

**SAP Madrid 20.6.2008: pretensión de nulidad de la cláusula por la que el comprador de la vivienda asume los gastos derivados de la constitución del préstamo hipotecario concertado por el promotor –vendedor durante la construcción pero sin disposición de capital alguno por su parte hasta el momento de la subrogación en el mismo del comprador, en el que dispone de las cantidades de forma directa como pago del precio de las viviendas.**

La cláusula controvertida se expresaba en los siguientes términos:

*“Todos los gastos e impuestos que se deriven o sean consecuencia de la formalización, constitución, tramitación hasta su inscripción registral del préstamo hipotecario al que opta el comprador como fórmula de pago de la vivienda, serán de cuenta exclusiva de este último, aunque los adelante la sociedad vendedora.*

*En el supuesto de que el préstamo hipotecario tuviera el carácter de mixto, es decir, para la financiación de la construcción y adquisición de las viviendas, los gastos e impuestos que se deriven o sean consecuencia de la formalización, constitución, tramitación hasta su inscripción registral de dicho préstamo, serán prorrateados entre la sociedad vendedora y el comprador en la siguiente forma: a) Los intereses de preamortización serán de cuenta exclusiva de la sociedad vendedora hasta la fecha de la entrega de las llaves de la vivienda, en cuyo momento se estará a lo dispuesto en la estipulación tercera de este contrato. b) Los gastos de tasación y comisión de apertura así como los de notaría, hacienda y registro necesarios para la instrumentación del contrato de préstamo y de su garantía hipotecaria se atribuirán a las partes proporcionalmente a la duración de los períodos de preamortización u amortización que consten en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, con independencia del plazo efectivo de utilización del préstamo que se efectúe por las partes compradora y vendedora...”.*

En el caso había quedado probado que la entidad promotora y vendedora no había dispuesto de capital alguno derivado del préstamo hipotecario hasta la finalización de las viviendas, momento coincidente con la subrogación en el mismo del comprador. Pero pese a ello los compradores entendían: a) que el hecho de que la disposición del préstamo por parte de la promotora sea posterior a la edificación y efectiva venta de las viviendas no excluye la finalidad de financiar mediante dicho instrumento crediticio la propia tarea constructiva si se tiene en cuenta la costumbre del sector consistente en pagar de modo diferido a los proveedores de materiales y servicios; y b) que, en la medida en que el préstamo hipotecario concertado por el promotor facilitó la venta de las viviendas, su existencia comportó para este un beneficio y, siendo ello así, debería asumir en exclusiva los gastos que generó su otorgamiento. La Sala entiende que la financiación para la adquisición de viviendas que el promotor facilita no es sino un elemento más del "paquete" inmobiliario con el que concurre en el mercado y con el que aspira -desde luego legítimamente- a prevalecer sobre sus competidores. Y solamente en el caso de que él mismo se haya servido de esa financiación para posibilitar la propia edificación de las viviendas que luego vende, le está vedado repercutir sobre el comprador la parte proporcional de los gastos de titulación que corresponda al capital que utilizó para dicha finalidad y, por tanto, en su propio provecho. No en otro caso.

La particularidad de esta sentencia y lo que la hace interesante respecto de muchas otras dictadas respecto de esta misma cuestión es que la Sala se plantea la



[www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco)

**NOTAS JURISPRUDENCIALES**

posibilidad, exigida por el comprador, de prorratear los gastos de constitución del préstamo en aquellos de carácter mixto y la rechaza en los casos en que el promotor no ha dispuesto de capital para financiar la construcción, pero sin imposición de las costas al comprador demandante atendiendo al hecho de que en el momento en que la promotora dispuso efectivamente del capital del préstamo (una vez producida la subrogación de los adquirentes) constituye circunstancia que nunca trascendió fuera del ámbito de los propios contratantes (la promotora y la entidad bancaria), y que a lo único que tenían acceso los demandantes era al contrato de préstamo que se inscribió en el Registro de la Propiedad. Contrato en el que, pese a exigirse de manera genérica la finalización de la obra para la disposición del capital por parte del promotor, se incurría en una contradicción tan flagrante como la de contemplar, al propio tiempo, la posibilidad de que el promotor hubiera llevado a cabo disposiciones durante la fase de construcción de las viviendas (no en vano se preveía en favor del Banco la facultad de exigir el inmediato reembolso de todas las sumas de las que el promotor hubiera dispuesto en el caso de que el proceso constructivo se paralizase).

**Carmen González**