

1.5. Obligaciones y contratos

Cláusulas abusivas en la compraventa inmobiliaria

Abusive clauses in real estate purchase

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada y profesora del Máster de acceso a la abogacía de la Universidad de La Rioja

RESUMEN: Para comprar una vivienda es fundamental contar con un buen asesoramiento que nos permita estar bien informados y conocer nuestros derechos evitando posibles abusos por parte del vendedor. Las cláusulas del contrato de compraventa deben estar redactadas con claridad y transparencia, de manera que permitan al comprador conocer la existencia y contenido del contrato y, han de responder a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización de cláusulas abusivas. En este trabajo analizamos cuáles son las más frecuentes que encontramos en la contratación inmobiliaria así como su tratamiento jurisprudencial.

ABSTRACT: *To buy a home is essential to have good advice that allow us to be well informed and know our rights in order to avoid possible abuses by the seller. The clauses of the sales contract must be written clearly and transparently, so as to allow the purchaser understand the contract. These terms must respect the principles of good faith and fair balance between the rights and obligations of equal parts without using unfair terms. In this paper I will try to analyze what are the most frequent and its regulation in the jurisprudence.*

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Tipología. Compraventa inmobiliaria. Buena fe. Justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, reciprocidad.

KEY WORDS: *Abusive clauses. Typology. Real estate purchase. Good faith. Fair balance between the rights and obligations of equal parts. Reciprocity.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. TIPOLOGÍA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. CLÁUSULAS QUE IMPONEN AL CONSUMIDOR LOS GASTOS DE DOCUMENTACIÓN QUE POR LEY CORRESPONDEN AL COMPRADOR. 3. CLÁUSULAS QUE VINCULAN EL CONTRATO A LA VOLUNTAD DEL CONSUMIDOR. 4. CLÁUSULAS ABUSIVAS POR FALTA DE RECIPROCIDAD. 5. CLÁUSULAS QUE IMPONEN GARANTÍAS DESPROPORCIONADAS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. 6. CLÁUSULAS ABUSIVAS POR IMPOSICIÓN RENUNCIAS A LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

La compra de una vivienda en un ámbito ajeno al profesional es la operación de consumo por excelencia, aunque solo sea porque constituye, en la gran mayoría de los casos, una de las inversiones más importantes que el consumidor va a realizar a lo largo de su vida. Por ello resulta fundamental contar con una buena información y asesoramiento que nos permita conocer nuestros derechos y evite abusos por parte del vendedor.

Las cláusulas de los contratos de compraventa y alquiler que no hayan sido negociadas individualmente, deberán constar con la debida claridad y transparencia, sin hacer referencia a documentos que no se hayan tenido en cuenta previa o simultáneamente a la celebración del contrato y, a los que en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. Las cláusulas deberán cumplir con los requisitos de accesibilidad y legibilidad, de manera que permitan al consumidor conocer la existencia y contenido del contrato y, han de responder a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Estos requisitos no se aplican solo las condiciones generales de la contratación¹, sino a toda cláusula contenida en un contrato entre un empresario y un consumidor que no haya sido negociada individualmente, correspondiendo al empresario la carga de la prueba de dicha negociación individual. Los contratos que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además a la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación *ex artículo 59.3 TRLGDCU*. Respecto de las condiciones generales de la contratación propiamente dichas, el artículo 5.1 LCGC además de exigir que su redacción se ajuste a los «criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez» con los efectos previstos en el artículo 7-b LCGC relativos a la no incorporación al contrato de la cláusula en cuestión, impone que se haga referencia a su existencia en el contrato firmado por todas las partes y que se facilite al adherente un ejemplar de las mismas. Por lo tanto, no llegan a formar parte del contrato las que no hayan sido entregadas físicamente al consumidor, aunque hayan estado a su disposición en el establecimiento del promotor en cumplimiento de lo establecido en los artículos 4 a 8 del Real Decreto 515/1989, ni tampoco las condiciones generales que le hayan sido entregadas al consumidor después de la celebración del contrato.

Estos requisitos han de cumplirse en cualquier contrato de transmisión del derecho sobre inmuebles, con independencia de la condición de consumidor del adquirente. Como señala la jurisprudencia², no puede declararse abusiva pero tampoco queda incorporada al contrato aunque la finalidad empresarial de la adquisición no quedase contradicha por el adquirente, la cláusula que impone a este el pago «de todos los demás gastos y tributos derivados de la escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y su inscripción en el Registro de la propiedad», ya que su falta de concreción y claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que han de soportar los adquirentes.

Se denominan condiciones generales a aquellas cláusulas o estipulaciones predispostas por una de las partes (es decir, que no han sido negociadas entre ellas) y que se han incluido en el contrato por imposición (por lo general del vendedor). Este tipo de condiciones se redactan con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, por ello son frecuentes en los llamados contratos de adhesión, en los que el consumidor no tiene otra opción que aceptarlas si desea contratar el producto o servicio.

Para evitar en la medida de lo posible este tipo de situaciones, la legislación de consumidores ha tenido en cuenta esta realidad y de manera paulatina ha ido aumentando el número y tipología de las cláusulas que merecen la consideración de abusivas, como después vamos a ver.

En nuestro derecho de consumo, el artículo 82.1 el TRLGDCU define las cláusulas abusivas como: aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

La Directiva europea 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece que:

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considera que una cláusula no ha sido negociada individualmente, cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

Según estas redacciones, podrá considerarse como abusiva tanto una condición general de un contrato como otras prácticas no consentidas expresamente. Pero todas ellas han de caracterizarse por causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

II. TIPOLOGÍA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Las cláusulas abusivas contempladas en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU son aplicables a los contratos de adquisición o disfrute de las viviendas y en concreto, el artículo 89.3 del TRLGDCU ha especificado determinadas cláusulas abusivas que afectan a la compraventa de viviendas y que se encuadran en la cláusula general de imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en esta lista se encuentran:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando esta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración así como todas las demás cláusulas el contrato o de otro del que este dependa.

Cuando la LCU entró en vigor, incluso cuando el TRLGDCU fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, el mercado inmobiliario no presentaba todavía los síntomas de la crisis general que posteriormente afectó a este sector³. En relación con una cláusula de resolución por falta de entrega, la jurisprudencia más reciente sobre desestimación por abuso de derecho en la ejecución de garantías por las cantidades entregadas a cuenta es un ejemplo de este cambio de perspectiva⁴.

Estas circunstancias han de ser tenidas en cuenta de manera conjunta a efectos de determinar si las cláusulas discutidas han producido al consumidor un verdadero desequilibrio que permita calificarlas como abusivas. A continuación pasamos a enumerarlas, sin ánimo exhaustivo.

2. CLÁUSULAS QUE IMPONEN AL CONSUMIDOR LOS GASTOS DE DOCUMENTACIÓN QUE POR LEY CORRESPONDEN AL VENDEDOR

Es abusiva la estipulación por la que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza corresponda al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o división⁵ y cancelación). La norma enumera con carácter no exhaustivo los gastos necesarios para cumplir con la prestación cuyo cumplimiento corresponde al vendedor, considerando como abusivas:

a) La imposición al consumidor de los gastos de constitución (STS de 1 de junio del 2000), división o cancelación de las hipotecas dirigidas a financiar la construcción es abusiva por imperativo legal inexcusable (SAP Sevilla 13 de diciembre de 2011 y 14 de marzo de 2011) aunque se prevea en las mismas la posibilidad de subrogación de los compradores y aunque la hipoteca dirigida a financiar la construcción se constituya con posterioridad a la venta (SAP Madrid 8 de julio de 1994) y se probara que esta condición ha sido especialmente aceptada (SAP Valencia 30 de marzo de 2007). Es lícito imponer contractualmente que los gastos de escrituración del préstamo hipotecario que ha de concertarse para el pago del precio de la vivienda sean asumidos totalmente por el comprador (SAP Castellón 15 de octubre de 2002).

b) En lo que respecta a los gastos de escritura, es abusiva la cláusula por la que se imponen los gastos de la declaración de obra nueva y división horizontal. Para dichos actos solo está legitimado el propietario y son necesarios para la individualización del objeto. No obstante, como se trata de cláusulas que inciden en el precio, su validez debe juzgarse al amparo del principio de transparencia⁶. Si estas cláusulas se incluyen junto al precio dentro de las cláusulas económicas del contrato y especifican los gastos repercutibles, no hay motivos para invalidarlas, pero no quedarán incorporadas al contrato si originan una indeterminación del precio final y el pacto por el cual se trasladan al comprador no ha sido individualmente negociado ya que de conformidad con lo establecido por la STJUE de 30 de abril de 2014: «la transparencia en cuanto al precio significa que el adherente pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo»⁷.

c) Es abusiva la cláusula que impone al consumidor el coste de las certificaciones que el vendedor ha de entregar juntamente con aquella y en concreto, el de certificación de la eficiencia energética que regula el Real Decreto 253/2013. La obtención del certificado de eficiencia energética otorga el derecho de utilización, durante el periodo de validez del mismo, de la etiqueta de eficiencia energética.

Como la etiqueta ha de incluirse en toda oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta del edificio, constituye un deber del vendedor asumir su coste sin posibilidad de repercusión.

d) En cuanto al pago de impuestos, el artículo 89.3 TRLGDCU considera que la repercusión del impuesto de plusvalía sobre el comprador es abusiva en todo caso, por tratarse de un tributo que tiene como sujeto pasivo al transmitente (empresario).

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de noviembre de 2011, aplicando la normativa protectora del consumidor, por tener esta condición la parte demandada y ser la demandante una empresaria, declaró nula, por ser abusiva, la cláusula, incorporada a un contrato de compraventa de una vivienda, por la que la vendedora quedó facultada para repercutir a la compradora el Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU) transmitidos, del que la primera era sujeto pasivo a título de contribuyente, según lo señalado por el artículo 106 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales (TRLRHL).

Contra la sentencia de apelación interpuso recurso de casación la vendedora, recurso que ha sido resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), 2014 de 12 de marzo, en la que actuó como ponente el Magistrado don José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL.

En el primero de los motivos de este recurso de casación, se denunció la infracción del artículo 2, apartado 3, del Código Civil, que dispone que las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, al entender la parte recurrente que el Tribunal de apelación había desconocido lo dispuesto en dicha norma, toda vez que el contrato de compraventa se había celebrado el 2 de marzo de 2005, antes, por consiguiente, de la promulgación de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que modificó la Disposición Adicional primera de la 26/1984, de 19 de julio, e incluyó, en el apartado 22, letra c), de la relación de cláusulas abusivas que esta contenía «la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional», por lo que entendía dicha parte recurrente que la citada Ley 44/2006, al no estar vigente cuando se perfeccionó el contrato de compraventa que incorporaba la discutida cláusula, no podía aplicarse de forma retroactiva para declarar abusiva una cláusula que no lo era conforme a la normativa que estaba vigente cuando el referido contrato quedó perfeccionado.

El segundo motivo aducido por la parte recurrente fue que se había producido una infracción del artículo 10 bis, apartados 1 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio general para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y los artículos 36 y 38 de la Ley General Tributaria, y todo ello porque, a juicio de dicha parte, no concurrían en este caso los requisitos necesarios, según las referidas normas, para afirmar que tal cláusula tuviese carácter abusivo, teniendo en cuenta la naturaleza del bien objeto del contrato y las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. En especial, se negó la realidad del desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivadas del contrato, así como que su actuación hubiera sido contraria a la buena fe, al redactarlo e informar en todo momento a la compradora de su contenido, con excepción del importe definitivo del IIVTNU, por no disponer de los valores catastrales que el Ayuntamiento iba a asignar a las viviendas; y se alegó,

además, el carácter libre de la compraventa de inmuebles en nuestro mercado, sujeto a las reglas de la oferta y la demanda.

El primer motivo en el que se basó este recurso de casación fue desestimado por el Tribunal Supremo al declarar este que el Tribunal de apelación no había aplicado ninguna norma de dicha Ley 44/2006, de 29 de diciembre, ya que declaró abusiva la cláusula litigiosa basándose para ello en lo dispuesto en el artículo 10 bis, apartado 1, de la Ley 26/1984, en la redacción vigente en la fecha del contrato, esto es, en la reformada por la Ley 7/1998, según la que se consideraban cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causasen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Y lo propio sucedió, esto es, también fue desestimado, con el segundo motivo aducido en este recurso, al entender el Tribunal Supremo que el Tribunal de apelación había aplicado de manera correcta a la controvertida cláusula litigiosa el referido artículo 10 bis de la Ley 26/1984, en relación con los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al haber declarado la STJUE de 16 de enero de 2014 [TJCE 2014V7], Constructora Principado, S.A. y José Ignacio MENÉNDEZ ÁLVAREZ, as. C-226/12, interpretando dicha Directiva, que un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor puede resultar de una lesión suficientemente grave en la situación jurídica en que el mismo se encuentra como parte del contrato.

Efectivamente, las conclusiones de esta sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo fueron las de que la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. Y se añadió, basándose en la doctrina sentada por las sentencias de este mismo órgano de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, as. C-472/11 [TJCE 2013:46], y 14 de marzo de 2013, Aziz, as. C-415/11 [TJCE 2013:89], que incumbía al Tribunal remitente, para apreciar la posible existencia de un desequilibrio importante, tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que fuese objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del mismo, así como todas las restantes cláusulas de este.

Pues bien, a juicio de esta sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2014 tal lesión en la posición jurídica del consumidor protegido se produjo al transferirle, en su condición de adquirente, una deuda fiscal que, conforme a lo dispuesto en el artículo 106 del TRLRHL, está a cargo de la vendedora, la cual se beneficia del incremento del valor de la cosa vendida, ya incorporado al precio, al imponer al comprador el pago de un impuesto que tiene como base la misma plusvalía, siendo así, además, que el importe de ese impuesto no se conoce en la fecha de la celebración del contrato, sino que solo se liquida *a posteriori*, lo que conlleva una incertidumbre del consumidor sobre el alcance del compromiso asumido, lo que también pugna contra la doctrina mantenida por

el Tribunal de Justicia comunitario, ya que este, en relación con el artículo 5 de mencionada Directiva 93/13/CEE, ha declarado, en su sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, as. C-92/11 [TJCE 2013:93], que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, ya que ello es lo que permite al consumidor decidir si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional. Así se había entendido ya también en, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 4 de noviembre de 1998, Recurso de Apelación núm. 451/1998.

La conclusión final de toda esta argumentación: desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes, desequilibrio en el contenido económico del contrato fruto de la cláusula controvertida, y defecto de información en el adquirente —que también, en todo o en parte, habían sido tenidos en cuenta en las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de diciembre de 2003 y 19 de enero de 2005 y de la Audiencia Provincial de Asturias de 18 de febrero de 2014, fue la de que el Tribunal Supremo consideró en esta sentencia de 12 de marzo de 2014 que se había producido una ausencia de buena fe en la parte vendedora, perjudicando a la compradora, y, en consecuencia, desestimó el recurso de casación interpuesto por aquella.

e) En cuanto al pago del IBI, el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de junio de 2016 ha establecido como doctrina jurisprudencial que «el artículo 63.2 de la Ley de Haciendas Locales se ha de interpretar de forma que, en caso de ausencia de pacto en contrario, el vendedor que abone el IBI podrá repercutirlo sobre el comprador en proporción al tiempo que cada una de las partes haya ostentado la titularidad dominical y por el tiempo que sea».

Esta sentencia da la razón a dos sociedades que en marzo de 2009 vendieron a otra compañía 155 plazas de garaje en Madrid y posteriormente tras haber pagado el IBI correspondiente a esa anualidad, reclamaron a la compradora que les reintegrase la parte de la cuota tributaria comprendida entre el día de la venta y el 31 de diciembre de ese año. Los vendedores, a quienes en primera instancia un Juzgado de Madrid les había dado la razón, acudieron al Supremo después de que la Audiencia de Madrid se pronunciara a favor de los compradores y rechazara que debieran pagar cantidad alguna a los vendedores por el IBI del año 2009. Los recurrentes señalaron en su recurso ante el Supremo la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la materia, presentando sentencias que daban la razón al vendedor y otras al comprador. En el mismo sentido que la recurrida, mencionamos las sentencias de las AAPP Asturias de 12 de septiembre de 2001 y Valladolid de 10 de noviembre de 2006; en sentido contrario, las sentencias de las AAPP Jaén de 22 de septiembre de 2000, Las Palmas de 23 de diciembre de 2003 y Madrid de 6 de noviembre de 2007.

El TS en esta sentencia reciente de 15 de junio de 2016 establece que la regla general, en caso de ausencia de pacto en contrario, será que el vendedor que abone el IBI podrá repercutirlo sobre el comprador, en proporción al tiempo en que cada una de las partes haya ostentando la titularidad dominical y por el tiempo que lo sea, lo cual es lógico a mi entender.

3. CLÁUSULAS QUE VINCULAN EL CONTRATO A LA VOLUNTAD DEL VENDEDOR

a) Es nula la cláusula que reserva al promotor el derecho de modificar unilateralmente los elementos del contrato o de la publicidad sin un motivo razonable.

nable basado en causas que consten en el propio contrato. Las cláusulas que se introducen por primera vez y de forma sorpresiva en la escritura pública o que modifican alguna cláusula incluida en el contrato privado solo son válidas si han sido consentidas expresamente por las dos partes antes de elevar el contrato a escritura pública.

b) Tienen este efecto las cláusulas por las que el promotor se reserva la posibilidad de alterar el precio fijado, la modificación de las obras convenidas sobre el plano, los cambios de las condiciones pactadas así como las cláusulas que dejan indeterminada la fecha de entrega de la vivienda en construcción. Son nulas las cláusulas por las que el promotor se reserva el derecho de realizar ulteriormente las obras de modificación en elementos comunes del inmueble. Aunque el vendedor se hubiese reservado el derecho a hacer modificaciones, el plano incorporado a un contrato tiene un valor normativo, no simplemente descriptivo y no se puede modificar sin una razón técnica que obligue a esta modificación.

c) El tratamiento de las reformas de obra constituye la única regulación novedosa del Real Decreto 515/89 en relación con la legislación general protectora de los consumidores. Si están motivadas por causas no diligentemente previsibles en el momento de aprobar los proyectos de urbanización y han de originar modificaciones de precio, deberán comunicarse previamente a los compradores «quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca». Si las reformas son propuestas por los adquirentes, deberán constar documentalmente, especificando las repercusiones que produzcan en el precio y en el plazo de entrega de las obras, aunque la doctrina de la Audiencias demuestra que el incumplimiento de este deber no tiene una consecuencia de carácter civil que permita al comprador negarse al pago (SAP Huesca 30 de julio de 2004). La norma no concede al adquirente un derecho incondicional a proponer modificaciones, el cual siempre podrá oponerse con el límite de la buena fe.

d) Los requisitos de validez de la cláusula que autoriza al promotor a cambiar las condiciones pactadas son tres: los motivos deben estar especificados en el contrato, ser válidos, es decir, debe tratarse de un hecho ajeno al ámbito de control de la actividad del promotor y debe ser un supuesto imprevisible. Además debe darse al comprador la posibilidad de reducir el precio cuando haya un defecto de calidad así como de rescindirlo cuando el defecto sea de una entidad considerable.

e) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.10 TRLGDCU, son abusivas las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin que le den al consumidor el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado. En cuanto a si es posible realizar un control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato⁸ (entre los que se encuentra el precio), hay que traer a colación la STJUE de 3 de junio de 2010, la cual resuelve que los Estados miembros están habilitados para proceder a una protección suplementaria de los consumidores, de forma que puedan extender el control impuesto por la Directiva 13/1993 a los elementos esenciales del contrato, a pesar de que el artículo 4.2 de la misma (que no ha sido traspuesto a nuestro Derecho) excluye del control de abusividad las cláusulas que definen el objeto principal y las relativas a la adecuación entre el precio o la contraprestación, siempre que las mismas se expresen con la suficiente claridad. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo en los intereses variables de los préstamos hipotecarios cambió el criterio de la STS de 3 de junio de 2010 y conforme a la regla contenida en

la Directiva, entendió que no es posible dicho control judicial sobre las cláusulas que contienen el objeto principal del contrato, incluido el precio, salvo que no estén redactadas con la debida transparencia.

f) El artículo 85, párrafos 1, 7 y 8 del TRLGDCU considera abusivas y, por tanto nulas, las cláusulas en las que el empresario que contrata con el consumidor tiene un plazo excesivamente largo o meramente indicativo, o insuficientemente determinado para satisfacer la prestación debida o bien supongan estar supeditados a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario. La STS de 18 de febrero de 2014 declaró *obiter dicta* que no vulnera el precepto por no señalar un plazo indeterminado ni quedar supeditado a una condición dependiente en exclusiva de la voluntad del empresario, la cláusula contenida en un contrato de vivienda sobre plano conforme a la cual, el plazo de ejecución sería de treinta meses desde el inicio de la construcción del bloque, fecha de inicio que habría de determinarse según lo fijado en el libro de órdenes por la dirección facultativa de la obra. Por el contrario, la STS de 3 de julio de 2013 había declarado que el pacto de entrega del bloque de viviendas en construcción en el plazo máximo de treinta meses desde la fecha de concesión de la licencia de edificación, adolece de una indeterminación inadmisible del plazo que determina su nulidad.

4. CLÁUSULAS ABUSIVAS POR FALTA DE RECIPROCIDAD

Son abusivas en base a lo tipificado en el artículo 87 del TRLGDCU las siguientes:

a) La cláusula que establece una penalización al comprador por retraso en el pago del precio, cuando no prevé lo mismo para el caso de retraso en la entrega de la vivienda es abusiva por falta de reciprocidad (SAP Sevilla 12 de septiembre de 2013). Son las llamadas cláusulas penales establecidas como prestaciones que una parte debe satisfacer a la otra en caso de incumplimiento de su obligación principal (pago del precio y entrega de la vivienda).

b) La cláusula que, cuando hay pacto de arras o reserva, prevé que si el comprador desiste, el vendedor retendrá las cantidades entregadas en concepto de arras y por el contrario, si renuncia el vendedor bastará con que devuelva las cantidades recibidas. Dicha cláusula se considera abusiva porque conlleva una facultad de desistimiento no recíproca (STS de 3 de junio de 2008).

c) La cláusula que impone al comprador cumplir con su obligación de pagar el precio aun cuando el vendedor no haya cumplido con la suya de entregar el inmueble. Esta cláusula es abusiva ya que limita la defensa consistente en la excepción de incumplimiento contractual que corresponde al comprador⁹

5. CLÁUSULAS QUE IMPONEN GARANTÍAS DESPROPORCIONADAS (88.1 TRLGDCU) O PENALIZACIONES ALTAS (86.6 TRLGDCU) EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

a) De conformidad con los preceptos citados es abusiva la cláusula que prevé la resolución del contrato para incumplimientos no graves del comprador o que impone un interés moratorio excesivo (superior al 20%)¹⁰. Con relación a esta cláusula, algunas Audiencias Provinciales la consideran válida atendiendo a la crisis del sector inmobiliario y a las dificultades de los promotores para encontrar

compradores de reemplazo. En este sentido se pronuncia la SAP Murcia de 31 de julio de 2013. En la interpretación de estas sentencias, la Sala parece entender que la proporcionalidad ha de buscarse entre la penalización y el perjuicio concreto sufrido, atendiendo a la situación empresarial específica en la que el promotor se encuentra.

b) La cláusula que, en caso de resolución por incumplimiento del comprador permite al vendedor retener todas las cantidades ya pagadas en concepto de penalización (por imponer garantías desproporcionadas al riesgo asumido) si esta resulta desproporcionadamente alta.

La sentencia del TS de 15 de abril de 2014 establece los requisitos para que pueda considerarse abusiva la cláusula contractual penal incorporada a un contrato de compraventa que permite al vendedor retener las cantidades entregadas a cuenta por el comprador en caso de resolución contractual por incumplimiento de este último. Adicionalmente, la Sala reitera su doctrina sobre la imposibilidad de moderar la sanción resultante de la aplicación de dicha cláusula penal cuando se ha producido el incumplimiento parcial previsto en la estipulación. Los demandantes celebraron en 2006 un contrato de compraventa de vivienda con la entidad demandada, en el cual figuraba una estipulación por virtud de la cual la vendedora quedaba facultada para resolver el contrato y retener las cantidades anticipadas si los compradores, requeridos al efecto, no comparecían en la notaría para otorgar escritura pública. Amparándose en dicha estipulación, una vez comprobado que los compradores no atendieron su requerimiento pese a estar la vivienda terminada y en disposición para ser entregada, la entidad vendedora resolvió el contrato y se quedó con las sumas que los compradores habían satisfecho hasta entonces, lo que provocó que estos presentaran demanda solicitando su nulidad por abusiva, con fundamento en la legislación de consumidores que prohíbe las cláusulas que impongan a estos indemnizaciones desproporcionadas así como las que contemplen la retención de cantidades por el empresario, en caso de renuncia por el consumidor, sin contemplar a su vez una indemnización equivalente en caso de renuncia del empresario. En las dos instancias fue desestimada la demanda y ahora el Supremo, con el voto particular de cuatro Magistrados, confirma ese pronunciamiento.

6. CLÁUSULAS ABUSIVAS POR IMPONER RENUNCIAS A LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

a) Es abusiva la cláusula que, aún habiéndose pactado la resolución automática por incumplimiento del comprador, impide a este el pago del precio una vez vencido el término mientras no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Es abusiva porque vulnera el artículo 1504 del Código Civil y la doctrina de la DGRN referida al incumplimiento resolutorio.

b) Cláusula que implique una renuncia por parte del consumidor a la elección del Notario autorizante de la escritura pública como se deriva del artículo 89.8 TRLGDCU. La finalidad de la norma es asegurar la imparcialidad notarial y con ello la posibilidad efectiva de que el consumidor pueda recibir la información correcta sobre la adecuación a la legalidad y la eventual existencia de cláusulas abusivas en el contrato. La consecuencia de la nulidad de la cláusula es la imposibilidad de que el promotor vendedor se niegue válidamente al otorgamiento de la escritura pública una vez que el comprador le requiere en una distinta de la impuesta y la obligación del notario de ejercer la función para la que sea requerido por este a pesar de la designación de otro fedatario distinto en el contrato.

c) Cláusula de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o supuesto específico *ex artículo 90.1 TRLGDCU*. Esta cláusula ha sido muy frecuente en los contratos de transmisión de derechos reales de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, si bien actualmente el artículo 20 de la Ley 4/2012 dice: «El empresario y el consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de aquél al sistema arbitral del consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos que figuren en la lista que publica la Comisión europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores y que respete los principios establecidos por la normativa en materia de consumo». La consecuencia de la nulidad de esta cláusula es la nulidad del convenio arbitral y la concurrencia de causa de impugnación del laudo que eventualmente pudiera llegar a dictarse basada en la misma.

d) Cláusula de renuncia a la constitución de avales o pólizas de crédito que garanticen las cantidades entregadas a cuenta del precio en la compra de viviendas en construcción. Se trataría de una cláusula abusiva y nula por contravenir una imposición legal, la impuesta en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. De esta forma, finalizado el plazo pactado, si no se hace la entrega de la vivienda al comprador, este puede resolver el contrato y solicitar la devolución de su dinero más el 6% anual de interés. Ahora y desde el 1 de enero de 2016, esta obligación de garantizar la devolución de cantidades viene regulada en la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación donde el consumidor tiene dos años a contar desde la falta de entrega de la vivienda en plazo para ejecutar el aval bancario y reclamar su dinero.

e) La última jurisprudencia del TS, acogida actualmente por el artículo 90.2 TRLGDCU, declara nulas las cláusulas de sumisión a tribunales distintos del que corresponda al domicilio del comprador. La cláusula será abusiva si realmente se causa un perjuicio al consumidor ya que en algunas ocasiones puede no ser así.

En cuanto al acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas abusivas, el Registrador denegará la inscripción de las cláusulas declaradas nulas conforme al artículo 83 TRLGDCU, si la sentencia figura inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación *ex artículo 84 TRLGDCU*, denegando el asiento y procediendo conforme a lo dispuesto en el artículo 258.4 de la LH.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M.^a T. (2010). *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda*. Navarra: Thomson Reuters
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). El control de las cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio de 2010 a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, pp. 98-115.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2012). *Derecho de la construcción y la vivienda*. Navarra: Aranzadi.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda. En: A. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz, Tomo II*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 1076 y sigs.
- GARCÍA PÉREZ, C. L. (2009). Comentario del artículo 89.8 TRLGDCU. En: R. Bercovitz (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la*

- Defensa de Consumidores y Usuarios.* Real Decreto Legislativo 1/2007. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C. (2015). Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda. En: M.^a A. Parra Lucán (dir.). *Acceso a la vivienda y contratación*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 357-412.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 14 de junio de 2012. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, pp. 339-355.
- ORTI VALLEJO, A. y JIMÉNEZ HORWITH, M. (2016). Estudios sobre el contrato de compraventa. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- PERTIÑEZ VILCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2006). *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Madrid: Tecnos.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 1 de junio de 2000
- STS de 3 de junio de 2008
- STS de 8 de noviembre de 2012
- STS de 21 de diciembre de 2011
- STS de 3 de julio de 2013
- STS de 24 de septiembre de 2013
- STS de 18 de febrero de 2014
- STS de 12 de marzo de 2014
- STS de 15 de abril de 2014
- STS de 13 de enero de 2015
- STS de 20 de enero de 2015
- STS de 30 de mayo de 2015
- STS de 22 de septiembre de 2015
- STS de 21 de diciembre de 2015
- STS de 15 de junio de 2016
- SAP de Sevilla de 14 de marzo de 2011
- SAP de Sevilla de 13 de diciembre de 2011
- SAP de Madrid de 8 de julio de 1994
- SAP de Castellón de 15 de octubre de 2002
- SAP de Huesca de 30 de julio de 2004
- SAP de Valencia de 30 de marzo de 2007
- SAP de Sevilla de 14 de marzo de 2011
- SAP de Sevilla de 13 de diciembre de 2011
- SAP de Murcia de 31 de julio de 2013
- STJUE de 3 de junio de 2010
- STJUE de 21 de febrero de 2013
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 16 de enero de 2014

NOTAS

¹ Señala GÓMEZ CARRASCO, M.^a C. (2015). Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria. En: María de los Angeles Parra Lucán (dir.). *Acceso a la vivienda y contratación*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 357-412): Desacertadamente, la STS de 24 de septiembre de 2013, que estableció los requisitos de validez de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios con consumidores, excluye la cláusula en cuestión del concepto objetivo de cláusula abusiva porque no fue redactada con la finalidad de ser incorporado a una pluralidad de contratos y por lo tanto no constituyó una condición general de la contratación.

² SAP Alicante 12 de junio de 2014.

³ Sobre ello, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda. En: A. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la Compraventa, Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Tomo II, p. 1079.

⁴ Así, desde la perspectiva del consumidor la STS de 8 de noviembre de 2012 declara que la cláusula *rebus sic stantibus* podría ser aplicable en el sector inmobiliario en un contexto de crisis económica.

⁵ Las cláusulas por las que el promotor se reserva la facultad de distribuir la carga hipotecaria entre las viviendas cuando estas ya se han transmitido a los compradores plantea problemas. Así, según la STS de 2 de diciembre de 2008 la distribución de la responsabilidad acordada entre promotor prestatario y caja de ahorros casi un año después de la entrega de los pisos a los compradores a través de un reparto arbitrario de la carga hipotecaria sin conocimiento de los adquirentes y liberando totalmente 8 de las 24 viviendas es nula.

⁶ GÓNZALEZ PACANOWSKA, I. (2009). Comentario de los artículos 86 a 90. En: R. Bercovitz (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Real Decreto Legislativo 1/2007*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 121.

⁷ Así la SAP Alicante de 12 de junio de 2014, no considera abusiva sino «no incorporada» la cláusula de gastos a cargo de la parte deudora que expresa como tales «las de todos los demás gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y de su inscripción en el Registro de la Propiedad».

⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 98-115.

⁹ Es el caso contemplado en la STS de 21 de diciembre de 2011 en la que existe el incumplimiento previo y de mayor entidad del vendedor que retrasa la entrega de la vivienda vendida más de veinte meses frente a una demora de un día en la firma de la escritura por el comprador que impide estimar su acción de resolución y permite que junto con la excepción de incumplimiento contractual del comprador se atienda a su reclamación de daños y perjuicios.

¹⁰ Algunas Audiencias Provinciales consideran abusiva la cláusula de interés de demora «que impone un interés superior a 2, 5 veces el precio oficial del dinero» establecido como límite tanto en la derogada (1995) como en la vigente (2011) Ley de Crédito al Consumo. Así la SAP de Asturias de 22 de noviembre de 2011. Considero que dicha doctrina es incorrecta ya que dicho interés es un límite a los descubiertos tácitos en cuenta corriente a la vista y no a los incumplimientos acaecidos en supuestos de préstamos expresamente solicitados, que lo tienen limitado a tres veces el interés legal del dinero, como aclara en la actualidad el artículo 89.7 TRLCU. La cantidad del 20% es la utilizada en la práctica como límite de la desproporcionalidad.