



INFORME PARA CONSULTA CESCO SOBRE COMPRAVENTA DE VIVIENDA DE PRIMERA TRANSMISIÓN*

M^a del Carmen González Carrasco
Catedrática de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha
[*maria.gonzalez@uclm.es*](mailto:maria.gonzalez@uclm.es)

Fecha de publicación: 24 de enero de 2018

Se recibe en CESCO una consulta de la Dirección General de Salud Pública y Consumo de Toledo con el siguiente contenido:

Con motivo de la Campaña Nacional de “Información al consumidor en compraventa de vivienda de primera transmisión”, la Inspección de Consumo de Toledo ha desarrollado diversas actuaciones durante el último trimestre del año 2018. Durante el transcurso de las mismas, se ha llevado a cabo una labor de prospección, encaminada a localizar las diferentes empresas ubicadas en Toledo capital y diversas poblaciones de la provincia, entre cuyas actividades figurara la de promoción de vivienda de primera transmisión. De dicho trabajo se desprenden las siguientes conclusiones.

Aproximadamente desde el año 2008, época en la que se produjo el denominado “pinchazo de la burbuja inmobiliaria”, la demanda de vivienda de nueva construcción desciende bruscamente, así como los precios del parque inmobiliario de forma generalizada. Las consecuencias de esta situación para las empresas del sector desembocan en la paralización de la demanda de promociones de viviendas que se encontraban en proyecto, en construcción o ya finalizadas, y se convierten en activos e inversiones que no encuentran de repente salida en el mercado.

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.



Para lograr continuar en el negocio inmobiliario, y no verse obligados a cerrar o cambiar de actividad, muchas empresas promotoras / constructoras, han optado por modificar la forma de ofertar y trabajar las promociones. A diferencia con la época boyante del sector, en la cual se adquirían terrenos, y se vendían promociones en los mismos con un elevado número de viviendas, en la actualidad la tónica generalizada detectada es adquirir terrenos, publicitar promociones menos numerosas, y no comenzar a construir mientras no se aseguren la venta de un número determinado de viviendas, que varía según la empresa comercializadora.

Y dentro de esa situación, destaca que un alto porcentaje de las empresas visitadas durante la Campaña Nacional en nuestra provincia, han decidido dedicar y centrar su negocio a la denominada “Autopromoción”, llevando a cabo la venta de la siguiente manera:

1º La empresa promotora es propietaria de unos terrenos que adquieren para la construcción de vivienda nueva.

2º Oferta y comercializa promoción de vivienda nueva en dichos terrenos.

3º El cliente interesado compra y pasa a ser el titular del terreno ofertado.

4º La empresa promotora / constructora incluye en el contrato de compraventa de dicho terreno la obligación de que el adquirente construya su vivienda como autopromotor contratando los servicios de dicha empresa, y no de otra. Es decir, se trata de un contrato que vincula la venta del terreno a la construcción de una vivienda por parte de la empresa vendedora del mismo.

5º En algunos casos incluso, dicho compromiso ya incluye una memoria de calidades y materiales vinculante para el comprador, que debe adquirir en la empresa que el vendedor decida.

En diversas empresas inspeccionadas que han decidido no realizar este cambio de tipo de negocio, califican esta práctica como “competencia desleal”, sugiriendo a esta Inspección de Consumo llevar a cabo una revisión de la misma para esclarecer si es un negocio que se encuentre totalmente dentro de la legalidad vigente.

Cabe por tanto plantear dos consultas al respecto de todo lo indicado con anterioridad, y son las siguientes:

- 1. ¿Puede ser el adquirente del terreno, que pasa a ser promotor de su propia vivienda (autopromotor), objeto de inspección de esta Campaña Nacional?*
- 2. La obligación de que la vivienda sea construida por el vendedor del terreno, incluida como cláusula en el contrato de compraventa de la parcela, y dada la falta de libertad de elección por parte del adquirente a la hora de decidir con quién contrata dicha construcción, ¿podría ser considerada cláusula abusiva? ¿Se encuentra dicha práctica dentro de la legalidad vigente?*



RESPUESTA DE CESCO A LA CONSULTA PLANTEADA:

La cuestión que se plantea en este informe fue objeto de estudio por este Centro de Estudios de Consumo en el trabajo titulado “El contrato que convierte al comprador en promotor de su propia vivienda, trasladando sobre él las obligaciones y costes a ello inherentes es nulo y origina la nulidad de la compraventa encubierta sin posibilidad de integración”¹. A continuación se procede a dar respuesta a la consulta planteada con base en los argumentos utilizados en aquel trabajo:

I. Caracterización de las relación contractual existente entre las partes como práctica abusiva

La definición de cláusula abusiva contenida en el artículo 82 del TRLGDCU, no sólo se refiere a estipulaciones contractuales, sino también a prácticas *no consentidas expresamente* que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El desequilibrio producido por las prácticas que, en el ámbito de la compraventa de viviendas, ocasionan la repercusión de gastos y obligaciones de documentación que por ley corresponden al vendedor (art. 89.3 del mismo texto legal), es susceptible de ser generado mediante una simulación contractual realizada en fraude de ley. La práctica en cuestión consiste en convertir al adquirente en autopromotor de la vivienda objeto del contrato.

En esta práctica contractual, el vendedor del solar se reserva el control decisorio de la promoción² a través de la imposición de la contratación de la obra, de la determinación de las calidades y de la adquisición de los materiales al comprador del solar. Pero al estructurar unilateralmente la relación contractual como una compraventa de solar forzosamente conectada a un contrato de edificación en el cual el adquirente es el comitente de la obra, se trasladan al adquirente los gastos que corresponden al promotor, incluidos los de los avales o garantías de devolución de aportaciones para la construcción

¹ (<https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/nj15my.pdf>).

² Excede del objetivo de este informe analizar las notas características del promotor-gestor de fórmulas asociativas comunitarias e identificar las cláusulas de los contratos de gestión que identifican su papel decisorio en la promoción. La excelente monografía de MILÀ RAFEL, R. *Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativas de viviendas* (obligaciones y responsabilidades en Derecho de la edificación), publicación asociada a la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación (Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014) es la única obra publicada en España que profundiza en las claves diferenciadoras del gestor promotor frente a las fórmulas de pura gestión-administración de cooperativas y comunidades. Págs. 203-262.



-también obligatorios en autopromoción comunitaria y los de la suscripción de los seguros a que se refiere el art. 19 LOE. Se trasladan también los impuestos que gravan la promoción -como el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras que los Ayuntamientos pueden imponer, ICIO- así como los gastos de establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda. En definitiva, el efecto perseguido por el vendedor del solar-contratista de la obra a través del fraude de ley es evitar la caracterización de la operación como compraventa, eludiendo así las consecuencias de la abusividad que el art. 89.3 TRLGDCU anuda a la repercusión de dichos gastos al comprador.

II. Doctrina aplicable

Según la SAP Madrid (secc. 12ª) 12.2.2014³, el contrato que convierte al comprador en promotor de su propia vivienda, trasladando sobre él las obligaciones y costes a ello inherentes es nulo y la contravención de la normativa imperativa por parte del contrato de compraventa disimulado permite incluso al comprador (autopromotor simulado) solicitar la nulidad de la compraventa encubierta sin posibilidad de integración. En especial, la Sala destacó en su argumentación que, en este caso, los demandantes habían perdido la posibilidad de que les fueran garantizadas las cantidades entregadas a cuenta del precio final disimulado bajo cualquier modalidad, -en el caso del presente informe, bajo la apariencia de precio correspondiente al suelo y al contrato de obra- imponiéndoseles una renuncia a las garantías que les corresponden según lo dispuesto en la Disp. Adic. Primera LOE.

La conducta empresarial del promotor encubierto contraviene además el RD 515/1989, sobre información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, pues como afirma la propia Sentencia, cuya doctrina venimos aplicando al caso de la presente consulta, es aplicable a la posición de los adquirentes del suelo, a quienes « *en la publicidad relativa a la promoción de las viviendas no se indica, y menos aún con la*

³ En el año 2006 la codemandada, Grupo Inmobiliario Gestur, S.L. comenzó a ofrecer en su publicidad la venta de chalets en construcción, que por ello se vendían sobre plano. Los actores formalizaron un documento de reserva en el que se indicaban los datos de la compraventa, el precio del chalet y condiciones de pago. Cuando el 30 de septiembre de 2006, los actores acudieron a celebrar los contratos de compraventa, la vendedora les presentó a la firma diversos contratos redactados unilateralmente consistentes en un contrato de compraventa de la parcela, un contrato de prestación de servicios y otro de ejecución de obras. Estos contratos se suscribieron con diferentes empresas, pertenecientes todas ellas al mismo grupo empresarial al que pertenecía la vendedora, que tenían además un administrador único.

En virtud de los tres contratos celebrados entre las partes, los adquirentes, a) adquirirían la propiedad del terreno, b) contrataban con una compañía gestora la tramitación de los requisitos administrativos para la ejecución del chalet, y c) a la vez celebraban un contrato de ejecución de obra con una empresa constructora predispuesta para construir sobre la referida parcela el chalet.



claridad que exige el precepto, que en realidad se trata de constituir en promotor al adquirente de los chalets».

III. ¿Es el vendedor del solar -contratista de obra un gestor de autopromociones «permitido» por el art. 9 LOE?

La previsión contenida en el artículo 9 LOE -que contempla la existencia de gestores de comunidades y cooperativas que en virtud de un previo contrato de mandato, impulsan, deciden y financian el proceso constructivo sin presentarse como promotores- no sirve para sustentar la validez de esta práctica. Pues, en estos casos, la propia LOE ha resuelto la cuestión de estos intervinientes que de cualquier forma impulsan, deciden y financian el proceso constructivo (art. 9 LOE) considerándolos como los reales promotores a los efectos de suscribir las garantías previstas legalmente para la devolución de las derramas realizadas durante el proceso constructivo por socios cooperativos y comuneros autopromotores de viviendas en construcción (Disp. Adic. Primera LOE, y anteriormente, Decreto 3114/1968 y RD 2028/1995 para VPO). Nótese que, a diferencia del caso objeto de este informe, dichos contratos de gestión no constituyen una práctica abusiva, ni se hace preciso acudir a la doctrina de la simulación contractual. La existencia de los colectivos interpuestos a los que se refiere la norma -cooperativas de viviendas, comunidades de propietarios para la adquisición en régimen de autopromoción- justifica la existencia de estas figuras gestoras, necesarias y por lo tanto voluntariamente contratadas por los interesados, bastando con la previsión legal de reconducir a dichas entidades a la categoría de promotoras con el fin de exigirles el cumplimiento de las obligaciones civiles, laborales y administrativas derivadas de su condición de agentes de la edificación (art. 9 LOE)⁴, en aquellos casos en los que el ámbito de gestión confiado por dichos colectivos incluye las decisiones fundamentales del proceso edificatorio.

Sin embargo, los casos descritos en el presente informe, prácticamente idénticos al enjuiciado en la Sentencia citada en el apartado II de este informe, se enfrenta a una autopromoción unilateralmente impuesta a un comprador encubierto tras la actividad del vendedor del suelo, a su vez contratista de la obra. Dicha actividad, consistente en la venta del suelo unida a la imposición del propio vendedor del solar como contratista de la obra a ejecutar, es susceptible de completar todos los actos propios del proceso de promoción, construcción y transmisión de inmuebles en construcción) lo que permite considerar a éste como único promotor.

⁴ Cuándo la adquisición de vivienda en régimen cooperativo es una operación de consumo y cuándo, por el contrario, responde a una operación de autopromoción asociativa ha sido abordada en mi trabajo “Caracterización de las adquisiciones en régimen cooperativo como compraventas de consumo”. *Tratado de la compraventa (Homenaje a Rodrigo Bercovitz)*, Tomo I, Aranzadi, 2013.



En definitiva, la relación contractual compleja unilateralmente impuesta a los adquirentes finales es una práctica abusiva en el sentido del art. 82 TRLGDCU, desde el momento en que, no siendo aquéllos quienes « impulsan y deciden » los aspectos esenciales del proceso constructivo, se trasladan a ellos las cargas y obligaciones de tal condición, con la consiguiente renuncia unilateralmente impuesta a las garantías que legalmente les corresponden como adquirentes de viviendas. No solamente son abusivas determinadas cláusulas consideradas de forma individual – como la imposición del contratista de la obra como condición para adquirir el solar, que encaja en el supuesto del art. 89.4 TRLGDCU, « *la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados* » - sino que es abusiva la práctica comercial en su conjunto, como estrategia destinada a evitar la asunción de obligaciones propias de la condición de promotor por la vía de su traslado al adquirente (imponiendo al comprador los gastos de titulación, de las garantías y de los tributos que por ley corresponden al vendedor, ex art. 89.3 TRLGDCU).

IV. La práctica abusiva consistente en disimular un contrato de compraventa de vivienda bajo dos contratos conexos de venta de solar y contrato de obra puede constituir asimismo un ilícito competencial.

También es evidente que podemos encontrarnos ante una práctica comercial desleal, pues a través de la imposición unilateral al consumidor de la condición de promotor, no solo se causa un desequilibrio importante para el adquirente -comprador dismulado-, sino que se adquiere una posición privilegiada frente a los competidores, al permitir al infractor concurrir al mercado con un ahorro significativo de costes de todo tipo. Además de los tributos que gravan la promoción de viviendas, como lo es el ICIO, nos referimos a la obligación de pagar los gastos de la declaración de obra nueva, la obtención de la licencia de primera ocupación, la aceptación de los riesgos derivados del contrato de obra, la variación de los costes de construcción en determinadas partidas, o el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Las empresas que utilizan estas estrategias contractuales para la transmisión de las viviendas obtienen una ventaja competitiva significativa de resultados del incumplimiento de las normas que proscriben el traslado al adquirente de vivienda de los gastos o tributos que por ley corresponden al vendedor, pues ponen al incumplidor en condiciones más favorables frente a sus competidores para llevar a cabo su actividad, al proporcionarle un ahorro de costes o de tiempo que propician un menor precio u otra mejora en los términos de la oferta que pueda incrementar su atractivo, y que los competidores que observan la norma infringida no pueden compensar o solo pueden compensar si incrementan sus costes o reducen su margen. Por lo tanto, estas prácticas no solo constituyen actos de competencia desleal, sino que además merecen la calificación de ilícitos en materia de defensa de los



consumidores y usuarios (art. 49.1 1) LCU), expuestos por lo tanto a la acción de competencia desleal del art. 32 de la LCD y al régimen de sanciones administrativas dispuesto en la legislación de consumo.

V. ¿Puede ser objeto de una inspección de consumo el adquirente del solar-comitente de obra?

Según la doctrina de la Dirección General de Tributos, la actividad de promoción es siempre una actividad económica, pues requiere una ordenación por cuenta propia de medios productivos destinados a la producción de bienes aunque la construcción se contrate con un tercero (RDGT 28/04/2004, C-1116-04). Sin embargo, según la doctrina contenida en la SAP Madrid (secc. 12ª) 12.2.2014, la relación contractual compleja existente entre las partes constituye una simulación contractual que encubre una relación de compraventa de vivienda. El adquirente del solar no es autopromotor, sino comprador encubierto de un contrato disimulado de compraventa de vivienda celebrado con un empresario. El comprador puede, por lo tanto, ser caracterizado como consumidor en la medida en que el inmueble así adquirido no lo ha sido para su posterior venta o arrendamiento a terceros en el marco de una actividad de carácter profesional.

De lo anterior se desprende que los contratos celebrados entre las partes podrán ser objeto de la inspección, pero el sujeto pasivo de la actividad inspectora no puede serlo el adquirente del terreno, sino el vendedor-contratista de obra (empresario de la transmisión de viviendas), precisamente en virtud de su relación con el adquirente-comitente, en su condición de consumidor.

VI. EN CONCLUSIÓN:

-La estrategia comercial consistente en convertir al adquirente de vivienda en autopromotor para así minimizar los riesgos de la actividad promotora y trasladar al comprador los gastos que la Ley pone a cargo del promotor-vendedor, constituye una *practica* abusiva en el sentido del art. 82 TRLGDCU, en relación con el artículo 89.3 y 89.4 TRLGDCU.

-La práctica abusiva anteriormente descrita constituye un supuesto de competencia desleal por violación de normas (art. 15 LCD en relación con el art. 89.3 TRLGDCU) dirigida a variar el comportamiento del consumidor en el mercado (art. 4 LCD), en la medida en que otorgue una ventaja significativa derivada de la posibilidad de bajar (aunque se aparentemente) el precio de la vivienda en relación con los competidores que observan la norma (no traslado de gastos al adquirente).



- En el plano civil, la práctica descrita en la consulta constituye, además de supuesto de abusividad, un escenario de simulación contractual. Según la SAP Madrid (secc. 12ª) 12.2.2014, dicha nulidad determina asimismo la nulidad del contrato de compraventa disimulado, debido a la infracción del RD 515/1989. Esta solución ha de ser matizada por la circunstancia de que, en el caso enjuiciado entonces, fueron los adquirentes quienes accionaron contra el promotor-vendedor encubierto interesando la nulidad del contrato. Una decisión distinta, que hubiera declarado la validez del contrato de compraventa disimulado -que en el caso era, además, el que se anunciaba en la publicidad- habría tenido como efecto perverso el beneficio del infractor. Sin embargo, la validez de la compraventa subyacente por el precio fijado para el solar y la ejecución de la obra, junto con la condena al vendedor al reembolso de los gastos que por ley no puede éste trasladar al comprador, sería la solución adecuada en los casos en los que el comprador sigue interesado en la adquisición de la propiedad, con independencia de las sanciones administrativas que pudieran imponerse a las promotoras encubiertas.

-Sin perjuicio de su deber de colaboración en la actividad inspectora, el sujeto objeto de la misma no es el adquirente, sino el transmitente del solar, a su vez contratista de la obra, ya que sin perjuicio de la calificación administrativa que merezca una determinada actividad (en este caso, la actividad promotora), la posición contractual de las partes corresponde a la legislación civil, y a su reglas propias, entre las que se encuentra la teoría de la simulación contractual, en virtud de la cual, y de acuerdo con la doctrina judicial citada, el autopromotor es comprador de la vivienda objeto del contrato mixto de venta de solar y contrato de obra.