

RESPUESTA A LA CONSULTA SOBRE DETERMINADAS CLAUSULAS
ABUSIVAS EN COMPRAVENTA/ADJUDICACIÓN DE VPO

M^a del Carmen González Carrasco

Desde la jefatura del servicio de consumo de Cuenca se ha realizado al CESCO la siguiente consulta:

Si en una sociedad cooperativa limitada de viviendas, que realiza la construcción de viviendas de protección oficial pueden considerarse abusivas las siguientes cláusulas:

- La que repercute sobre el socio “comprador” el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos (plusvalía).

- La que obliga al socio comprador a realizar la escritura pública según el notario que la cooperativa designe.

La respuesta en ambos casos debe ser diferente, porque diferente es el estado actual de la cuestión con respecto al carácter abusivo o no de dichas cláusulas en general. Esto es, aún en los casos en que por las circunstancias que seguidamente se analizarán, resulte indiscutible que se trata de una imposición de un empresario frente a un consumidor, no existe unanimidad con respecto a la nulidad de la cláusula de repercusión de la plusvalía, mientras que por el contrario sí que existe consenso jurisprudencial y claridad legal en lo que respecta al carácter abusivo de la cláusula de imposición del notario elegido por el promotor.

I-. SOBRE LA IMPOSICIÓN DE NOTARIO DESIGNADO POR LA COOPERATIVA

Antes de proceder a emitir nuestra opinión al respecto, hay que clarificar algunas cuestiones:

Como bien se apunta en el tenor de la propia consulta, la respuesta (al menos en lo que respecta a la primera de las cláusulas) depende en gran parte de que pueda considerarse a la sociedad cooperativa como promotora y a los socios como sujetos de una relación de consumo añadida a su originaria relación corporativa.

Pero no es determinante el que dichas cláusulas, que pueden estar insertas en los estatutos, pero también en los contratos de adjudicación o incluso en contratos de compraventa desligados de una eventual y concurrente condición de socio del adquirente, tengan la consideración de condiciones generales de la contratación. De considerarse aplicable el RD 515/1989 y la LGDCU, las cláusulas contrarias a la normativa protectora del adquirente que impone dicha normativa abusivas con independencia de que hayan sido negociadas individualmente o no, o de que tengan o no vocación de ser incorporadas a una serie indeterminada de contratos.

Así las cosas, ¿Cuándo podrá considerarse que la relación socio-cooperativa es una relación de consumo?

a) Claramente, ex. art. 17.4 LOE, cuando la cooperativa es impulsada por cualquier persona que “de cualquier forma, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación” o que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas... u otras figuras análogas”.

La aparición de la figura del gestor de cooperativas surgida al amparo de los arts. 32.3 y 91.1 c) LC (y que ya fue tenida en cuenta por el RD 2028/1995), ha trasladado la iniciativa particular en la asociación cooperativa a los profesionales del sector, considerados por el art. 17.4 LOE como promotores agentes de la edificación, y por tanto sometidos a las disposiciones de la misma.

Precisamente por ello, el RD 2028/1995 pretendió dar solución a la aparición de empresas cuyo objeto social es precisamente la gestión profesionalizada de tales cooperativas y comunidades de propietarios, que puede conllevar el riesgo de desvirtuar el sentido solidario que caracteriza a este tipo de asociación y, con ello, la necesidad de pérdida del derecho a obtener las ayudas públicas que representa la financiación cualificada del Estado en materia de vivienda para uso propio. Para ello, se previó la inscripción obligatoria de estas cooperativas en el Registro Especial de Entidades Promotoras de VPO que promuevan a tal efecto las CCAA, la acreditación, en la forma que establezca la CA competente, de la capacidad técnica y profesional de la gestora contratada por la cooperativa, así como la obligación de asegurar las cantidades entregadas a la cooperativa a cuenta del coste de la vivienda (arts. 1 a 4 RD 2028/1995).

Es cierto que, a diferencia de las anteriores, no existe en el RD 2028/1995 una norma que garantice al socio adjudicatario la libre elección de notario, pero dicha garantía va implícita en la inclusión de dicha adjudicación en las transmisiones empresariales del RD 515/1989, una vez desvirtuado el carácter simplemente mediador de la promoción cooperativa. Así pues, en estos casos el adquirente tendrá derecho a elegir notario, con las limitaciones impuestas en el art. 5.4 c) RD. Dichas limitaciones consisten básicamente en el caso de las cooperativas en elegir un Notario con fe pública en su ámbito territorial de actuación, ya que las cooperativas de viviendas sólo pueden realizar promociones dentro del territorio a que alcance el ámbito de las mismas, señalado estatutariamente (art. 89.7 LC).

Y como normalmente esta «elección» se practica en el propio condicionado general, en el espacio predispuesto al efecto, para que el derecho a elegir tenga realmente sentido, deberá concederse al consumidor el derecho a modificar su elección antes de la firma de la escritura.

b) Cuando, por existir viviendas sobrantes, o locales comerciales, se transmiten a un socio o a un tercero en régimen de compraventa ordinaria.

Según lo dispuesto en la DA 5ª, 2 LC, las entregas de bienes y prestaciones de servicios proporcionadas por las sociedades cooperativas a sus socios, ya sean

producidos por ellas o adquiridas a terceros para el cumplimiento de sus fines, no tendrán la consideración de ventas. Pero sí son auténticas ventas las que efectúa la cooperativa a sus socios al margen de la actividad cooperativizada, esto es, la que tiene por objeto la venta de locales comerciales o instalaciones complementarias (art. 89.4 LC y SSTS 24.2.1992, RA 1513 y 24.9.1994, RA 6988), e incluso la que tiene por objeto vender finalmente pisos previamente autoadjudicados a la propia cooperativa.

c) ¿Qué ocurre cuando nos hayamos ante una cooperativa surgida de un fenómeno asociativo espontáneo?

En los casos de que el fenómeno cooperativo surja en estado puro, a iniciativa de los propios cooperativistas, el carácter «mediador» de las cooperativas de viviendas introduce algunas peculiaridades en lo que respecta a la promoción y transmisión de la propiedad inmobiliaria en relación con aquéllos. En efecto, el ingreso del socio en la cooperativa, no es un arrendamiento de obra ni una compraventa de piso futuro, sino el resultado de un contrato de tipo asociativo, aunque éste se acompañe de cláusulas de adjudicación provisional por precio aproximado, o de las que facultan la separación del adquirente del proyecto, presentando un sustituto. Por ello, pese a que la actividad de la cooperativa de viviendas es, por definición, la promoción de viviendas (art. 89 LC), en principio no puede decirse que una cooperativa de viviendas es promotora en el sentido del transmitente profesional a que hace referencia el RD 515/1989 y, también por ello el TS, antes de la entrada en vigor de la LOE, había venido entendiendo que no podía atribuirse a la misma la consideración de promotora, entendiendo por esta categoría la equiparación jurisprudencial al contratista, a los efectos de considerarla garante con base en el (ya derogado por la DD LOE) artículo 1591. Según el TS, falta en ellas la intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros para obtener un beneficio económico.

Pero el funcionamiento diario de las cooperativas demuestra hasta qué punto la cooperativa opera, incluso en estos casos, desde el inicio del proceso constructivo (v. art. 89.2 LC) hasta que llega el momento en que el socio adquiere su vivienda «mediante cualquier título admitido en Derecho» (art. 89.3 LC), una interposición jurídica relevante que impide negar el carácter empresarial de su actividad. Ejemplo de

lo dicho es la STS cont. 18.12.1991, RA 9334, que admite la responsabilidad subsidiaria de una CV por defecto de cotización a la SS de su contratista, o el tenor de la DA 4ª LC (antes de la unificación operada por la Ley Concursal, las cooperativas se sometían al procedimiento de quiebra y no de concurso de acreedores). Y sobre todo, ha de tenerse en cuenta que la anterior jurisprudencia sobre responsabilidad por ruina ha quedado hoy desautorizada por la LOE, que también predica la condición de promotor de quien promueve colectivamente (art. 9.1), en cuyo caso la cooperativa se considera también promotora aún cuando no exista la gestión externa del gestor de cooperativas, lo que, entre otras cosas, las sujeta al régimen de responsabilidad previsto en el art. 17.3 y al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 19 en cuanto a las garantías de suscripción obligatoria, aún cuando no lleguen a transmitir las viviendas a sus socios durante el plazo de garantía (la excepción contenida en la DA segunda LOE en cuanto al promotor individual no alcanza a quienes promueven en régimen cooperativo, aún cuando la promoción no esté mediatizada por el gestor de cooperativas a que se refiere el art. 17 LOE).

Por lo tanto, entendemos que no es el ánimo de lucro lo que hace necesaria la libre elección de notario por parte del socio adjudicatario, sino la profesionalidad de la cooperativa, que la sitúa en una posición dominante a la hora de incluir determinadas cláusulas en el acto de adjudicación. Lo relevante es si el adjudicatario puede quedar desprotegido en su expectativa de confianza en un asesoramiento y protección legal adecuado frente al Notario designado por la cooperativa para autorizar odas y cada una de las adjudicaciones de una misma y posiblemente gigantesca promoción. Y en efecto, puede quedar tan desprotegido como si de una compraventa ordinaria se tratase. De manera que, en conclusión, la cláusula por la que se impone notario designado por la cooperativa para la transmisión (normalmente, adjudicación) de la vivienda ha de considerarse abusiva, excepto cuando se trata de una cooperativa de carácter público, caso en el que rige el sistema de turno notarial.

II-. SOBRE LA VALIDEZ DE LA CONDICIÓN GENERAL DE REPERCUSIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS

Antes de emitir nuestra opinión al respecto, ha de tenerse en cuenta que por la necesidad de una segunda transmisión del inmueble para que se produzca el hecho imponible de este tributo, no nos encontraremos nunca ante una adjudicación cooperativa originaria en sentido puro, sino ante una compraventa entre la cooperativa (que se ha convertido previamente en propietaria de las viviendas finalmente no adjudicadas) y el socio interesado, no sólo en la vivienda objeto de su adjudicación, sino también en otra sobrante, o en un local comercial¹ cuyo sometimiento al RD 515/1989 y a la LCU nos parece clara. Ahora bien: si se trata de VPO, la prohibición de adquirir simultáneamente más de una vivienda protegida (salvo en el caso de familias numerosas) hace inviable esta posibilidad. Por lo tanto en cooperativas VPO sólo cabe hablar de plusvalía en sentido tributario cuando, por existir locales o por existir viviendas sobrantes, éstas son finalmente vendidas en régimen ordinario a terceros.

En lo que respecta a la posibilidad, en general, de repercutir el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos, en nuestro ordenamiento, el promotor sufragará, sin posibilidad de trasladarlos al consumidor los gastos derivados de la preparación de la titulación, como son los de obra nueva, división y constitución de la propiedad horizontal, las hipotecas *para financiar la construcción*, su división o cancelación aunque se prevea en las mismas la posibilidad de subrogación de los compradores [arts. 5.4 a) y 10 D) RD 515/1989 y DA Primera, 22ª LCU; nada se dice acerca de la repercusión de tributos en esta norma. Por su parte, la nueva DA Primera 22ª LCU sólo considera abusiva la imposición de gastos al consumidor si la ley que los atribuye al profesional es «imperativa». Puesto ello en relación con el Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos, y a pesar de que el adquirente ya no es sustituto del contribuyente en la actual normativa sobre dicho impuesto, a la jurisprudencia le parece claro que no existe prohibición de desplazar sobre el adquirente el coste de dicho tributo (STS 19.5.1997, RA 3888; con consumidores, SAP Burgos 6.2.1997, AC 233, salvo que esta cláusula sea abusiva en función de las circunstancias concurrentes);

¹ El TS no entiende comprendidos dentro del ámbito de esa especial relación mediadora, distinta de la compraventa, que une a la cooperativa con sus socios, la adjudicación de locales comerciales a éstos. La existencia de estos locales es una circunstancia que no altera la consideración de la cooperativa como tal, y los mismos pueden transmitirse a terceros no socios (art. 89.4 LC). Por lo tanto, la posición de los socios adjudicatarios de los locales frente a la cooperativa sí es la de un comprador (STS 24.2.1992, RA 1513).

No obstante, se manifiestan en contra de la validez de dicha cláusula las SSAP Palencia 21.1.1994, AC 796 y 4.11.1998, AC 2318; Madrid 9.12.1993, RGD 1994, 4100; Coruña 15.10.1999, AC 2034, y Tenerife 18.3.2002, AC 930). Y nosotros creemos que esta segunda interpretación sería más acorde con la actual imposibilidad de considerar sustituto tributario al adquirente. Pero en todo caso, dada la posibilidad, reconocida en algunas de las sentencias citadas, de trasladar al mismo (si se trata de segunda transmisión de vivienda, que previamente se había adjudicado como sobrante la propia cooperativa) el coste del impuesto, será preciso tener en cuenta los arts. 105 y ss. de la Ley 39/1988 que lo regula.
