula que dispone que el comprador puede optar entre subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito para financiar la construcción o concertar un préstamo con otra entidad financiera cualquiera, siendo en este último caso los gastos de cancelación de cuenta del vendedor, en combinación con otra cláusula que dispone que el comprador dispondrá de un plazo de diez o quince días para el otorgamiento de la escritura pública, a partir del momento de la obtención de la licencia de primera ocupación o de cualquier otra fecha que le señale el promotor. Como se observará, la imposición de un plazo tan breve para otorgar la escritura pública obliga al comprador "de facto" a subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por el promotor, ante la imposibilidad de gestionar en ese plazo un préstamo hipotecario con otra entidad, por lo que en la práctica, la posibilidad de optar entre subrogarse o no, se convierte en papel mojado, no disponiendo el comprador de más opción que la de subrogarse y pagar la consiguiente comisión de cancelación posteriormente en caso de querer concertar un préstamo con otra entidad. Teniendo en cuenta que en la valoración del carácter abusivo de una cláusula se deberá tomar en consideración el

resto de pactos o estipulaciones del contrato (art. 10.bis.IV de la LGDCU), la cláusula que obliga a otorgar el pago de la escritura pública en tan breve lapso de tiempo, debería considerarse abusiva por suponer la imposición de la obligación de subrogarse en el préstamo suscrito por el promotor para financiar la construcción.

En el supuesto habitual en el que se confiere al comprador una opción entre subrogarse en el préstamo suscrito por el promotor para financiar la construcción o concertar un préstamo hipotecario con otra entidad, pagando en este caso el comprador la comisión de cancelación del préstamo originario, el comprador que haya satisfecho la comisión de cancelación, sin llegar a subrogarse en el préstamo originario, y concertado un préstamo con otra entidad, podrá, aun con posterioridad al otorgamiento de la escritura pública, solicitar la nulidad de la cláusula en cuestión, cuyo efecto sería el reintegro por parte del promotor de la comisión de cancelación por tratarse de un pago de lo indebido o realizado sin causa. Mayores problemas plantean los supuestos en los que el comprador se haya visto forzado a subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por el vendedor para financiar la construcción, sin haber podido cancelarlo ni tan siquiera pagando la indebida comisión de cancelación, ya sea porque la cláusula en cuestión no le diera otra opción o porque el lapso de tiempo impuesto por el promotor para el otorgamiento de la escritura pública no le atribuyera una posibilidad real de seleccionar en el mercado otro préstamo hipotecario. En estos supuestos, un sector de la doctrina ha negado que se pueda ejercitar la acción de nulidad de la cláusula por abusiva conforme al núm. 22 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU, porque el gasto de cancelación no deriva de un acto realizado unilateralmente por el vendedor antes del otorgamiento de la escritura pública, sino de la amortización realizada por el propio adquirente con posterioridad a su subrogación en el crédito.<sup>3</sup> No compartimos esta opinión, porque el acto último del cual deriva el pago de la comisión de cancelación ha sido un acto realizado unilateralmente por el vendedor que sólo a él le aprovecha, como es la constitución de un préstamo hipotecario para financiar la construcción, y todos los gastos que se deriven este préstamo, incluida la cancelación por parte del comprador que se ha visto compelido a subrogarse en el mismo, deben considerarse gastos que por su propia naturaleza corresponden al vendedor.

No obstante, el ejercicio tras la subrogación en el préstamo hipotecario originario de la acción de nulidad de la cláusula que haya impuesto dicha subrogación literalmente o de "facto", nulidad que implicará el reintegro por el promotor de las cantidades satisfechas en concepto de comisión de subrogación y de la posterior cancelación

---

<sup>3</sup> Cfr. MORALEJO IMBERNON, N. I., *Comentarios a la Ley de Condiciones...*, op. cit., p. 1191; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentarios sobre la Ley...*, op. cit., p. 1280 y los autores ahí citados.

para concertar el préstamo con otra entidad e incluso una indemnización por los daños y perjuicios derivados del pago de los intereses satisfechos que hayan resultado superiores a los convenidos con otra entidad, tiene que estar condicionado a la buena fe del comprador, por lo que la acción no se podrá ejercitar en cualquier momento, sino en un lapso de tiempo razonable que permita entender que la cancelación del préstamo originario ha sido la consecuencia de la posibilidad, negada por el vendedor, de comparar y seleccionar las condiciones económicas de las distintas ofertas existentes en el mercado de los préstamos hipotecarios. Tiene que existir una relación secuencial entre subrogación, comparación de las demás ofertas existentes en el mercado crediticio, cancelación y acción de nulidad de la cláusula. En este sentido, a pesar de que la acción de nulidad de las cláusulas abusivas no está sujeta a ningún plazo de prescripción especial, y por lo tanto, el plazo de prescripción debe ser el general para las obligaciones contractuales de 15 años (art. 1964 CC), el ejercicio extemporáneo de la acción de nulidad de la cláusula que impuso la subrogación, puede considerarse realizado en abuso del derecho, ya que la acción de nulidad no tendría como razón la imposición de la subrogación o, lo que es lo mismo, la privación por parte del promotor de la posibilidad de haber elegido entre las distintas ofertas existentes en el mercado hipotecario en el momento de pagar el precio, sino la intención del comprador de novar subjetivamente el préstamo sin costes, durante el desenvolvimiento de la relación crediticia, cuando en cualquier momento, otra entidad financiera ofreciera una condiciones más favorables.

Será lícita la cláusula que atribuya al comprador una opción entre subrogarse o cancelar el préstamo antes o coetáneamente al otorgamiento de la escritura pública, siempre que la cancelación se hiciera sin gastos para él y se le atribuyera un lapso de tiempo razonable para gestionar el préstamo con otra entidad financiera antes del otorgamiento de la escritura pública<sup>4</sup>. En este caso, el RD 515/1989 sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, obliga al promotor en su art. 6.4 a facilitar al comprador el nombre del Notario autorizante de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, la fecha de ésta, los datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a la vivienda, con expresión de vencimientos y

---

<sup>4</sup> Como ha dispuesto acertadamente la SAP de Zaragoza de 2.7.2003, “la posibilidad de opción entre la subrogación o la cancelación sin gastos del préstamo debe conferirse en el contrato privado a fin de que el comprador desarrolle la siguiente actividad: - Dé un preaviso en plazo razonable a la promotora, antes del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, del deseo de no subrogarse en el préstamo hipotecario o de hacerlo en una cantidad inferior.- Efectúe el abono de la cantidad del precio aplazado.-En su caso, constituya una nuevo préstamo hipotecario, este sí dirigido sólo a la financiación de la compra soportando los gastos consiguientes.”

cantidades pendientes, con el objeto de que el comprador pueda valorar la conveniencia de subrogarse o no en dicho préstamo.

No se debe despreciar, incluso, la posibilidad de que se negocie individualmente con el comprador la subrogación, pacto que podría conllevar un descuento del precio total de venta, por el ahorro que supone para el vendedor de los gastos de cancelación. La prueba del carácter negociado de la cláusula de subrogación debe recaer sobre el predisponente, según se desprende del art. 10.bis.1.III.<sup>5</sup>

Por último, conviene tener en cuenta, que el núm. 22 se refiere expresamente a las cláusulas que imponen los gastos derivados de la comisión de cancelación del préstamo hipotecario suscrito por el promotor para financiar la construcción, por lo que quedan fuera de su supuesto de hecho las cláusulas que imponen el pago de la comisión de cancelación de los préstamos hipotecarios suscritos por el promotor simplemente para financiar la adquisición del inmueble por el comprador. (Así, la SAP de Madrid de 15.4.2005 (TOL 626317), no consideró abusiva esta cláusula). En estos casos, no obstante, se debe indagar si la causa del préstamo cuya comisión de cancelación se impone ha sido realmente financiar la adquisición por el comprador o si, por el contrario, bajo esta fórmula se está ocultando fraudulentamente la imposición de los gastos de cancelación de un préstamo cuya verdadera causa ha sido la de financiar su construcción. En este sentido, la SAP de Madrid de 23.9.2002 (RJA 2002/27337), consideró abusiva la cláusula de imposición al comprador de los gastos de subrogación de un supuesto préstamo para financiar su adquisición, por considerar que a pesar de que se hubiera dispuesto en el contrato que el préstamo se concertaba para financiar la adquisición, realmente se imponía al comprador la subrogación en un préstamo que tenía una existencia anterior al propio contrato, concertado previamente para financiar la construcción, como quedó probado del examen de la escritura de préstamo. La prueba de la verdadera naturaleza del préstamo cuya comisión de cancelación se está imponiendo al comprador corresponde a este último, como no siempre resultará fácil probar que este préstamo se suscribió para financiar la construcción y no la adquisición, pues esta prueba requerirá la colaboración de la entidad prestamista, se puede procurar la abusividad de esta cláusula encajándola en el supuesto del núm. 23 de la disp. Adicional 1ª, ya que la constitución de un préstamo, aunque sea sólo para financiar la adquisición del comprador, supone la imposición al consumidor de un

---

<sup>5</sup> Las SAP de Asturias de 10.1.2002 (RJA 2002/71004) y de La Rioja de 30.12.2002 (RJA 2002/44255), consideraron probado que la cláusula según la cual el comprador se subrogaba en el préstamo hipotecario suscrito por el vendedor-promotor para financiar la construcción había sido negociada individualmente por el hecho de que no se incluyera en otros contratos de compraventa realizados por los mismos vendedores relativos a inmuebles de las mismas promociones.

servicio accesorio a la prestación principal de entregar el inmueble, que no ha sido solicitado.

B) La imposición de otros gastos propios del vendedor al comprador.

En relación a las cláusulas de imputación de gastos propios del vendedor al comprador, surge la cuestión de qué ocurre con aquéllas que imputando gastos que según el derecho dispositivo corresponden al vendedor, no tienen encaje en el supuesto de hecho del núm. 22 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU, por no imputar gastos que sean propiamente de preparación de la titulación que por su propia naturaleza correspondan al vendedor. Este es el caso, por ejemplo, de las cláusulas que imputan el pago del impuesto de Plusvalía, los gastos del otorgamiento de la escritura pública o los gastos derivados de los accesos a los suministros generales de la vivienda.

En relación a estas cláusulas conviene tener en cuenta que el hecho de que una determinada condición general no encaje en alguno de los supuestos de la lista de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU, no la convierte en válida sin más, sino que pese a ello puede ser abusiva si no pasa por el tamiz de la cláusula general del art. 10.bis.1 de la LGDCU.

En este sentido, por tratarse de cláusulas que inciden en el precio final del inmueble, el juicio de validez de las mismas, conforme al art. 10 bis de la LGDCU, deberá hacerse al amparo del principio de transparencia. Si la imputación de estos gastos se produce de manera subrepticia, de tal modo que se imponen mediante condiciones generales que pasan inadvertidas al comprador, deberá concluirse que estas condiciones son abusivas por alterar subrepticamente el equilibrio económico, la relación precio-inmueble, pactada. Es lo que ocurrirá cuando estas cláusulas son incluidas por primera vez en la escritura pública, o cuando se contienen en el contrato mismo, pero camufladas entre otras cláusulas de contenido jurídico. Por el contrario, si estas cláusulas se incluyesen justamente al lado del precio, es decir, formasen parte de las cláusulas económicas del contrato, no habría ninguna razón para invalidarlas, puesto que el comprador podría asumir mediante una mera suma que el precio final incluye el precio propiamente dicho, más estos otros gastos. En este caso, la imputación de gastos adicionales habría sido consentida, como parte del precio que es.

En relación a los gastos derivados del impuesto de Plusvalía, según el artículo 107 de la Ley de Haciendas Locales de 21 de abril de 1988, frente a la administración titular del impuesto, el sujeto pasivo sólo puede ser el vendedor, pero nada impide que en las relaciones entre vendedor y comprador, el impuesto sea repercutido indirectamente al

comprador.<sup>6</sup> Sin embargo, la validez de la cláusula que repercute al comprador los gastos derivados del impuesto de plusvalía, como cláusula relativa al precio que es, dependerá de que el consumidor haya conocido el incremento que dicho tributo supone en el precio total del contrato y lo haya tenido en cuenta a la hora de adoptar su decisión de contratar. La cláusula será nula por un defecto de transparencia, cuando el consumidor no haya podido valorarla por presentarse en la escritura pública posterior, o en el mismo contrato privado pero de manera oculta, o incluso si no se ha establecido con precisión el importe de dicho impuesto que puede y debe ser conocido por el vendedor. En todos estos casos, la cláusula es abusiva ex Art. 10 bis de la LGDCU 26/1984 por no haber sido conocido su alcance por el consumidor y suponer una alteración subrepticia del equilibrio económico pactado sobre el precio y el objeto del contrato. Así, por ejemplo, nos parece abusiva la cláusula que de manera genérica dispone que *“los impuestos, gastos y arbitrios que se originen por los actos derivados de este contrato serán de cuenta de la parte compradora”*, por no permitir que el consumidor pueda hacerse una representación exacta de la repercusión que estos tributos, entre los cuales se encuentra el de plusvalía, tienen en el precio total de la operación que está por concluir.

Sin embargo, la jurisprudencia de las audiencias provinciales, tradicionalmente, no ha sabido encarar bien la cuestión y ha venido considerando que esta cláusula es válida por entender que, dada la escasa entidad que puede tener la repercusión de este impuesto al comprador en relación al precio total del contrato, no se puede considerar que la imputación de este gasto haga devenir el precio excesivo o desequilibrado en relación con el inmueble (Cfr. SAP de Valladolid de 22.2.2003 (RJA 2003/85307), y SAP de Asturias de 23.5.2005 (TOL 660525)), cuando en realidad la cláusula es abusiva si por un defecto de transparencia en su plasmación, supone un incremento subrepticio del precio que las partes habían convenido, con independencia de que éste precio siga siendo o no razonable o incluso barato. Es decir, la abusividad de esta cláusula no se debe hacer derivar de que su repercusión al comprador provoque que el precio sea caro, sino simplemente del hecho de que el precio final sea distinto al que el comprador creía haber convenido, como correctamente han considerado las SSAP de Palencia de 4.11.1998 (RJA 1998/2318) de Sevilla de 19.1.2005 (RJA 2005/75907) y la SAP de Sevilla de 23.2.2005 (RJA 2005/1060).

---

<sup>6</sup> Las STS de 18.4.1990 (RJA 1990/2727) de 18.10.1993 (RJA 1993/7614) y 9.7.1994 (RJA 1994/5603) admiten la posibilidad de que el impuesto de plusvalía pueda ser puesto a cargo del comprador, por voluntad de las partes contratantes.

Por lo que respecta a la cláusula que carga al comprador los gastos de otorgamiento de escritura pública, la doctrina anterior a la LCGC 7/1998 y en particular al núm. 22 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU, venía considerando mayoritariamente que el artículo 1455 del Código Civil, que atribuye estos gastos al vendedor salvo pacto en contrario, tenía un carácter imperativo en los contratos no negociados, de tal manera que dicha cláusula era nula.<sup>7</sup> Esta interpretación era posible de acuerdo con la redacción del antiguo núm. 11 del originario artículo 10.1.c. de la LGDCU 26/1984, que prohibía la traslación al comprador de gastos que según su *naturaleza* correspondieran al vendedor, entendiéndose por tales aquéllos que por ley imperativa o dispositiva correspondieran al mismo, y fue refrendada por el artículo 10.2.d. del RD 515/1989 que aclaraba el alcance de la prohibición, extendiéndolo a gastos que según su naturaleza o la ley (sin hacer distinción a su carácter imperativo o dispositivo) correspondían al vendedor. Sin embargo, tras la entrada en vigor del núm. 22 de la Disposición Adicional Primera, no es posible seguir manteniendo el carácter "cogente" del artículo 1455 en los contratos no negociados, porque la prohibición de imputar al comprador gastos propios del vendedor se limita ahora a los gastos que por ley *imperativa* correspondan al vendedor. Tampoco cabe considerar que los gastos de otorgamiento de escritura pública encajen en el supuesto particular del núm. 22 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU, ya que éste se refiere a los gastos de preparación de la titulación y no a los gastos mismos de la titulación, que no es un acto realizado unilateralmente por el promotor, sino conjuntamente con el comprador. Como correctamente afirma la SAP de Soria de 22.7.2002 (RJA 2002/246515) los gastos derivados del otorgamiento de la escritura pública no encajan en ninguno de los dos supuestos del núm. 22 de la Disposición Adicional Primera: *"no cabe sostener que los gastos de otorgamiento de la escritura pública de compraventa deban de ser asumidos por el promotor por imposición de una norma de carácter necesario o imperativo, toda vez que el artículo 1455 tiene un carácter meramente dispositivo y cede en virtud del acuerdo de las partes. Es incuestionable también que los gastos derivados del otorgamiento de la escritura pública no pueden ser equiparados a los gastos derivados de la preparación de la titulación a los que se refiere el mismo núm. 22, frase 2ª, porque de acuerdo con el tenor literal de la norma, éstos son los gastos derivados de los diversos actos preparatorios necesarios para poder otorgar la escritura pública a favor del consumidor adquirente de la vivienda, pero no los desembolsos directamente causados por el otorgamiento de la escritura pública de compraventa"*.

---

<sup>7</sup> MORENO QUESADA, B., *La protección del consumidor y usuario al contratar*, Actualidad Civil, 1988, pág. 209; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y en el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1995, pág. 90.

No obstante, la validez de la cláusula que traslada los gastos de otorgamiento de la escritura al comprador depende de que la misma haya sido consentida por el comprador, por haberla conocido y valorado. Por lo tanto, esta cláusula puede ser abusiva si por un defecto de transparencia en su predisposición, pasa inadvertida para el comprador, por suponer una alteración del acuerdo económico de las partes. Es decir, ésta cláusula no será nula ex num. 22 de la disp. Adicional Primera, pero sí puede serlo ex artículo 10 bis de la LGDCU 26/1984, por un defecto de transparencia. Su validez requiere una plasmación documental junto al precio, de tal manera que haya sido tenida en consideración a la hora de valorar la conveniencia de contratar o no, es decir, a la hora de prestar el consentimiento sobre el inmueble objeto del contrato, en relación con el precio global que se ofrece.

Por último, también deben considerarse abusivas las cláusulas que repercutan al comprador, al margen del precio final, gastos propios de la ejecución de la obra o gastos de acceso a suministros generales de la vivienda. Así, la SAP de Madrid de 5.6.1991, consideró abusiva la cláusula que permitía cobrar por separado conceptos como "apertura y cierre de zanja o acometida de agua", cuando el promotor se había comprometido a construir unitariamente una piscina y la SAP de Burgos 9.10.1996 consideró abusiva la cláusula que permitía el cobro de los derechos de alta que responden a los costes administrativos derivados de la contratación y a los de inspección de las instalaciones previas a la conexión de un servicio.<sup>8</sup>

Conviene tener presente que con la finalidad de aportar una mayor claridad acerca de la abusividad de las cláusulas que imponen al comprador gastos propios del vendedor, la proyectada Ley de Mejora de la LGDCU, prevé la incorporación en el núm. 22 de la disp. Adicional 1ª de una serie de supuestos específicos que se añaden al actualmente previsto de los gastos de preparación de la titulación que por su propia naturaleza correspondan al vendedor. Entre estos supuestos se encuentran: b) la estipulación que obligue al comprador a subrogarse en la hipoteca del constructor/promotor de la vivienda o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación (con lo que se elimina cualquier atisbo de duda acerca de la inclusión de esta cláusula en el núm. 22), c) la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el vendedor, d) la estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la

---

<sup>8</sup> Ambas sentencias citadas en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., Y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Madrid, 2005, p. 511.

vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.<sup>9</sup>

## **2º Cláusulas que dejan el cumplimiento del contrato al arbitrio del promotor.**

A) Cláusulas que permiten al promotor modificar las condiciones del proyecto.

Uno de los aspectos más problemáticos del contrato de primera venta de viviendas es el de la determinación de las condiciones que permitan al promotor modificar las condiciones y calidades del inmueble, tal y como han pasado formar parte del contenido del contrato. La problemática se hace patente en aquellos casos en los que el contrato se ha celebrado estando el inmueble en fase de construcción, o incluso antes de que ésta se haya iniciado, sobre la base de un mero proyecto. A lo largo del periodo constructivo pueden acontecer una serie de dificultades imprevistas que pueden obstaculizar, encarecer o impedir el cumplimiento exacto de lo pactado. La mera aplicación a este tipo de supuestos del derecho dispositivo, que solamente permitiría al promotor liberarse de la obligación de ejecutar con exactitud todas y cada una de las condiciones y calidades pactadas sin responsabilidad, en caso de imposibilidad sobrevenida sin culpa (art. 1182 del CC), se antoja inadecuada. Por lo tanto, se debe admitir que el promotor se cubra frente a ciertos riesgos imprevistos, mediante cláusulas que permitieran modificar las condiciones y calidades del inmueble, pero, por otro lado, no se puede permitir que el promotor traslade todos los riesgos inherentes al proceso constructivo sobre el comprador, obviando el principio "pacta sunt servanda", ni se puede abandonar el contrato a la voluntad del promotor (art. 1256 CC).

El punto de equilibrio entre el interés del promotor de protegerse frente a los riesgos propios de la construcción y el derecho del consumidor a exigir el cumplimiento exacto del contrato, viene dado por lo dispuesto en el núm. 2 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU, según el cual, las cláusulas que permitan al profesional modificar el contrato serán abusivas siempre y cuando las modificaciones no se deban a motivos válidos especificados en el mismo contrato. Además, a pesar de que no lo disponga expresamente el núm. 2 de la disp. Adicional 1ª, del principio sinalagmático mismo, se deriva la exigencia de que se prevea en caso de modificación una reducción proporcional del precio en el supuesto de que de la modificación resulte un defecto de calidad, e incluso la posibilidad de resolución por el comprador en

---

<sup>9</sup> Sobre las cláusulas de imputación de gastos propios del vendedor al comprador, en general, vid. más ampliamente PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004, pp. 143 a 147 y 153 a 162.

caso de que la modificación sea importante, esto último, por analogía a lo dispuesto en el núm. 7 de la disp. Adicional 1ª.

Por lo tanto, son tres los requisitos que debe cumplir una condición general que prevea la posibilidad de reforma de las condiciones y calidades pactadas de la vivienda: que la modificación se deba a motivos especificados en el contrato, que los motivos sean válidos y que se prevea la reducción proporcional del precio en caso de que la reforma provoque un defecto de calidad y la posibilidad de resolver el contrato cuando la modificación fuera importante.

1- Motivos especificados en el contrato: la modificación del contenido del contrato es una medida grave que afecta al principio "pacta sunt servanda" y, por lo tanto, no se puede hacer depender de motivos vagos o genéricos. La necesidad de especificar los motivos que justifiquen una modificación del contenido del contrato, impiden que sean válidas cláusulas que permiten la modificación en supuestos de "caso fortuito", "fuerza mayor", "circunstancias imprevisibles", "razones técnicas o jurídicas", etc., sin una mayor concreción.<sup>10</sup> La razón de la abusividad de estas cláusulas -que también podrían considerarse no incorporadas al contrato ex art. 7.b de la LCGC, por no superar el requisito de la concreción (art. 5.5. de la LCGC)- radica en el hecho de que bajo una formulación genérica se puede estar dando cobertura a una pluralidad de supuestos, siendo así que en alguno de estos supuestos, la posibilidad de modificar el contenido del contrato estaría justificada, pero en otros no. Con ello el promotor obtiene una ventaja de la falta de concreción, consistente en extender, mediante una formulación genérica de un supuesto de hecho, una facultad de modificación del contenido del contrato que podría ser absolutamente razonable para un supuesto concreto a otros para los que no lo es.

No obstante, la declaración de abusividad de las cláusulas que permiten la modificación del contenido del contrato sin especificar los motivos, no debe conllevar sin más, la aplicación del derecho dispositivo, que implicaría la posibilidad de exigir el cumplimiento contractual exacto o de resolver el contrato si la divergencia fuera grave (art. 1124 CC), junto con la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento (art. 1101 CC). Antes bien, en este ámbito resultará decisivo el ejercicio de la facultad moderadora del juez de los derechos y obligaciones de las partes, una vez declarada la nulidad de la cláusula (art. 10.bis.2 LGDCU). La facultad moderadora, permitirá al juzgador analizar caso por caso, si el motivo concreto que ha causado la modificación de las condiciones o de las calidades del proyecto, está justificado por una razón válida.

---

<sup>10</sup> Cfr. FERRER RIBA, J., *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (Coordinados por Menéndez, Díez-Picazo, Alfaro), Madrid, 2002.

2- Motivos válidos: El núm 2 de la disp. Adicional 1<sup>a</sup> exige que la modificación prevista sea por motivos válidos, sin ofrecer tan siquiera unas pautas para determinar cuando los motivos son válidos y cuando no. A pesar de que el núm. 2 se contenga en la lista de cláusulas abusivas de la disp. Adicional 1<sup>a</sup> de la LGCU, no puede considerarse que este supuesto forme parte de la llamada "lista negra", que permite declarar abusiva cualquier cláusula que encaje en su supuesto de hecho sin necesidad de ninguna valoración por el juzgador. Al contrario, la amplitud del término "motivos válidos", que en sí mismo puede considerarse una cláusula general, exige al intérprete una actuación valorativa previa a la aplicación de la norma que atienda a la buena fe objetiva y, en particular, a la naturaleza del bien y a las circunstancias del caso concreto. No obstante, se pueden ofrecer unas pautas para determinar cuando un motivo puede justificar válidamente una modificación del contrato y cuando no:

a) Debe tratarse de un hecho ajeno al ámbito de control de la actividad del promotor. No solamente no será un motivo válido aquél que dependa de la mera voluntad del promotor, sino tampoco cualquier otro hecho que acaezca dentro de la esfera de control de su actividad empresarial. Así, los incumplimientos del constructor o de los demás subcontratistas, o incluso de los proveedores, no pueden ser motivos que justifiquen una novación de las condiciones y calidades del inmueble.<sup>11</sup>

b) Debe tratarse de un supuesto imprevisible: Si la circunstancia que se pretende que justifique un cambio del contenido del contrato se ha podido prever diligentemente con anterioridad al contrato, la traslación al consumidor de las consecuencias de estos riesgos previsibles es contraria a la buena fe. En este sentido, resultará de suma importancia para estimar si la circunstancia era previsible o no, la fase del periodo de ejecución de la construcción en la que el contrato fue realizado, pues lógicamente cuanto más avanzada éste la ejecución de la obra, menor será el espacio para la imprevisibilidad.

c) Especial gravosidad para el promotor del cumplimiento exacto: La modificación de las condiciones o calidades de la obra no puede ser caprichosa, ni simplemente conveniente para el promotor, sino que el respeto al principio capital de la obligatoriedad del contrato, exige que el motivo que la justifique sea causa de una especial dificultad o gravosidad para el promotor en el cumplimiento de las condiciones o calidades estipuladas. No bastará con que las nuevas circunstancias

---

<sup>11</sup> Según FERRER RIBA, J., *Comentarios sobre la Ley...*, op. cit., pág. 1006, motivos válidos son los que describen riesgos que no podían considerarse asignados al predisponente en el momento de celebrarse el contrato, e identifica estos con la fuerza mayor.

sean causa de un simple encarecimiento de los costes, sino que se requerirá que el cumplimiento exacto requiera un esfuerzo económico desproporcionado para el promotor, en relación con el perjuicio que el cumplimiento de manera inexacta pueda causar al comprador.

Las razones que con mayor frecuencia se alegan por el promotor para justificar las alteraciones en las condiciones o calidades del inmueble pactadas son causas de índole técnico y la imposibilidad jurídica por denegación de licencias.

Por lo que respecta a las razones de índole técnico –que siempre tienen una solución económica- habrá que prestar especial atención a si las mismas tienen su causa en una defectuosa previsión efectuada por los distintos agentes que intervienen en el proceso de la edificación, cuya actuación está dentro del ámbito de control del promotor. Así, los imprevistos de orden técnico que se deban a un defecto de cálculo en el proyecto o a una eficiente evaluación de las condiciones geológicas del terreno, no justifican una modificación del objeto del contrato. Sólo las razones técnicas ajenas al ámbito de control del promotor, que sean verdaderamente imprevisibles de acuerdo con un parámetro de diligencia profesional y que sean causa de una especial gravosidad económica para cumplir correctamente, en relación al perjuicio que se puede derivar al consumidor por un cumplimiento inexacto, son razones válidas para una modificación del contrato.

La modificación motivada por una denegación de la licencia no está justificada, ya que al constituir las licencias actos reglados y no discrecionales (art. 103.1 CE), la denegación no es imprevisible ni ajena al ámbito de responsabilidad del promotor. En concreto la licencia de obra nueva sólo podrá denegarse por disconformidad con el Ordenamiento Jurídico, incumplimiento de las normas técnicas de habitabilidad, accesibilidad de los edificios y seguridad en el trabajo o por no asunción de los derechos de urbanización y la de primera ocupación porque el edificio no reúna las condiciones de utilización, porque no se ajuste al proyecto para el que se concedió la licencia de edificación y por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de urbanizar. En cambio, sí que sería motivo válido para la modificación del objeto del contrato, la anulación de la licencia irregularmente otorgada, cuando la irregularidad no fuera flagrante, pues si así fuera, la anulación sería previsible.

3- Que se prevea el ajuste del equilibrio del contrato mediante la reducción del precio cuando haya un defecto de calidad o la posibilidad de desistir del mismo cuando el defecto sea considerable. En los casos de razón válida para modificar el contenido del contrato, las consecuencias negativas de esta novación, no tienen que ser soportadas únicamente por el comprador, sino que tendrá que haber

una distribución de las cargas entre las dos partes del contrato que vuelva a equilibrarlo a tenor de las nuevas circunstancias sobrevenidas.<sup>12</sup> Las consecuencias de la admisibilidad de la cláusula que admite una modificación por motivos válidos especificados en el contrato, será que cuando acaezcan estos motivos el comprador no podrá exigir el cumplimiento exacto de las condiciones y de las calidades pactadas, ni una indemnización por daños y perjuicios por el cumplimiento defectuoso, pero esto es una cosa y otra bien distinta es que el comprador deba resignarse a un cumplimiento defectuoso y a pagar el precio estipulado como si hubiera habido un cumplimiento exacto.

Por esta razón, el propio principio sinalagmático, según el cual en los contratos bilaterales cada una de las obligaciones es causa de la recíproca, exige que en caso de novación por motivos válidos que produzca un desmejoramiento objetivo de la prestación del vendedor, se produzca una disminución proporcional del precio que ha de satisfacer el comprador. Incluso, se debe dar al comprador una posibilidad de resolver sin penalización del contrato cuando el defecto de calidad sea significativo, por aplicación analógica de lo núm 7 de la disp. Adicional 1<sup>a</sup> para los casos de alteración significativa del precio, puesto que no se puede obligar a un contratante a permanecer vinculado a un contrato en el que se ha visto alterado sustancialmente el objeto del mismo.<sup>13</sup>

Es posible imaginar, no obstante, supuestos en los que la novación por motivos válidos, no cause un defecto de calidad, por ser las condiciones o calidades aplicadas en sustitución de las pactadas objetivamente más beneficiosas para el comprador. En este caso, incluso, según se desprende del núm. 7 de la disp. Adicional 1<sup>a</sup>, sería lícito una alteración del precio al alza, si la medida de sustitución hubiera supuesto un coste adicional para el promotor, siempre que se le diera al comprador la posibilidad de desistir del contrato cuando el precio final resultase muy superior al estipulado.

Mayores problemas plantean aquellos supuestos en los que razones válidas obligan a realizar alguna modificación del proyecto, que supone un encarecimiento de los costes de la obra y además un empeoramiento objetivo de las condiciones y calidades pactadas. En este caso, pueden entrar en conflicto el núm. 2 de la disp. Adicional 1<sup>a</sup> que determinaría una disminución proporcional en el precio, en atención al empeoramiento de las condiciones y calidades y el núm. 7 que podría motivar un aumento del precio justificado en razones

---

<sup>12</sup> FERRER RIBA, J., *Comentarios sobre...*, op. cit., 1102, considera que uno de los motivos válidos para la modificación es que el ejercicio de esa facultad, tal y como ha sido preconfigurada en el contrato, lleve a un reajuste eficiente del contrato, habida cuenta de la respectiva posición de las partes antes de la modificación.

<sup>13</sup> Igualmente, FERRER RIBA, J., *Comentarios sobre la Ley...*, op. cit., pág. 1005.

objetivas. En este caso, la solución que mejor equilibra las posición jurídica de las partes ante un riesgo imprevisible es la compensación entre el valor económico del empeoramiento y el mayor coste que la medida de sustitución implica para el promotor. La cantidad económica en la que haya resultado valorado el empeoramiento de las condiciones y calidades pactadas tendría que minorarse con el incremento del coste que ha supuesto para el promotor y, viceversa, el incremento del coste para el promotor, en caso de ser superior a la valoración económica del empeoramiento de las condiciones pactadas, tendría que minorarse con el valor de este empeoramiento.

B) Cláusulas que permiten al promotor alterar unilateralmente el precio.

Como ya hemos señalado, el núm. 7 de la disp. Adicional 1<sup>a</sup>, sólo considera que es válida la cláusula que permite alterar el precio estipulado, cuando concurren “razones objetivas” y se haya dado al comprador una posibilidad de desistimiento en el supuesto de que el precio final llegara a ser considerablemente superior al estipulado.<sup>14</sup>

Por lo que respecta a las “razones objetivas”, se deben entender en el mismo sentido que los “motivos válidos” del núm. 2 que permiten una modificación del contrato, por lo que nos remitimos aquí a lo dicho en el apartado anterior. Resultaría abusiva por falta de concreción de las razones objetivas la cláusulas que establecieran que “la empresa se reserva el derecho a adaptar el precio si las circunstancias cambian”, “precio sin compromiso”, “sujeto a variación”, “salvo fijación definitiva del precio”<sup>15</sup>. Igualmente sería abusiva la cláusula que permitiera un aumento del precio en “caso de encarecimiento de las materias primas o de los salarios”, porque ésta es una circunstancia previsible que además está dentro de la esfera de riesgo empresarial que debe ser soportado por el promotor. Solamente sería válida una cláusula que previera un aumento del precio en supuesto de encarecimiento de las materias primas por circunstancias imprevisibles, ajenas al normal devenir de los precios en el mercado.

C) Cláusulas que permiten al promotor desistir unilateralmente del contrato.

Las cláusulas que en los contratos de compraventa en los que haya habido un pacto de arras, permitan al promotor desistir del contrato después de que se haya pagado por el comprador una parte del

---

<sup>14</sup> A pesar de la defectuosa redacción del núm. 7 de la disp. Adicional 1<sup>a</sup> que une los dos requisitos mediante una conjunción copulativa “o”, como ha puesto de manifiesto EGEA FERNÁNDEZ, J., *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coordinados por Menéndez, Díez-Picazo y Alfaró), Madrid, 2002, p.1085, ambos requisitos deben entenderse cumulativamente.

<sup>15</sup> EGEA FERNÁNDEZ, J. op. cit. últ. p.1077.

precio distinta de la que se ha entregado en concepto de arras, debe reputarse abusiva por dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio del vendedor. La opción de desistir del contrato, consustancial al pacto de arras, debe estar por su propia naturaleza limitada a un lapso de tiempo, en el que el cumplimiento de las obligaciones del contrato quedan en suspenso, pendientes de que alguna de las partes opte por desistir. Si no se ha estipulado un plazo concreto para desistir del contrato, la buena fe obliga a entender que este plazo termina cuando esté previsto que se inicie el cumplimiento de alguna de las prestaciones del contrato. Cuando se ha pagado en el plazo estipulado para ello la primera cuota del precio y se inicia con ello el cumplimiento normal del contrato, ambas partes han optado por no desistir. Una cláusula que permitiera desistir del contrato al promotor con posterioridad al momento en el cual se ha iniciado el cumplimiento de la obligación de pagar el precio, estaría alterando la naturaleza del pacto de arras, convirtiendo a éstas, en una indemnización por incumplimiento del promotor. Siendo así, que como tal indemnización resultará normalmente una cantidad pírrica, atendiendo a la naturaleza del servicio y a las circunstancias del mercado inmobiliario (art. 10.bis.1V de la LGDCU), en el que la constante subida de precios, permitiría al promotor que se liberara de un contrato, obtener una plusvalía considerable por la nueva venta, proporcional al perjuicio patrimonial que se causa al comprador.<sup>16</sup>

Esta cláusula nos parece abusiva con independencia de que se atribuyera una facultad recíproca de resolución del contrato al comprador en los mismos términos, porque en atención a las circunstancias antes referidas del mercado inmobiliario, la única parte del contrato que podría tener un interés en resolverlo es el vendedor, por lo que la concesión de la facultad de resolución al comprador, no equilibraría su posición jurídica en el contrato, puesto que carecería de interés para él.

### **3º Cláusulas que limitan la responsabilidad del vendedor por incumplimiento.**

A) Cláusulas que limitan la responsabilidad del vendedor por defecto de cabida.

El art. 1469 del CC dispone que cuando el precio de un inmueble se haya estipulado por unidad de medida, en caso de defecto de cabida, podrá el comprador optar entre una rebaja proporcional del precio o la rescisión del contrato, siempre que en este último caso, la disminución de cabida fuese igual o superior a la décima parte. Por el contrario, cuando el precio se estipule a tanto alzado o por cuerpo

---

<sup>16</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., op. cit. p.1137.

cierto, según dispone el art. 1471.1 no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato.

La condición general que establezca que un inmueble se vende a tanto alzado, cuando dada la naturaleza del mismo, las circunstancias del contrato y el resto de estipulaciones contractuales resulta evidente que el precio se ha estipulado por unidad de medida, resultará abusiva, no sólo por suponer una limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento del profesional (núm. 9 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU), sino por imponer además al consumidor la conformidad con hechos ficticios (núm. 20 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU). En este sentido, se deberá tener en cuenta para considerar que, con independencia de lo que disponga una condición general en el contrato, la venta se ha hecho por unidad de medida y no a tanto alzado, el lugar en el que esté emplazado el inmueble (cuanto más caro sea el suelo, más razonable es que el precio se haya estipulado por unidad de medida) y si se trata de un inmueble situado en una finca dividida horizontalmente, así como la mención que se haya hecho expresamente en el contrato o en cualquier momento de la promoción publicitaria al número de metros del inmueble. En este sentido, la SAP de Cantabria de 27.12.2000 (RJA 2000/12087) consideró abusiva una cláusula que contenida en la escritura pública calificaba la compraventa como de "cuerpo cierto". El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 20.3.2002 (RJA 2002/2852), ha preferido resolver la cuestión en sede de interpretación del contrato, dando preferencia a la voluntad común de las partes frente a su tenor literal, conforme al artículo 1281 del Código Civil, con apoyo en el canon de la totalidad del artículo 1285, cuando del resto del contrato se infiere que la voluntad de las partes era la de estipular el contrato de compraventa por unidad de medida y no a tanto alzado o por "cuerpo cierto".

También plantean problemas en relación a la responsabilidad por defecto de cabida, las cláusulas en las cuales se estipula el número de metros sin hacer mención a si los mismos son construidos o útiles. Aunque la cuestión pudiera ser resuelta mediante la aplicación de la regla de la interpretación mas favorable al adherente del art. 6.2 de la LCGC 7/1998 o al consumidor del art. 10.2 de la LGDCU 26/1984 - en cuyo caso, obviamente, se entendería que la superficie descrita en el contrato era la útil- el Tribunal Supremo ha considerado en la referida sentencia de 20.3.2002 (RJA 2002/2852), que la falta de indicación de la superficie útil en el contrato, se traduce en un incumplimiento de los requisitos de transparencia que establece el artículo 10.1.a. de la LGDCU 26/1984 (antes de la redacción que introdujo la disposición adicional primera de la LCGC 7/1998), y que la cláusula que describe una superficie del inmueble que se

corresponde con la construida y no con la útil, sin haberlo mencionado expresamente, ha de equipararse a una cláusula abusiva que perjudica de manera desproporcionada y no equitativa al consumidor. La declaración de abusividad de la cláusula que establece una superficie del inmueble que se corresponde con la construida y no con la útil, dará lugar a un problema de defecto de cabida.

B) Cláusulas que limitan la responsabilidad del vendedor por defecto de calidad.

En primer lugar, conviene tener presente que según dispone el art. 8.1 de la LGDCU el contenido de la publicidad será exigible por los consumidores, aun cuando no figure recogido expresamente en el contrato celebrado. Sólo si el contrato contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la publicidad. De donde cabe colegir que las condiciones contractuales que empeoren las calidades o condiciones del inmueble descritas en la publicidad o en la memoria de calidades, deben considerarse nulas.

Sin embargo, esta afirmación requiere alguna matización, porque la buena fe impide pretender exigir el contenido de la publicidad cuando el promotor ha informado convenientemente, antes de la celebración del contrato, sobre las modificaciones que el proyecto final incluye respecto de la oferta publicitaria. Las condiciones contractuales que alteren las calidades contenidas en la publicidad sólo serán abusivas en cuanto que se puedan considerar "sorprendentes", por suponer una frustración de las expectativas legítimas del comprador sobre las características del inmueble. Cuando la sorpresa se ha evitado mediante una conveniente información previa a la celebración del contrato, se está prestando el consentimiento a la oferta final, con las alteraciones incluidas y no a la inicial oferta publicitaria.

Las cláusulas de conformidad con el inmueble entregado también deben considerarse abusivas por excluir la responsabilidad del promotor (núm. 9 de la disp. Adicional 1ª) en caso de vicio oculto o defecto de calidad y por implicar la conformidad con hechos ficticios (nú. 20 de la disp. Adicional 1ª), tanto si la cláusula se encuentra en el mismo documento contractual, como en cualquier otra declaración que se realice con posterioridad.

Igualmente, debe considerarse abusiva la cláusula que atribuya al promotor la potestad de verificar en caso de discrepancia si el cumplimiento ha sido correcto o no (núm. 8 de la disp. Adicional 1ª).

C) Cláusulas que excluyen la responsabilidad del promotor en caso de retraso en la entrega del inmueble.

Según el núm. 5 de la disp. Adicional 1<sup>a</sup> serán abusivas las cláusulas que prevean la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional. Conforme a ello, sólo serán válidas las condiciones generales que condicionen la entrega del inmueble en la fecha estipulada a circunstancias objetivas e imprevisibles. La fecha de entrega del inmueble, no tiene que establecerse con una precisión diaria, puede referirse a un intervalo concreto de tiempo<sup>17</sup>. Tratándose de bienes inmuebles, este intervalo de tiempo, podrá ser tanto mayor cuanto menos avanzado esté la ejecución de la construcción, y, por lo tanto, mayor sea la incertidumbre sobre la fecha concreta de terminación de la obra. Pero esto es una cosa y otra bien distinta que la fecha consignada para la entrega, ya sea con referencia a un intervalo mensual, trimestral o anual, sea meramente indicativa y el promotor se exima de responsabilidad en caso de retraso, imposibilitando al comprador que le pueda reclamar el cumplimiento y, en su caso, constituirle en mora. Serán abusivas, por lo tanto, las cláusulas que establezcan una fecha de cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda "siempre que sea posible", "cuando el ritmo normal de la ejecución de la obra lo permita", "siempre que no haya huelgas", etc.

Particularmente frecuente es la cláusula que condiciona la entrega de la vivienda en la fecha convenida al otorgamiento de la licencia de primera ocupación. La cláusula así formulada no resulta válida, ya que aunque sea posible que el retraso en el otorgamiento de la licencia de primera ocupación sea imputable a la administración correspondiente, estaría amparando también la hipótesis de retraso en la entrega por denegación de la licencia de primera ocupación, circunstancia ésta que sólo es imputable al promotor.

D) Cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad del promotor en caso de defecto en la edificación.

El art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999 hace responsable en todo caso al promotor solidariamente con los demás sujetos que resulten responsables por los defectos en la edificación. Cualquier cláusula que tratara de excluir o de limitar las responsabilidades que recaen sobre el promotor por defectos en la edificación, no solamente serían abusivas de conformidad con el núm. 9 de la disp. Adicional 1<sup>a</sup> de la LGDCU, sino que además sería nula ex art. 6.3 del CC, puesto que el régimen de responsabilidad de la LOE es imperativo. Conviene tener presente que el régimen de responsabilidad del promotor de la LOE, a tenor de su art. 17.4, resulta de aplicación a las entidades gestoras de cooperativas o de

---

<sup>17</sup> LAMARCA MARQUÉS, A., *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coordinados por Menéndez, Díez-Picazo, Alfaro), Madrid, 2002, p. 1050.

comunidades de propietarios, cuando en realidad actúen como promotores, razón por la cual resultarían ineficaces las cláusulas en virtud de la cual se estipulara que un sujeto que actúa realmente como promotor, es un gestor de una comunidad de propietarios o de una cooperativa de viviendas, cuando estas comunidades o cooperativas hayan sido constituidas por el propio promotor con el único fin de evitar su responsabilidad por defecto en la edificación.

#### **4 ° Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad.**

Es abusiva la cláusula que estipula una penalización por retraso de la obligación del comprador de pagar el precio en la fecha convenida, cuando la penalización en caso de retraso del promotor en el cumplimiento de su obligación de entrega del inmueble no sea idéntica. La SAP de Asturias de 3.5.2005 (TOL 650480) consideró abusiva la cláusula que imponía una penalización del 6 % sobre el precio del inmueble en caso de retraso en el cumplimiento del comprador, porque no se preveía la misma indemnización en caso de que el incumplimiento fuera imputable al vendedor.

También por falta de reciprocidad es abusiva la cláusula que en el contrato que se califique de arras o de reserva, prevea que el vendedor puede retener en caso de desistimiento del comprador las cantidades entregadas en concepto de arras y que, por el contrario, si es el vendedor el que renuncia, queda liberado únicamente devolviendo las cantidades entregadas sin pagar ninguna penalización. Esta estipulación contraviene lo dispuesto en el art. 1454 del CC sobre las arras y expresamente dispone el núm. 16 de la disp. Adicional 1<sup>a</sup>, que será abusiva la cláusula que prevea la retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.

Igualmente, resulta abusiva la cláusula que impone al comprador cumplir con su obligación de pagar el precio aun cuando el vendedor no hubiera cumplido con la suya de entregar el inmueble (núm. 15 de la disp. Adicional 1<sup>a</sup>). Esta cláusula supone una privación del derecho a oponer la excepción de incumplimiento. Sin embargo, no cualquier incumplimiento de la obligación del promotor en la entrega del inmueble, justifica la negativa del comprador a cumplir con su obligación de pagar del precio, sino solamente aquél que por su entidad podría dar lugar a la resolución del contrato.

#### **5.º Cláusulas abusivas por imponer renunciaciones a los derechos del comprador.**

Resulta abusiva la cláusula de sumisión a un tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el inmueble (núm. 27 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU). Igualmente, resulta abusiva la cláusula de renuncia a la elección de fedatario público (núm. 27 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU) y la de sumisión a tribunales de arbitraje distintos del de consumo (núm. 26 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU).

Igualmente, debe considerarse abusiva por suponer la renuncia de un derecho legalmente atribuido al comprador (núm. 14 de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU), la cláusula de renuncia a los avales bancarios exigidos a los promotores-constructores por la Ley de 27 de julio de 1968, para garantizar la devolución de los anticipos hechos al consumidor, con sus intereses al 6 %, en caso de no corresponderse la obra realizada con las condiciones contratadas.

#### **6.º Cláusulas abusivas por imponer consecuencias desproporcionadas en caso de incumplimiento del comprador.**

Debe reputarse abusiva la cláusula que en caso de haberse previsto la resolución automática del contrato por incumplimiento del comprador, limitara o excluyera el derecho que el art. 1504 del CC confiere al comprador para pagar el precio una vez vencido el término fijado, mientras no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial.

Además, la cláusula que prevea la resolución del contrato por incumplimiento del comprador puede ser abusiva cuando atribuya al promotor la posibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento que no sea grave o definitivo. La valoración de cuando la resolución del contrato está justificada o no en atención a la gravedad del incumplimiento, debe hacerse atendiendo a la naturaleza del inmueble, al resto de las cláusulas y estipulaciones del contrato y a las circunstancias del contrato concreto (art. 10.bis.IV de la LGDCU). Puede afirmarse que, con carácter general, resulta abusiva la cláusula que permita resolver el contrato por un simple retraso en el pago de una sola de las cuotas previstas con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública, cuando el importe de esta cuota no tenga una relevancia significativa en el precio total del inmueble. Sin embargo, esta misma cláusula podría no ser abusiva, por ejemplo, si sólo se hubiera estipulado el pago de una cuota, con un valor significativo, antes del otorgamiento de la escritura pública.

También debe reputarse abusiva la cláusula que prevea que en caso de resolución, el vendedor puede retener en concepto de penalización

por incumplimiento las cantidades que hasta ese momento hayan sido satisfechas por el comprador en concepto de pago de precio.<sup>18</sup> Esta cláusula resulta nula ex núm. 3 de la disp. Adicional 1ª por imponer una indemnización desproporcionadamente alta. Sólo excepcionalmente podría ser válida la cláusula en cuestión, si en relación con el resto de pactos y estipulaciones del contrato (art. 10.bis.IV), la penalización que la misma impone pudiera estimarse razonable. Por ejemplo, si la resolución se hubiera previsto para el caso de incumplimiento definitivo del pago del precio en el acto de otorgamiento de la escritura pública y con anterioridad al mismo solamente se hubiera previsto que se abonaran unas cuotas de un valor escasamente significativo en relación al precio total.

Igualmente, se ha considerado abusiva ex Núm. 3 de la disp. Adicional 1ª, por imponer una indemnización desproporcionadamente alta, la cláusula que prevea que en caso de retraso en el pago de una de las cuotas o del precio restante en el acto de otorgamiento de la escritura pública, el comprador tendrá que pagar en concepto de indemnización unos intereses moratorios del 20 % sobre las cantidades debidas.

## **7 ° Cláusulas abusivas por imponer bienes accesorios o servicios no solicitados.**

Resultan abusivas conforme al núm. 23 de la disp. Adicional 1ª las cláusulas que impongan bienes o servicios no solicitados, como la que obliga al comprador para el caso de querer arrendar el inmueble a hacerlo a través de una agencia inmobiliaria designada por la vendedora SAP de Alicante de 5.7.2005 (TOL 689992), o la que obligue a celebrar contratos de mantenimiento con una empresa determinada. Por la misma razón, resulta abusiva la cláusula ya referida que impone la obligación de subrogarse en un préstamo constituido por la promotora para financiar la adquisición por el comprador.

## **8. Las cláusulas novatorias del contrato con condiciones generales de la contratación.**

Las cláusulas que se introducen por primera vez en la escritura pública o que vienen a modificar en la misma el contenido de otras cláusulas incorporadas al contrato en el momento de su

---

<sup>18</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., op. cit., p. 1298, considera que para evitar la abusividad de la cláusula en cuestión, cuando el grado de cumplimiento del comprador respecto de la totalidad del precio aplazado ha sido elevado, los promotores deberían establecer un tope máximo de las cantidades ya pagadas por el comprador que retendrán en concepto de indemnización.

perfeccionamiento, no pueden tener sino la naturaleza de una novación contractual, que de acuerdo con el art. 1256 del CC que impide que el contrato quede al arbitrio de una de las partes, solamente se podrá considerar válida si ha habido un consentimiento expreso por ambas partes del contrato. Este consentimiento expreso requerirá una declaración negocial al margen de la escritura pública, de manera que la escritura pública únicamente sea el instrumento de elevación a público de una cláusula de novación que había sido consentida en un momento anterior (Vid. SAP de Alicante de 5.7.2005 2005/194629). Hay que tener presente que si en la declaración negocial novatoria del contrato, firmada por las dos partes antes del otorgamiento de la escritura pública, se incluyeran condiciones generales de la contratación en el sentido del art. 1 de la LCGC (cláusulas contractuales, predispuestas, impuestas y previstas para incorporarse a una pluralidad de contratos), además de que no se podría considerar que sobre las mismas haya recaído el consentimiento expreso necesario para la novación, estarían sujetas al control de contenido de las cláusulas abusivas del art. 10 bis y de la disp. Adicional 1ª de la LGDCU, pudiendo ser declaradas nulas, entre otras, las que implicasen la renuncia a derechos del consumidor, la expresión de la conformidad con el correcto cumplimiento de la obligación del promotor o la repercusión al comprador de gastos propios del vendedor. Además, con mucha frecuencia la declaración negocial novatoria se ha podido firmar por el comprador bajo la coacción del promotor de negarse al otorgamiento de la escritura pública en caso contrario, aunque será difícil la prueba de la amenaza de un mal inminente y grave del art. 1267 del CC, para hacer prosperar la nulidad de la novación por vicio del consentimiento. Un comprador bien asesorado al que el promotor hubiera puesto en la tesitura de firmar una declaración negocial novatoria de las condiciones estipuladas en el documento privado, bajo la coacción de la negativa a otorgar la escritura pública, debería negarse a firmar dicha declaración y compeler al promotor ex art. 1279 a otorgar la escritura pública con el contenido exacto del contrato.

Un problema similar al anterior es el que se produce con las cláusulas contractuales que se incluyen unilateralmente por el promotor en el título constitutivo de la comunidad de propietarios. Las cláusulas del título constitutivo tendrán la naturaleza de auténticas cláusulas contractuales, cuando disciplinen aspectos propios de la relación contractual surgida entre el promotor y los compradores. Por ejemplo, sería una cláusula contractual la previsión contenida en los Estatutos de la comunidad de propietarios constituida por el promotor, según la cual, el promotor se reserva un derecho de servidumbre para instalar en la fachada un cartel de publicidad. Estas cláusulas, que por ser contractuales, predispuestas, impuestas y previstas para incorporarse a una pluralidad de contratos, tienen la

consideración de condiciones generales de la contratación (art. 1 de la LCGC), en la práctica totalidad de los casos no quedarán incorporadas al contrato por no cumplir los requisitos de incorporación (art. 7 de la LCGC). Su incorporación al contrato necesitaría, conforme al art. 5.1 de la LCGC, que en el contrato se hubiera hecho una referencia expresa a la existencia de condiciones generales en el título constitutivo, que se hubiera entregado en el acto del contrato una copia de este título constitutivo y que el comprador hubiese firmado expresamente esta copia. Aun cuando estas condiciones generales se incorporaran al contrato, por superar los requisitos de incorporación, quedarían sujetas al control de contenido de las cláusulas abusivas, donde habría que hacer especial hincapié en el carácter sorprendente de alguna de estas condiciones generales por suponer una alteración del contenido del contrato o una frustración de las legítimas expectativas que el comprador podía tener sobre el mismo.

También es muy frecuente que en el contrato se incluyan cláusulas de apoderamiento a favor del promotor para la elaboración posterior del título constitutivo de la comunidad y de los estatutos. La cláusula en sí no puede considerarse abusiva, pero la misma no confiere una habilitación al promotor para poder introducir unilateralmente, y por sorpresa, cláusulas contractuales en el título constitutivo de la comunidad de propietarios, puesto que la modificación unilateral del contrato, sería contraria al principio expresado en el art. 1256 del CC y además, podría considerarse un ejercicio extralimitado del apoderamiento, que se confiere única y exclusivamente para constituir la comunidad de propietarios y elaborar sus estatutos, no para modificar unilateralmente el contenido de la relación contractual entre el promotor y el comprador.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentarios sobre la Ley....*, op. cit., p. 1303.