

S A B E R E S

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

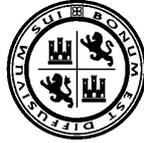
VOLUMEN 1 ~ AÑO 2009

Separata



***LA SUBROGACIÓN DEL COMPRADOR DE VIVIENDA EN LA
HIPOTECA DEL PROMOTOR-VENDEDOR, COMENTARIO AL
ARTÍCULO 1.14 DE LA LEY 44/2006, DE 29 DE DICIEMBRE, DE
MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y
USUARIOS***

Vanesa Arbesú González



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© Vanesa Arbesú González

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 1, 2009

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

LA SUBROGACIÓN DEL COMPRADOR DE VIVIENDA EN LA
HIPOTECA DEL PROMOTOR-VENDEDOR, COMENTARIO AL
ARTÍCULO 1.14 DE LA LEY 44/2006, DE 29 DE DICIEMBRE, DE
MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y
USUARIOS

Vanesa Arbesú González*

RESUMEN: La recientemente aprobada Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, regula expresamente, como cláusula abusiva, la estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del profesional de la vivienda o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación. Este problema venía siendo resuelto por nuestros Tribunales, calificando dicha cláusula como abusiva en perjuicio de los intereses del consumidor. En este artículo es expuesta la actual regulación, la situación legal anterior y el estudio de la naturaleza jurídica de la subrogación hipotecaria.

PALABRAS CLAVE: Defensa del consumidor y usuario, cláusulas abusivas, vivienda

SUMARIO: 1. Introducción.– 2. El artículo 1.14 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.–3. Antecedentes. Planteamiento general.–3.1. Condiciones determinantes de la cláusula abusiva de subrogación hipotecaria.– 3.1.1. La buena fe y el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.–3.1.2. La calificación automática de cláusula abusiva del inciso 22 de la disposición adicional 1ª de la LGDCU y del apartado d) del artículo 10 del RD 515/1989.–3.2. La información del consumidor como requisito inherente a la validez de la cláusula de subrogación hipotecaria.–3.2.1. La información del consumidor en el RD 515/1989, de 21 de abril, respecto a las normas de protección de los consumidores, en relación con la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta y arrendamiento de viviendas.–3.2.2. El modelo de contrato de compraventa de vivienda libre de cláusulas abusivas.–3.3. Criterios jurisprudenciales.–4. La asunción de deuda del artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

* Doctoranda en Derecho. Becaria del Consejo de Consumidores y Usuarios, Instituto Nacional del Consumo.

1. Introducción

El gran desarrollo inmobiliario acontecido en nuestro país en los últimos años, ha traído consigo una enorme y variada litigiosidad en torno a los derechos del consumidor en la compraventa de vivienda. Junto a los problemas más frecuentes ante los que se han encontrado compradores de vivienda insatisfechos en el cumplimiento de las obligaciones contractuales del vendedor, como pueden ser los supuestos de vicios en la construcción, para los que nuestro legislador se acomoda a los tiempos a través de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, se encuentra la incorporación de determinadas cláusulas en los contratos celebrados entre el comprador y el vendedor-promotor, cuya validez legal ha sido cuestionada ante un Juez, resultando algunas de ellas abusivas por perjudicar los intereses del consumidor conforme establece el artículo 51 de la Constitución Española y la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU).

El gran aumento del precio de la vivienda, a lo se une una elevada demanda, ha dado lugar a numerosas estrategias empresariales y comerciales para obtener el mayor beneficio posible en el negocio, desde las condiciones crediticias de las entidades bancarias para la adquisición de una vivienda, hasta las condiciones contractuales en la compraventa, mediante condiciones generales de la contratación en los casos que aquí se explican.

Este estudio se centra en el análisis de la cláusula incorporada al contrato de compraventa de vivienda, en virtud de la cual, el comprador debía subrogarse en el crédito hipotecario que había concertado el vendedor-promotor de la edificación para ejecutarla, y de optar por no subrogarse, aquél debería abonar los gastos de cancelación de dicho crédito. Esta cláusula no se contemplaba de forma expresa en nuestra legislación, hasta la reciente promulgación de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que viene a plasmar una nueva realidad jurídica previamente conocida por nuestros Tribunales.

2. El artículo 1.14 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios

Uno de los principales motivos que impulsó la promulgación de esta Ley, tal como se explica en su exposición de motivos, ha sido la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 9 de septiembre de 2004 en el Asunto C-70/2003, en la que declaró el incumplimiento por parte del Reino de España de sus obligaciones, de acuerdo con la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El Tribunal considera que España no ha adaptado correctamente a su Derecho interno los artículos 5 y 6, apartado 2 de la Directiva, por cuanto el artículo 5 establece la regla de interpretación más favorable a los consumidores de las cláusulas de los contratos celebrados por éstos, exceptuando las acciones de cesación del artículo 7.2 de la Directiva, y en nuestro ordenamiento interno, los artículos 10.2 de la LGDCU y el artículo 6 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC), incorporan dicho principio pero no incluyen la restricción relativa a las acciones de cesación. En este sentido, el Tribunal se expresa con el siguiente tenor literal:

«la distinción que establece el artículo 5 de la Directiva, en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación in concreto del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una interpretación in abstracto del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado.»

Se trata de un reforma que afecta al ámbito que aquí se estudia como cláusula abusiva.

El artículo 1 de la Ley 44/2006 modifica la LGDCU en numerosos aspectos, concretamente, en su apartado 14 dice:

«Se añaden dos nuevas cláusulas, la 7 bis y la 17 bis, a la disposición final primera, y se modifica la cláusula número 22, en los siguientes términos: “22. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al profesional. En particular, en la compraventa de viviendas: b)

La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del profesional de la vivienda o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.»

La disposición adicional primera de la LGDCU enumera una serie de cláusulas consideradas abusivas. Hasta esta última reforma, la cláusula número 22 incluía como abusiva la imposición al comprador en la primera venta de vivienda, de gastos que por su naturaleza correspondan al vendedor, y señalaba entre paréntesis «hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación», con la Ley 44/2006 se traslada al texto normativo la práctica jurisdiccional, y delimita y especifica el contenido concreto de la cláusula abusiva de subrogación hipotecaria.

3. Antecedentes. Planteamiento General

En los últimos años, el mercado inmobiliario ha venido marcado por una enorme demanda con la consecuente subida de los precios de la vivienda. La construcción de viviendas ha resultado insuficiente e imparable en los últimos tiempos, de tal manera que los constructores-promotores han necesitado una financiación externa a sus recursos, con la finalidad de poder llevar a cabo los proyectos constructivos. Dicha financiación es puesta a su alcance a través de entidades bancarias y financieras que, con garantía en la hipoteca sobre la futura construcción y la prometedora salida económica de la vivienda en el mercado, conceden los préstamos necesarios para la realización de dichas obras y, por tanto, créditos ajustados a las condiciones que se puedan estipular entre empresarios de dicho nivel económico y empresarial.

Con tal panorama, el consumidor que pretende la compra de una vivienda de nueva construcción, no solo se encuentra sometido a la gran subida de los precios, que en una economía familiar y tratándose de la que suele ser la inversión económica más importante en una familia, sino que también se encuentra sometido a unas condiciones contractuales en la compraventa de la vivienda, en muchas ocasiones abusivas, difíciles de comprender o con una información tergiversada que provoca la sorpresa en el comprador cuando adquiere conocimiento de lo que realmente significa lo que ha firmado. Todas estas consideraciones, se realizan dejando a parte la insatisfacción del comprador de vivienda, cuando la misma no se ajusta a

las características contratadas, bien por defectos en la construcción, distintas calidades en los materiales, etc...

El promotor-vendedor de la vivienda, con base en la pretensión de obtener una máxima financiación de la obra en construcción, así como el correspondiente beneficio en el negocio, efectúa determinadas operaciones como la venta de la vivienda en construcción, o cuando aún no ha comenzado dicha construcción, o bien el abono de cantidades por el comprador antes de la entrega de la vivienda. Sin embargo, en ocasiones, estas fórmulas que utiliza el promotor-vendedor con el fin de obtener la máxima rentabilidad sobrepasan los límites de la legalidad, al pretender, por ejemplo, imponer determinados gastos al comprador que no le corresponden por ley, mediante el establecimiento de las llamadas *cláusulas abusivas* en contratos de adhesión que, en la situación de demanda de vivienda anteriormente descrita, colocan al consumidor en una posición complicada. Además de todo esto, en ocasiones, el comprador de vivienda no es informado de forma clara y completa sobre todos los aspectos que comporta dicha compra, especialmente en cuanto al precio de la vivienda, en que no solo se incluye el precio de la misma en sí, sino también determinados gastos como pueden ser el pago de los impuestos que le corresponden o los intereses que devengará la obligación con garantía en la hipoteca sobre la vivienda en el supuesto en que se subroga en lugar del promotor-vendedor.

Es respecto a este último aspecto de la compraventa de vivienda, en que se centra el análisis de este estudio, más desde el punto de vista y el principal de la cláusula impuesta por el promotor-vendedor en el contrato de adhesión de compraventa, por la que dispone la obligación por parte del comprador de subrogarse en el crédito hipotecario que dicho vendedor contrajo con una entidad bancaria o financiera determinada, de no ser así, el comprador estará obligado a pagar los gastos de cancelación de dicha hipoteca. Además del contenido impositivo de esta cláusula, los datos relativos al crédito en cuestión tampoco eran facilitados, por tanto, el comprador de vivienda no podrá conocer el alcance del precio total que le supone la compra de la vivienda.

3.1. Condiciones determinantes de la cláusula abusiva de subrogación hipotecaria

El contenido de la cláusula consiste en imponer al comprador de vivienda la subrogación en el préstamo hipotecario que ha contraído el

promotor-vendedor con una entidad bancaria para la construcción -en la cuota de responsabilidad que le corresponda a la citada vivienda-, o, de no escoger el comprador dicha subrogación, deberá hacerse cargo de los gastos que dimanen de la cancelación de dicho crédito hipotecario.

Se encuentra incorporada en un contrato de primera venta de vivienda, elaborado con condiciones generales de la contratación, que no han sido negociadas individualmente. Por tanto, el análisis se centra en el estudio de cada uno de los elementos que determinan el carácter abusivo de la cláusula de subrogación hipotecaria, si bien, en dicha cláusula no se impone la subrogación, si se condiciona la asunción de la deuda al pago de unos determinados gastos, en concreto los de cancelación del crédito hipotecario en cuestión. Como se verá más adelante, existen sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales que dictan la nulidad de esta cláusula por considerarla abusiva.

A continuación se exponen unas ideas con base en los artículos de las leyes que resultaban aplicables con anterioridad a la reforma de la Ley 44/2006.

3.1.1. La buena fe y el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes

El artículo 10.bis de la LGDCU, define *cláusulas abusivas*, como las estipulaciones no negociadas individualmente 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. Así mismo, atribuye el carácter de abusivas en todo caso, a las cláusulas contenidas en la disposición adicional primera de la LGDCU. El artículo 10.1.c) de la misma norma, reitera los requisitos de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, del mismo modo, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, por el que se dictan normas de protección de los consumidores, en relación con la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas, establece estos dos principios en su artículo 10 como base para la prohibición de determinadas cláusulas. Principios que proclama la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en su artículo 3.1, para definir el concepto de cláusula abusiva.

Por tanto, para esgrimir si la cláusula por la que se impone la subrogación hipotecaria bajo la condición del pago de los gastos de

cancelación de la misma, resulta abusiva para el consumidor, es necesario comenzar por acotar la existencia o inexistencia de estos elementos -la buena fe y el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes- lo cual se ha de poner en relación con la protección que establece el Código Civil en el artículo 1289 en cuanto a la interpretación del contrato a favor de la mayor reciprocidad de intereses, y de los artículos 1256, 1449 y 1115 del mismo texto legal, en cuanto a la nulidad de los contratos que operan en manos del arbitrio de uno de los contratantes.

Tanto la buena fe, como el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, se miden por criterios objetivos y como conceptos que se complementan. La Directiva 93/13/CEE, realiza en su exposición de motivos una explicación sobre la buena fe como la exigencia de que los profesionales puedan cumplir sus obligaciones tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta. PARDO GATO¹, estima la falta de buena fe en las cláusulas en la compraventa de vivienda, cuando la parte predisponente intenta, apoyándose en la buena situación del sector, chantajear al comprador sobre ese punto del contrato, bajo la tranquilidad de que, ante la negativa a aceptar dichas condiciones, otra persona las aceptará.

La buena fe requiere del profesional, el respeto en las cláusulas predispuestas e impuestas al consumidor de los intereses legítimos de éste, de acuerdo con las reglas de la lealtad y la equidad, en directa conexión con la buena fe objetiva² que establece el artículo 1258 CC.

Junto al criterio de la buena fe, nos encontramos con el del justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, que sustituye a la frase *justo equilibrio entre las contraprestaciones*, anterior a la reforma de los artículos 10 y 10.bis de la LGDCU, por la LCGC en su disposición adicional primera. Esta modificación, se ha entendido correcta por la doctrina, al evitar un posible control del precio en las condiciones generales de la contratación, lo que entraría en colisión con el sistema de economía de mercado. BERCÓVITZ, alude a un desequilibrio de los derechos del consumidor importante, de cierta entidad, a favor de un aumento de los derechos del profesional predisponente, que resulte indiscutible e injustificado, sin embargo, también nos encontramos ante un concepto

¹ PARDO GATO, J.R., *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Difusa, Madrid, 2004, p. 210

² BERCÓVITZ, R., *Comentarios a la ley de Condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Madrid, 2000, p. 758

jurídico indeterminado³. CABANILLAS SÁNCHEZ⁴, bajo referencia a Díez-PICAZO, afirma que para determinar este desequilibrio, ha de considerarse el criterio de la desviación del tipo legal, si existe, además de valorar las ventajas o derechos que la ordenación atribuye al predisponente, y las obligaciones y cargas a que se sujete el adherente.

En cuanto a la teoría del uso del derecho dispositivo para la calificación del carácter abusivo de las cláusulas en condiciones generales de la contratación, la doctrina se ha manifestado de forma favorable añadiendo diversos matices; se considera la importancia del derecho dispositivo en el ámbito del control de las condiciones generales, puesto que manifiestan la normalidad que entiende el legislador, con lo cual, si en una condición general se contradice lo dispuesto en el derecho dispositivo, tal que se produce un desequilibrio sustancial entre los derechos y obligaciones de las partes, y dicha contrariedad no está debidamente justificada, cabe la ineficacia por abusiva de dicha cláusula. Así, los autores también hacen referencia a una posible vulneración del principio de la autonomía de la voluntad que prescribe el artículo 1255 CC, desechándola desde el primer momento, por considerar un límite a la autonomía privada en favor del principio constitucional de la protección a los consumidores que proclama el artículo 51 de la Constitución Española.

En una cláusula como la que se analiza en este texto, cobra especial relevancia el aspecto económico, puesto que se está hablando de un concepto económico-gastos de cancelación de crédito hipotecario, que conforma una determinada cantidad, de mayor o menor importancia, y que le es impuesta al consumidor en el caso de no subrogarse en la deuda del vendedor-promotor. De aquí, que resulte interesante hacer una breve referencia sobre la importancia del precio al tiempo de calificar una cláusula como abusiva. La doctrina está de acuerdo en que el control de las condiciones generales no supone un control de los precios, lo que llevaría a contradecir el sistema de economía de mercado y supondría la inconstitucionalidad del precepto respecto al artículo 38 de la CE, de lo que trata la legislación protectora del consumidor es de lograr la transparencia del precio, de tal manera que ejercite de forma operativa su facultad de elegir, así, se considerarán abusivas las cláusulas que establezcan una forma

³ BERCOVTZ, R., ob.cit. p. 760.

⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Ministerio de Sanidad y Consumo, INC, Madrid, 1995, p. 161.

o procedimiento arbitrario o aleatorio de fijar los precios, y no un precio que se corresponda de manera exacta con el del valor de mercado o no, en perjuicio de los derechos del consumidor y sin una justificación objetiva⁵. En nuestro caso, no se trataría de apreciar si la cantidad en concepto de cancelación del crédito hipotecario es elevada o no, o si resulta más rentable para el consumidor una opción u otra -abonar los gastos de cancelación o subrogarse en la hipoteca-, se trataría de apreciar el desequilibrio entre las partes, en detrimento de los derechos del comprador de vivienda, por el establecimiento arbitrario por el vendedor-promotor, de esta forma de fijar una condición en el pago del precio de la vivienda.

3.1.2. La calificación automática de cláusula abusiva del inciso 22 de la disposición adicional primera de la LGDCU y del apartado d) del artículo 10 del Real Decreto 515/1989

La reforma operada por Ley 44/2006, sobre el inciso 22 de la disposición adicional primera de la LGDCU, incluye de forma expresa la cláusula de imposición en la subrogación hipotecaria o atribución de gastos que se deriven, como abusiva.

Antes de esta modificación, dicho artículo también aludía al contenido de esta cláusula contractual, pero a modo ejemplificativo, disponía:

«la imposición al consumidor de 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)»

Este precepto es fruto de la modificación aplicada por la LCGC, sobre el inciso 11 del artículo 10.1.c) LGDCU, que contenía la misma frase que contiene el precepto enunciado en su segunda parte. De forma parecida, el

⁵ BERCOVITZ, R., ob. Cit, p. 764. El autor entiende que al ser el precio la parte fundamental del contrato, los derechos que protegen al consumidor se verán relacionados con las fluctuaciones del precio - no pueden esperarse legítimamente los mismos derechos si se paga 10 o si se paga 1000 por el mismo bien o servicio- así, el consumidor ideal estará dispuesto a renunciar a algunos derechos o a asumir algunas obligaciones a cambio de un mejor precio. En función de estas circunstancias, una cláusula predispuesta e impuesta podrá considerarse o no abusiva.

artículo 10.D) del Real Decreto 515/1989, dispone el carácter abusivo de esta cláusula y, consecuentemente su prohibición:

«impongan, en la primera venta de viviendas, la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que por ley o por naturaleza corresponden al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción, o su división o cancelación)»

Con la técnica legislativa utilizada en la Ley 44/2006, se da respuesta a la crítica doctrinal que venía calificando de *lista negra* de cláusulas abusivas las contenidas en el inciso 22 de la disposición adicional primera de la LGDCU. En esta línea, BERCOVITZ ya indicaba la conveniencia de ponderar de forma más exhaustiva dicha calificación, al tratarse de cláusulas tan manifiestamente abusivas por sí mismas, que introduce el abandono de su intento de valoración de un verdadero desequilibrio importante, contrario a la buena fe, de los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor⁶.

La actual regulación, obedece en parte, al criterio seguido por el RD 515/1989, en cuanto al parámetro que determina la atribución de determinados gastos a cargo del vendedor: *la ley imperativa*. Mientras, el inciso 22 de la disposición adicional primera de la LGDCU anterior a la reforma, se guiaba por *la naturaleza de los gastos*, sin hacer mención a la ley imperativa. Y el RD 515/1989, alude a ambos criterios; a la ley y a la naturaleza de los gastos.

La determinación de los gastos que por naturaleza correspondan al vendedor, ha suscitado posturas contrarias por los autores jurídicos, por cuanto se trataba de un criterio difícil de utilizar para determinar la titularidad de un gasto u otro. Y en cuanto a la distribución de los gastos en cumplimiento del derecho dispositivo, la doctrina mayoritaria opina que se trata de la forma más justa de distribución de los gastos, ya que se corresponde con el teorema de que debe pagar un gasto concreto aquel que mejor lo conoce, por tanto, el precepto trata de evitar los perjuicios que le puede causar al consumidor el desconocimiento de un gasto que se le impute en la compra y que, en el caso concreto de los gastos que dimanen de la cancelación del crédito hipotecario, se trata de un gasto que ha sido originado por el vendedor-promotor, es decir, él ha necesitado solicitar dicho crédito hipotecario para llevar a cabo la construcción, por la que

⁶ BERCOVITZ, R., ob. Cit. pp. 767 y 768

obtendrá una rentabilidad económica, y él ha contratado dicha financiación con la entidad bancaria o financiera que ha decidido, que mejor le ha convenido y bajo unas características concretas en el ámbito empresarial, por tanto, el consumidor no tiene ningún conocimiento del origen de tales gastos y, por tanto, de la posibilidad de elección sobre los mismos.

Según MORALEJO IMBERNÓN⁷, la atribución de tales gastos responde al sentido de protección al consumidor, esta autora hace referencia a la naturaleza de los actos que producen los gastos, en cuanto al criterio de atribución del pago de gastos al vendedor, planteando la problemática de que, si bien cuando el único criterio que disponía la norma era el de gastos por su naturaleza, éste se interpretaba como gastos por ley, qué interpretación cabe cuando el artículo 10 D) RD 515/1989 hace referencia a ambos criterios al mismo tiempo.

REYES LÓPEZ⁸, ya apuntaba a la necesidad de una norma que recogiese de forma específica la protección al consumidor en la atribución de los gastos. Una última crítica hacia estos preceptos, reside en el ámbito de aplicación de los mismos, la primera venta de vivienda, si bien es cierto que la mayoría de estos gastos tienen lugar en la primera venta de vivienda, también existen supuestos en los que no se trata de primera venta de vivienda y sin embargo se generan dichos gastos, según CABANILLAS SÁNCHEZ⁹, siempre que el supuesto de compraventa de vivienda se encuentre entre empresario y consumidor, se entenderá aplicable la normativa de referencia¹⁰. La nueva regulación simplemente se refiere a la compraventa de vivienda, con lo cual disipa cualquier duda en cuanto a este ámbito de aplicación, siendo aplicable en cualquier venta en que intervenga un profesional de la vivienda y un consumidor.

⁷MORALEJO IMBERNÓN, N.I., *Comentario a la Disposición Adicional 1ª.V.22.LGDCU*, en *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 1180 a 1185

⁸REYES LÓPEZ, M.J., *Derecho de consumo, la protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia*, Editorial General del Derecho, Valencia, 1993, pp. 97 y 98

⁹CABANILLAS SÁNCHEZ, A., ob. Cit., p.192

¹⁰En este sentido, REYES LÓPEZ, M.J., ob.cit. p. 97, alude a los problemas que se pueden originar de una aplicación estricta de esta normativa, únicamente a la primera venta de vivienda, pudiendo quedar el consumidor desprotegido ante compraventas entre empresario y consumidor que no adquieran la categoría de primera transmisión.

3.2. La información al consumidor como requisito inherente a la validez de la cláusula de subrogación hipotecaria

Bajo el presente epígrafe, se expone una visión general y, a la vez concreta del derecho a la información que tiene todo consumidor en la compraventa de vivienda y el análisis de la necesidad de esta información junto a sus efectos en lo que a la cláusula de subrogación atañe, es decir, la información que deberá ser otorgada al comprador de vivienda en cuanto a la subrogación en la hipoteca del vendedor-promotor, en cumplimiento de las disposiciones relativas a la información de la LGDCU.

El centro del estudio se plantea pues, en el contenido de los artículos 10.1 y 13 de la LGDCU, es decir, la regulación de la información contractual como aquella que tiene lugar a través del contrato mismo, a diferencia del que puede constituir un análisis a parte, el de la información precontractual, la que tiene lugar antes de la efectiva celebración del contrato, y que viene regulada, entre otros regímenes legales, en los artículos 7 a 9 de la LGDCU; la oferta, la promoción y la publicidad. Tal distinción es necesaria, ya que la información relativa a la cláusula objeto de este estudio, se puede considerar como perteneciente a la información propiamente contractual, una información que es dada en el momento en que el consumidor tiene el contrato de compraventa delante, y no, por el contrario, en el momento en que el consumidor lee un folleto informativo, u observa un anuncio publicitario sobre una determinada promoción inmobiliaria, donde no es común hacer constar los datos relativos al tipo de financiación en la compraventa de vivienda, de forma detallada, y en el sentido que aquí se analiza.

Según PÉREZ GARCÍA¹¹, el Derecho a la Información, «es un derecho privado que compete a algunos contratantes consistente en exigir determinadas informaciones sobre bienes o servicios a ciertas personas», «(...) que se basa en la misma desigualdad de conocimientos».

Por tanto, se parte de la situación en la que se encuentran los contratantes, el consumidor en situación de desventaja respecto al vendedor-promotor de la vivienda, ya que es este último quien posee todos los

¹¹ PÉREZ GARCÍA, P.A., *La información en la contratación privada*, MSC, INC, Madrid, 1990, pp. 67 y 73.

conocimientos en torno al negocio jurídico que se desarrollará entre ambos, consecuencia de este sencillo planteamiento de la cuestión, es el deber que surge de asegurar la justicia en la relación contractual desde el inicio, el logro del equilibrio contractual, lo cual no se consigue si se tolera de forma pasiva la posición dominante del vendedor-promotor. Resulta básico detenerse en la forma de la información, tres notas esenciales han de concurrir en la misma, a saber: exacta, completa y comprensible: exacta; en el sentido de veraz, completa; en el sentido de recaer sobre todos aquellos puntos que, a juicio del informante deban conformar el consentimiento de la persona a la que se dirige, y comprensible; bajo la justificación de que toda información es comunicación entre dos partes.

La finalidad de la información es contribuir a formar un consentimiento contractual más claro y reflexivo, así, el consentimiento será más claro cuando el contratante conoce los elementos de la negociación que son susceptibles de hacerle renunciar al contratar. Con base en dicha finalidad, los hechos de los que el vendedor ha de informar al comprador, han de estudiarse desde el punto de vista subjetivo del negocio jurídico concreto.

El deber de informar constituye una obligación de medios, en atención a las condiciones personales que han de reunir las partes que contratan, respecto a la puesta en común de la información, ya que, si el vendedor ha de emitir la información que resulte comprensible, el comprador, ha de tener una capacidad media de asimilación de dicha información, es decir, también se precisa la cooperación de éste, que podrá reflexionar sobre el contenido de lo que ha sido informado y decidir sobre la celebración del contrato¹².

La LGDCU, en su artículo 13.1, garantiza a los consumidores una información veraz, eficaz y suficiente, y dentro de los puntos sobre los cuales y al menos, debe producirse tal información, se encuentra en su apartado d);

«precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el importe de los incrementos o descuentos, en su caso, y de los costes adicionales por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento o similares».

¹² PÉREZ GARCÍA, P.A., ob. Cit. pp. 84-94.

Ya que la norma establece de forma expresa (al decir «al menos») que se trata de una enumeración no tasada, la información relativa a la subrogación hipotecaria, ha de entenderse aquí incluida, y de forma concreta, entre la información que ha de ser suministrada dentro de los parámetros de «precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición (...) indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto(...), y de los costes adicionales(...)». CABANILLAS SÁNCHEZ¹³, advierte sobre el calificativo de esencial que han de tener estas informaciones, resulta claro dicho calificativo, por cuanto, nos encontramos ante uno de los caracteres que comporta la decisión del comprador: el precio de la vivienda, cuyo conocimiento exacto se obtendrá a través de la información referida.

De estas consideraciones, se puede concluir que ante la falta de información relativa a una condición jurídica en la adquisición de la vivienda, como puede ser toda aquella información en torno a la cantidad total del precio y la forma del pago del mismo, en cuanto a la subrogación hipotecaria se refiere, el consumidor podrá anular el contrato de compraventa, por haber prestado un consentimiento¹⁴ que no se corresponde con la información que realmente debieran haberle suministrado, es decir, bajo una información incorrecta, incompleta, errónea u ocultada, información sobre la cual se ha prestado un consentimiento con error¹⁵ o dolo¹⁶. Como el deber de información no consta entre las normas que

¹³ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., ob.cit. p. 51.

¹⁴ El artículo 1256 CC establece: «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo»

¹⁵ El artículo 1266 CC dispone: «Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección»

¹⁶ Los artículos 1269 y 1270 CC, prescriben respectivamente: «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho» «Para que el dolo produzca la

regulan la contratación, este derecho se ha entendido como de carácter accesorio en la compraventa, por tanto, ante la alegación de falta de información por el perjudicado, los Tribunales interpretan el derecho y encuadran tales supuestos en el dolo omisivo, de error o de falta de garantía en los vicios ocultos¹⁷. El incumplimiento del contenido del artículo 13.1 respecto a la información, también dará lugar a la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que le haya producido al consumidor.

Finalmente, es necesario hacer mención al apartado 2 del artículo 13 LGDCU, que regula la obligación de información respecto a determinados aspectos en la primera venta de vivienda.

3.2.1. La información del consumidor en el RD 515/1989, de 21 de abril, de normas de protección de los consumidores, en relación con la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas

El RD 515/1989, desarrolla el derecho a la información en el ámbito de la vivienda, que contiene la LGDCU. Y en lo que a la subrogación hipotecaria; o a elementos directamente relacionados como es el precio, se refiere, se disponen las siguientes obligaciones: en primer lugar, el artículo 4.7, contiene la obligación de tener a disposición del público, y en su caso, de las autoridades, la información, entre otras, relativa al precio total y forma de pago de la vivienda. Y el artículo 6 del mismo cuerpo legal, dispone que la información será especialmente detallada y clara en cuanto al precio de venta, en su apartado 4. se establece, para el caso en que se prevea la subrogación del consumidor en el crédito hipotecario del vendedor-promotor, la indicación del Notario autorizante de la correspondiente escritura, su fecha, los datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, así como la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades.

Del contenido de este último precepto, se deriva la afirmación de que el comprador, tiene derecho a conocer todos los datos, de forma clara y

nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes»

¹⁷ SILLERO CROVETTO, B., «La protección del consumidor en los contratos de compraventa de vivienda», El Consultor Inmobiliario, nº 36, junio de 2003, p. 8.

detallada que conforman el crédito en el cual se puede subrogar y cuya garantía será la vivienda que adquiere mediante dicho contrato de compraventa, lo que dará lugar a un conocimiento exacto del precio, de la cantidad total que al comprador le costará la adquisición de tal vivienda. De este modo, se consigue proteger el derecho del consumidor a la información, con lo que su decisión, en este sentido, responderá a un consentimiento prestado válidamente, en caso contrario, la carga de la prueba sobre la falta de la información que ha inducido a error en el consentimiento del comprador, le corresponderá a éste.

Un último dato, y a modo de esbozo, corresponde la cita del artículo 11.1 del RD 515/1989, relativo a las infracciones y sanciones por el incumplimiento del RD, que remite dicha regulación al artículo 34 LGDCU y al RD 1945/1983, de 22 de junio, que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria.

3.2.2. El modelo de contrato de compraventa de vivienda libre de cláusulas abusivas, especial mención a la cláusula de subrogación hipotecaria.

Existe un modelo de contrato de compraventa nueva libre y de protección oficial, que ha sido elaborado en el marco de instituciones protectoras del consumidor y con el visto bueno de la Asociación de Promotores Constructores de España (APCE). Este modelo de contrato de compraventa libre de cláusulas abusivas y que por tanto, se ajusta al cumplimiento del contenido de los artículos 10, 10 bis y Disp. Adic. 1ª de la LGDCU, la entonces normativa vigente en la materia. Tiene su raíz en un Plan de Actuación en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, adoptado por la 13ª Conferencia Sectorial de Consumo, y el protocolo para su ejecución. La aplicación de dicho Plan al sector de la vivienda, fue acordada en la 102 reunión de la Comisión de Cooperación de Consumo. El 29 de enero del año 2001, se constituye la Comisión Asesora en materia de cláusulas abusivas en el sector de la vivienda, compuesto por personalidades pertenecientes a diversos organismos relacionados con el ámbito del consumo, del derecho y de la vivienda. En la 104 Comisión de Cooperación de Consumo, en fecha 3 de abril de 2001, se emite el Informe que contiene el modelo de contrato de compraventa libre y de VPO, libre de cláusulas abusivas¹⁸.

¹⁸ Toda esta información puede ser localizada en la página web del Instituto Nacional de Consumo, www.consumo-inc.es.

A continuación, procede poner en relación todo lo argumentado a lo largo de este trabajo, con el contenido de este modelo de contrato de compraventa de vivienda, en lo que a la cláusula de subrogación hipotecaria se refiere, para lo cual, es necesaria la transcripción de los párrafos convenientes de dicho texto.

La primera mención de datos se realiza en el clausulado quinto del pliego de condiciones particulares, donde se hacen constar todos los datos relativos al crédito que ha contratado el vendedor-promotor, con garantía sobre la vivienda objeto de tal contrato, y establece lo siguiente:

«Que la parte vendedora ha obtenido/está gestionando la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda y, en su caso, anexos descritos con la Entidad Financiera....., con un tipo fijo/variable de interés nominal fijado inicialmente en el% anual, que equivale al.....% de TAE (tasa Anual Equivalente) [revisable en periodos.....conforme al tipo de interés vigente en cada periodo que resulte de aplicar al tipo referencial.....+/- (tachar lo que no proceda)..... puntos], ascendiendo a responsabilidad hipotecaria que corresponde a la vivienda a..... euros (.....pesetas). Dicho préstamo tiene establecido un plazo de amortización de.....años, ascendiendo la comisión por amortización anticipada al%, calculada sobre el capital pendiente de amortizar.

Las modificaciones del tipo de interés están sujetas a los siguientes límites o circunstancias.....

.....

Se adjunta extracto de las condiciones del préstamo facilitado por la entidad financiera»

Efectivamente se encuentran en dicha cláusula todos los datos económicos que comporta el contenido del crédito hipotecario en el cual el comprador puede optar en subrogarse, sin embargo, se obvian dos datos que, según el RD 515/1989, deberían constar, o al menos estar a disposición del comprador, la plasmación de tales datos en el contrato no supone ningún inconveniente, más bien todo lo contrario, ya que contribuiría a una mayor y más completa información; se trata del Notario autorizante de la escritura del crédito, en el caso en que ya estuviese concertado, y de los datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad¹⁹.

¹⁹ Según dispone el artículo 6.4 RD 515/1989.

A continuación de esta cláusula, se exponen una serie de estipulaciones que plasman el precio, lo relativo a la entrega de las cantidades entregadas a cuenta y de las cantidades aplazadas, así como el impago de las mismas. En la estipulación séptima, se pone de manifiesto la capacidad de opción de subrogación por parte del comprador en el crédito hipotecario suscrito por el vendedor, remitiendo los datos de dicho crédito a la cláusula quinta del contrato, la anteriormente analizada. Dicha estipulación dice:

«Informada la parte compradora de la posibilidad de subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por la parte vendedora, cuyos datos constan en el expositivo quinto de este contrato, la parte compradora opta por:

Subrogarse en dicho préstamo hipotecario, por lo que del importe pendiente previsto en el número precedente se deduce la cantidad de euros (.....pesetas) que corresponde a la cuantía que se ha previsto obtener a través de dicha subrogación.

En este caso será de aplicación lo dispuesto en la condición general cuarta.

No subrogarse en dicho préstamo hipotecario.»

En esta estipulación, simplemente se expresa la opción elegida por el comprador de la vivienda en subrogarse o no en el crédito hipotecario, remitiendo las condiciones de dicha subrogación a la condición general cuarta del contrato, por tanto, la información fundamental que ha de conocer y entender perfectamente el consumidor, será el contenido de ésta, que determinará, junto a la cláusula que contiene las condiciones económicas, la decisión respecto a este extremo. La condición general cuarta está compuesta por cuatro incisos, bajo el título general de subrogación en el préstamo hipotecario suscrito por la parte vendedora, y dice:

«4.1. Contenido y alcance de la subrogación

Si la parte compradora ha optado por subrogarse en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda, asumiendo tal compromiso por cláusula contractual específica, el comprador retendrá en su poder y descontará, la cantidad que se ha obtenido/previsto obtener como principal del préstamo hipotecario, por cuyo motivo la parte compradora faculta a la parte vendedora para percibir de la entidad de crédito dicha cantidad, comprometiéndose a asumir en el momento de la firma de la escritura pública de compraventa y de subrogación en el préstamo la condición jurídica de deudor y, consecuentemente, a hacer efectivo su pago, así como el de los intereses, comisiones y amortizaciones que correspondan, en los plazos y condiciones que sean fijados, subrogándose no sólo

en la garantía hipotecaria, sino también en la obligación personal y demás responsabilidades derivadas del préstamo hipotecario con aquella garantizada; siempre que la entidad de crédito preste su conformidad expresa o tácita, según lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

4.2. Constitución y modificaciones de la hipoteca constituida

La parte compradora solicita, en consecuencia, a la parte vendedora que concierte y formalice con una entidad de crédito, un préstamo en las condiciones descritas en el apartado quinto de la parte expositiva del contrato, en el que pueda posteriormente subrogarse.

Para que la parte vendedora pueda llevar a buen fin dicha solicitud, la parte compradora le confiere autorización y mandato tan amplio como en derecho se requiere y sea necesario, para que la parte vendedora, o quien ella designe, en relación con la vivienda objeto de este contrato, pueda concertar y formalizar un préstamo con garantía hipotecaria; y para que hasta el momento de la entrega de la vivienda (es decir, la transmisión de la propiedad) pueda modificar, novar y dividir tal hipoteca de acuerdo con las condiciones de pago pactadas en este contrato, distribuyendo las responsabilidades que la garanticen, en la forma que tenga por conveniente, pudiendo firmar liquidaciones y percibir directamente el importe total del préstamo en una o más entregas, pagar cantidades y, en definitiva, ejecutar cuantos actos y otorgar cuantos documentos públicos o privados considere convenientes a tales fines, siendo de cuenta del comprador todos los gastos derivados de la subrogación.

4.3. Repercusión de gastos por no subrogación o demora

4.3.1. Dado que el precio pactado se establece como pago al contado y la subrogación en el préstamo hipotecario tiene el sentido de facilitar su abono, previéndose la misma como consecuencia de su aceptación expresa por el comprador, si la subrogación no se produjera por causa imputable al comprador, correrán por cuenta de éste los gastos de cancelación de la parte del préstamo y garantías correspondientes.

4.3.2. En lo que concierne a los intereses del préstamo la parte vendedora vendrá obligada a pagar los que se devenguen con anterioridad al otorgamiento de la escritura y subrogación en el préstamo. No obstante, serán de cuenta de la parte compradora los intereses devengados desde la puesta a disposición de la vivienda si el otorgamiento de la escritura y subrogación se demoren por causa que le sea imputable. Asimismo y, dado que el precio se estipula como pago al contado, en tanto no sea abonada por la entidad de crédito la última de las entregas correspondientes al préstamo, la parte compradora se compromete a abonar a la parte vendedora el importe de los intereses que devengue la parte no recibida del mismo al tipo aplicable a dicho préstamo. El importe total de estos intereses deberá ser satisfecho por la parte compradora a la parte vendedora dentro del plazo de los treinta días siguientes al que esta última le notifique el correspondiente cargo.

4.4. Seguro de incendios

Es condición del préstamo hipotecario, en tanto no se haya reintegrado, que la parte compradora se obliga a tener asegurada de incendios la vivienda adquirida, en una Compañía de seguros a prima fija, por cantidad no inferior a la adeudada, y a pagar puntualmente las prima devengadas, siendo causa expresa de resolución el incumplimiento de esta obligación. En la póliza se hará constar que en caso de siniestro no se abonará cantidad alguna por la Compañía Aseguradora sin el consentimiento de acreedor hipotecario, quien quedará automáticamente subrogado en los derechos del asegurado, por una cantidad igual al importe del débito en la fecha del siniestro.»

Tras la lectura de esta condición general cuarta del contrato de compraventa, que contiene la mayoría de las circunstancias que atañen a la subrogación hipotecaria, se puede apreciar la existencia de todos los requisitos que la hagan merecedora de una clasificación conforme a la legislación protectora del consumidor, es decir, contiene todos los datos por los que se le proporciona una información suficiente al comprador de la vivienda para que pueda decidir de forma libre y adecuada sobre dicho extremo, para que pueda elaborar sus propios números en torno a las condiciones económicas que le serán más beneficiosas, en caso de subrogarse en dicho préstamo. Como también se puede observar, se ha eliminado la cláusula que obligaba al comprador de la vivienda a cargar con los gastos derivados de la cancelación de la hipoteca que tiene suscrita el vendedor, para el caso de que no optasen por subrogarse en la misma, de tal manera, que únicamente deberán soportar dichos gastos si, habiendo aceptado previamente la subrogación, ésta no se produjera por causa imputable al comprador.

Otra cuestión apreciable en este modelo de contrato, es la referente al abono de los intereses que se devenguen de dicho crédito, y que tantos litigios han suscitado en nuestro Tribunales, puesto que, en el subepígrafe 4.3.2, consta que el vendedor deberá pagar los intereses que se devenguen con anterioridad al otorgamiento de la escritura y subrogación en el préstamo y, sólo a partir de este momento, correrán a cargo del comprador, momento en el que ya se convierte en deudor del crédito.

Una última condición general del contrato, a pesar que en el contrato se encuentra con anterioridad a la condición cuarta de la subrogación, que afecta a la misma, es la contenida en el epígrafe 3.3 de la condición tercera, relativa a la forma del pago, y establece:

«Tanto en el supuesto de no obtenerse la conformidad de la entidad financiera a la subrogación del comprador en la garantía hipotecaria y en la obligación

personal derivada del préstamo, como en el caso de la no obtención del crédito hipotecario solicitado, la parte compradora se obliga a pagar a la parte vendedora el total importe previsto para dicho préstamo en el plazo de..... desde la notificación al comprador de la denegación del préstamo y, en todo caso, hasta el momento de la entrega de llaves y cuando sea requerida para ello tras la terminación de las obras. El incumplimiento de esta obligación será causa de resolución del presente contrato a instancia de la parte vendedora.

No obstante, el comprador podrá optar por la resolución del contrato, en el momento en que conozca la no conformidad de la entidad financiera con la subrogación o la no concesión del préstamo solicitado, con devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en el mismo plazo previsto en el párrafo anterior.»

Lo que viene a decir esta cláusula, ha de ponerse en relación con el artículo 118 de la LH, ya que se corresponde a la lógica opción de poder resolver el contrato por las partes, en el caso en que la entidad financiera, de conformidad con lo previsto en la Ley, opte por no aceptar la subrogación del comprador en el crédito hipotecario, y que, éste como consecuencia de tal decisión, o bien no quiera realizar la compra de la vivienda, o no proceda al pago que ha de efectuar por la compra de ésta, al no haber conseguido la financiación solicitada, supuesto en el que el vendedor podrá instar la resolución del contrato.

3.3. Criterios jurisprudenciales

A través de este último epígrafe, se exponen las teorías manifestadas en diversas resoluciones, de Audiencias Provinciales principalmente, es decir, la declaración en sentencia de la nulidad de las cláusulas que impongan determinados gastos al comprador de vivienda nueva, en este caso, los derivados de la constitución o cancelación del crédito hipotecario en la subrogación, por su condición de abusivas. Práctica del derecho que ya es un mandato legal con carácter imperativo.

Por orden cronológico, cabe comenzar con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 17 de julio de 1993, sin embargo, en dicha resolución fundamenta que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes desplaza al principio *pro consumatore*, en un supuesto en el cual se celebra un contrato de compraventa de vivienda mediante condiciones generales, entre una entidad promotora y un consumidor, en el que existe un préstamo con garantía hipotecaria sobre la finca objeto de la compraventa, formalizado en fecha anterior a la misma. En el contrato, se

estipuló que el comprador al subrogarse en dicho crédito hipotecario, no solamente debía abonar los intereses correspondientes devengados desde la fecha en que debe operar la subrogación, sino que deberá abonar también, aquellos intereses del préstamo desde el momento en que éstos comenzaron a devengarse, cuya fecha es anterior incluso a cuando se hubo concertado la compra del inmueble.

En sentido totalmente opuesto, a favor de la defensa del consumidor se pronuncian diversas Audiencias Provinciales a través de las siguientes resoluciones: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 1993, que dictamina como cláusula abusiva la que impone al comprador la obligación de pagar los gastos derivados de la hipoteca constituida para financiar la construcción de la vivienda. La misma opinión en cuanto al carácter abusivo de este tipo de cláusulas, se contiene en la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 3 de febrero de 1993.

Siguiendo un orden de antigüedad, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de julio de 1994, también declara nula la cláusula que impone el pago de los gastos derivados de la hipoteca constituida para la construcción en la primera venta de vivienda. Respecto a esta sentencia, es necesario destacar dos párrafos en los se contiene la fundamentación que basa el fallo del Tribunal:

«Por tanto, la cláusula por la cual, en la primera venta de viviendas se hace cargar al comprador con los gastos derivados de la hipoteca o hipotecas para financiar su construcción, es abusiva y por ello nula de pleno derecho, debiéndose tener por no puesta. En consecuencia las cláusulas insertas en el contrato privado y la escritura pública de compraventa por las que se establecía que serían satisfechos por los compradores los gastos devengados por la tramitación, obtención, constitución y división de la hipoteca, son nulas y carecen de efecto en cuanto se refieran a los gastos derivados de hipotecas para financiar la construcción de las viviendas; y a esta conclusión no obsta el que la hipoteca se constituya con posterioridad al contrato de compraventa», continúa argumentando el Ponente, «las alegaciones de que la hipoteca se constituyese después de realizada la venta o por encargo del comprador, que las partes contendientes estuviesen acordes en la liquidación practicada y demás vertidos por la parte impugnante, en cuanto que, como hemos declarado recientemente en un supuesto análogo, no puede oponerse a los efectos de la Ley 26/1984 la liquidación de los gastos del contrato firmada por ambas partes contratantes en que se carguen los gastos de la hipoteca correspondiente a la fase de construcción a los adquirentes y en contravención con lo preceptuado en el tan citado cuerpo legal, por la razón de que los efectos de la defensa de los consumidores alcanzan a dejar sin efecto lo pactado Inter

partes contra legem que suponga por ello un desequilibrio de las prestaciones de los contratantes.»

También las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia de 26 de abril de 1995, de la Audiencia Provincial de Cáceres de 18 de diciembre de 1995 y, especialmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de noviembre del mismo año, expresan su opinión favorable a la nulidad de dicha cláusula. Cabe destacar la última de estas resoluciones que se citan, en torno a la información que debe otorgar el vendedor- promotor, y dice:

«En el caso de que se prevea en el contrato- como sucede en la litis- la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, con garantía real sobre la vivienda, debe indicar el promotor con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, la fecha de ésta, los datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos (...)»

Es importante, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 27 de julio de 1998, que con base en el artículo 10 de la LGDCU y en el artículo 10.d) del Real Decreto 515/1989, sostiene la obligación del pago por la promotora- vendedora de los gastos de cancelación del préstamo hipotecario, al no darse la subrogación por el comprador, solicitado por la anterior para financiar la construcción de la viviendas objeto de la compraventa. Diversos párrafos han de ser destacados:

«(...) el destino del préstamo hipotecario contratado por la demandada se dirigió en su mayor parte a la financiación de dicha construcción. En consecuencia, se comprueba que el controvertido préstamo fue destinado al desarrollo de la actividad mercantil de la apelante y no a mejorar las condiciones de pago de la parte actora- apelada.»

«(...) resultan de utilidad las precisiones que la doctrina científica ha efectuado sobre el artículo 10.2 de la LGDCU de las que se desprende, por un lado, que no es preciso que las condiciones generales se encuentren fijadas de antemano por escrito en un soporte material para que tengan esa consideración, bastando que sean formuladas por el predisponente; por otro, que no se precisa para valorar la imposición unilateral de aquellas que el empresario se encuentre en una posición

de monopolio, siendo suficiente con que no exista otra vía para contratar con ese empresario para la obtención de ese bien o servicio.»

«Por ello, el hecho de que se declare como cláusula prohibida, la estipulación en la que se traslada al comprador los gastos que competen al vendedor no es cuestión obvia por la existencia de un acuerdo entre el suministrador del bien y el consumidor, ni siquiera en caso de que inicialmente fuera aceptada, dado que se ha predeterminado legal y objetivamente su no exigibilidad.»

Una sentencia muy comentada por la doctrina, ha sido la de la Audiencia Provincial de Asturias, de 5 de marzo de 1999, la situación parte de un contrato de adhesión de compraventa de vivienda, en el que se otorga a los compradores la facultad de subrogarse en el crédito hipotecario concertado por la promotora-vendedora, ante la negativa por esta opción, deberán abonar los gastos que se deriven de su cancelación, al convenirles a los compradores otras condiciones de un préstamo hipotecario distinto al concertado por el vendedor, procedieron a la perfección de este último, con el abono de los gastos de cancelación de la hipoteca por la no subrogación.

Sobre la declaración como abusiva de esta cláusula, y la correspondiente devolución de las cantidades pagadas en concepto de cancelación del crédito del vendedor a los compradores, dicha resolución, expresa:

«si el crédito hipotecario constituido por la inmobiliaria demandada lo era para financiar la construcción o promoción de las viviendas vendidas a los actores, toda vez que la subrogación en el citado no se produjo hasta la entrega de las llaves de las respectivas viviendas, es decir, ya construidas éstas, claro es que dicho crédito se contrató en el exclusivo beneficio de dicha inmobiliaria y bajo las condiciones y plazos que el convinieron en tal momento, sin intervención alguna de los demandantes, como lo demuestra el hecho de que su contratación lo fue incluso antes de que comenzase la comercialización de las viviendas objeto de la promoción, pues en los primeros documentos privados de compraventa ya se hace referencia al préstamo obtenido del banco codemandado. Estamos en presencia de gastos que únicamente debe soportar el vendedor, como se lo impone el citado núm. 11 del artículo 10.1.c) de la LGDCU, y todo ello, sin perjuicio del precio de la venta, cuya financiación (y no aquella otra por construcción) correrá a cargo del comprador en cuanto hecho en su exclusivo beneficio, viniendo en tal caso obligado a soportar sus costes.

Es más, los actores se encuentran con unos gastos que no sólo no controlaron, en cuanto para nada intervinieron en su contratación, sino que incluyen precios

distintos a los inicialmente previstos en el contrato y en unas condiciones claramente perjudiciales en relación con otras existentes en el mercado financiero, sin facultad para aceptarlos o rechazarlos, como exige el citado núm. 5.»

Esta misma doctrina ha sido aplicada, de forma más reciente, en la SAP de Toledo de 29 de abril de 2003.

Finalmente, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a estas cuestiones, como lo demuestra la STS de 1 de junio de 2000 y, más cercana en el tiempo, la STS de 24 de julio de 2002.

4. La asunción de deuda del artículo 118 de la Ley Hipotecaria

En el momento en que el comprador de una vivienda se subroga en la obligación crediticia que había contraído el promotor-vendedor con una entidad bancaria o financiera, adquiere una vivienda hipotecada y se coloca en el lugar del promotor-vendedor, en cuanto asume la deuda frente a la entidad bancaria, quedando aquel liberado en su obligación con ésta.

Nos encontramos ante una figura regulada en el párrafo primero del artículo 118 del Decreto 8 de febrero de 1946, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria, y dice así:

«En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito»

Resulta un concepto básico, la naturaleza del derecho real de hipoteca, como inherente e inseparable del bien sobre el que se impone, por tanto, transmitido el dominio, en este caso de la vivienda sobre la que recae, afecta al comprador de la vivienda, como titular del mismo. Este planteamiento en sí mismo, no supone que por la transmisión de la vivienda, el promotor-vendedor quede desligado de la obligación principal que contrajo con la entidad bancaria. Por tanto, hay que distinguir la separación entre; por un lado, la vivienda que se ha transmitido gravada con una hipoteca y, por otro lado, la obligación principal personal del promotor-vendedor con la entidad bancaria o financiera. Distinción entre el crédito y la hipoteca.

Con base en lo anteriormente dicho, se deduce que, a pesar de la hipoteca que pesa sobre la vivienda, la facultad de disponer del dominio de la misma no merma, con lo cual, el promotor-vendedor podrá vender la

vivienda hipotecada, aunque dicha venta no le libera de su responsabilidad personal respecto al débito garantizado con la hipoteca, en este sentido, el comprador quedará afectado en cuanto el vendedor- promotor no haga frente a su obligación con la entidad bancaria, puesto que se dará cumplimiento de la misma con cargo a la vivienda que ha sido adquirida, en atención al principio de reipersecutoriedad de la hipoteca, con las limitaciones que regulan los artículos 112 y siguientes de la LH.

La situación anterior, puede ser modificada por voluntad de las partes, en el momento en que el comprador de la vivienda asume la obligación que había sido contraída por el promotor-vendedor con la entidad bancaria y por la que se ha constituido un derecho real de hipoteca sobre dicha vivienda, nos encontramos entonces, ante la asunción de la deuda del promotor-vendedor, por el comprador de vivienda, ante la subrogación del comprador de vivienda en la hipoteca del promotor- vendedor. Así, ante la subsistencia de la obligación, lo único que se modifica es el sujeto pasivo de dicha obligación, el promotor- vendedor es sustituido por el comprador de la vivienda. Situación jurídica que regula el párrafo primero del artículo 118 LH, facilitando el tráfico jurídico en la compraventa de viviendas hipotecadas.

La doctrina²⁰ califica esta figura como asunción de deuda acumulativa o novatoria, puesto que se sustituye el antiguo deudor por uno nuevo, bajo el consentimiento de novar por parte del acreedor, dando lugar a la desvinculación del primitivo deudor. De otro modo, no existirá esta asunción de deuda, si el promotor- vendedor, en nuestro caso, no se libera de su obligación totalmente frente a la entidad bancaria, cuando, por ejemplo, a esa obligación, se une el comprador en calidad también de deudor, o en el caso de que, no sólo sea sustituido el deudor, sino también la obligación por otra distinta. El supuesto concreto que aquí se analiza tiene lugar cuando únicamente cambia la persona del deudor, el comprador en el lugar del promotor- vendedor, manteniéndose íntegra la misma obligación que contrajo en un principio el promotor- vendedor con la entidad bancaria- acreedora²¹. CABELLO DE LOS COBOS²², define la situación como la

²⁰ LARRONDO LIZARRAGA, J.M., *La compraventa de finca hipotecada*, en *Práctica Hipotecaria, nuevas perspectivas del derecho de hipoteca, homenaje a Roca Sastre*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 35.

²¹ En este sentido explica la sucesión en la obligación, ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de derecho civil español, Vol. III*, Madrid, 1974, p. 256.

²² CABELLO DE LOS COBOS, L.M., *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 254 y 255.

coexistencia de una doble responsabilidad en el aspecto pasivo de la relación, dando lugar a dos tipos de subrogaciones: la personal del adquirente de la finca hipotecada en la condición de deudor personal, que requiere el consentimiento del acreedor y la subrogación real que opera *ipso iure*.

Sin embargo, para que tenga lugar la asunción de deuda conforme dispone el párrafo primero del artículo 118 LH, deben cumplirse determinados requisitos, que, por otro lado, responden a la lógica de la relación jurídica de que se trata, así por ejemplo, el consentimiento por parte del acreedor, entidad bancaria, a la sustitución en la obligación por el comprador de la vivienda en el lugar del promotor-vendedor, ya que es un elemento imprescindible para el acreedor, conocer la solvencia del nuevo deudor, que responderá del cumplimiento de la obligación conforme al artículo 1911 del Código Civil.

Por tanto, de la literalidad del artículo 118 LH, se concluye que, para que opere la subrogación del comprador en la hipoteca del promotor-vendedor, con liberación de este último respecto a la obligación con la entidad bancaria, deben darse los siguientes requisitos: que se produzca la venta de la vivienda hipotecada, que el comprador de la vivienda y el promotor-vendedor estipulen de forma expresa dicha subrogación hipotecaria y que el acreedor, entidad bancaria o financiera, otorgue su consentimiento.

El artículo 118 LH hace referencia a un consentimiento expreso o tácito del acreedor, la práctica habitual en la primera venta de vivienda, responde a un consentimiento expreso por parte de la entidad bancaria que, previamente es comunicada de la celebración de dicho pacto de subrogación entre comprador de vivienda y promotor-vendedor, para así, pasar a estudiar la solvencia del que podrá ser el nuevo deudor de la obligación y, si acepta dicho pacto, procederá la liberación definitiva del promotor-vendedor respecto de tal obligación. LARRONDO LIZARRAGA²³, distingue entre asunción de la deuda interna o impropia y externa o propia. La primera tiene como consecuencia que los efectos de la subrogación hipotecaria sólo tienen lugar entre comprador y vendedor, así, este último no queda liberado de la obligación. Dicha subrogación será válida, cuya causa se encuentra en el negocio jurídico de la compraventa, pero será inoponible frente al

²³ LARRONDO LIZARRAGA, J.M., ob. Cit, pp. 84 y 85.

acreedor-entidad bancaria²⁴. De otro lado, está la asunción externa o propia, es decir, cuando la subrogación se realiza bajo el consentimiento del acreedor, produciendo el efecto liberatorio del promotor-vendedor en la obligación, ello se fundamenta en que, de lo contrario, se estaría ejercitando un acto de disposición sobre derechos del acreedor- entidad bancaria por parte de otros, promotor- vendedor y comprador, tal que, con el consentimiento del acreedor interesado en dicha operación, se otorga licitud a la misma²⁵.

Respecto al consentimiento tácito del acreedor, hoy día en la primera venta de vivienda no es muy habitual, sin embargo, la jurisprudencia²⁶ manifiesta que ha de tratarse de un consentimiento cierto e indubitado, la deducción de dicho consentimiento no puede ser origen de actos que no respondan de forma clara a la voluntad del acreedor.

Dentro de este primer requisito, que es el consentimiento del acreedor, es muy importante la determinación del momento en que se presta el consentimiento, ya que es a partir de ese momento, cuando el promotor-vendedor queda desligado de su obligación, con lo que el comprador de vivienda pasará a ser deudor de la entidad bancaria y ya habrá cumplido su obligación respecto al promotor-vendedor. Así, como el artículo 118 LH no establece nada sobre el momento en que debe otorgar su consentimiento el acreedor, se deduce que éste puede ser otorgado en cualquier momento, el problema surge respecto a los efectos de ese consentimiento, es decir, cuando la entidad bancaria acepta la subrogación del comprador de vivienda en la hipoteca del promotor-vendedor, con posterioridad al momento en que comprador y vendedor han otorgado el contrato de compraventa en el que se acuerda la cláusula relativa a la subrogación. Dicho consentimiento, surtirá efectos; bien desde la firma del contrato de compraventa o bien desde el momento en que la entidad bancaria otorgó su consentimiento. Se trata de una cuestión importante si tenemos en cuenta las cantidades que se juegan

²⁴ Este autor hace aquí referencia a los artículos 597 y 1259 del CC, en cuanto a los efectos de esta subrogación por incidir en la esfera jurídica ajena.

²⁵ En este sentido, cabe recordar el contenido del artículo 1205 del CC: «La novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor».

²⁶ STS de 28 de marzo de 1913, de 2 y de 9 de abril de 1940, de 2 de mayo de 1897, de 15 de noviembre de 1899, de 26 de octubre de 1910, de 11 de abril de 1944, de 13 de abril de 1929, de 27 de diciembre de 1932, de 16 de junio de 1908, de 22 de febrero de 1946, de 27 de mayo de 1931 y de 10 de junio de 1943.

en estos negocios jurídicos en concepto de intereses, puesto que el comprador de vivienda comenzará a abonar los intereses del crédito hipotecario a partir del momento en que se considere que opera la subrogación. La doctrina proclama diversas opiniones; por un lado, los que admiten la retroactividad del consentimiento del acreedor al momento en que se suscribe el contrato de compraventa, basan su teoría en el contenido del artículo 1259 del CC²⁷. ROCA SASTRE²⁸ se manifiesta en este sentido, al considerar que cuando las partes celebran el contrato, en nuestro de caso la compraventa, ya prevén los efectos derivados de la subrogación hipotecaria. Por tanto, el comprador de la vivienda deberá los intereses de la obligación garantizada con la hipoteca desde el momento en que firmó el contrato de compraventa. Sin embargo, LARRONDO LIZARRAGA²⁹, mantiene la opinión de que nos encontramos ante dos relaciones jurídicas distintas, en este caso; la compraventa de vivienda y la aceptación por la entidad bancaria de la subrogación hipotecaria, y no se puede actuar como si este tercero hubiese estado representado en la primera de las relaciones -la compraventa- con lo que carece de sentido el carácter retroactivo. Así, este autor explica su teoría en base a la dependencia que existe entre ambas relaciones, es decir, si la compraventa es nula, el pacto de subrogación también resultará nulo, sin embargo, la ineficacia del pacto de subrogación, no modifica la validez de la compraventa, un término medio sería la compraventa sujeta a condición resolutoria según el consentimiento de la entidad bancaria a la subrogación hipotecaria.

Del tenor literal del artículo 118 LH en el siguiente sentido: “ (...) *si el vendedor y el comprador hubieren pactado (...)*”, cabe deducir que se precisa un consentimiento expreso de ambos para que opere la subrogación en la obligación garantizada por hipoteca. En relación con el consentimiento del comprador de vivienda en la subrogación hipotecaria, hay que relacionar esta cuestión con la de la cláusula por la que se impone dicha subrogación en los contratos de compraventa, con textos poco comprensibles que originan un verdadero desconocimiento para el comprador de lo que en

²⁷ Artículo 1259 CC: «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal.

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que se lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante».

²⁸ ROCA SASTRE, Derecho Hipotecario, Vol. VII, Bosch, Barcelona 1998, p. 337

²⁹ LARRONDO LIZARRAGA, ob. Cit., p. 91

realidad supone dicha cláusula. Aunque también es necesario hacer mención a la aplicación del precepto 1281³⁰ del CC, en el sentido de atender a la intención de los contratantes.

Existe un momento que transcurre desde que el promotor-vendedor y comprador de la vivienda celebran el contrato de compraventa, hasta que la entidad bancaria otorga su visto bueno a la subrogación hipotecaria, en el cual el promotor-vendedor no está liberado de su obligación con garantía en la hipoteca, pero puede exigir dicho pago al comprador que ya ha firmado la cláusula por la que se obliga a tal asunción de deuda, pudiendo dar lugar a la resolución del contrato en caso de incumplimiento, ante la situación de desventaja en que se puede encontrar el promotor-vendedor, de quedarse sin la vivienda y sujeto a la responsabilidad de la obligación con la entidad bancaria, la solución que impera será el establecimiento de una cláusula de resolución del contrato o condicionar la validez del negocio jurídico de la compraventa, al consentimiento a la subrogación por parte de la entidad bancaria.

De otro lado, en este mismo transcurso de tiempo, anterior a la aceptación por la entidad bancaria de la subrogación hipotecaria, el comprador de la vivienda se convertirá en tercer poseedor de la vivienda hipotecada, por tanto, si realiza algún pago a la entidad financiera, será considerado como un pago hecho por tercero, y no se habrá producido aún la liberación del promotor-vendedor en su obligación con garantía hipotecaria, por tanto, aquí el comprador de la vivienda se encontrará en el supuesto que regula el artículo 38³¹ de la LH entre otros. Con posterioridad

³⁰ Artículo 1281 CC: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas».

³¹ Artículo 38 LH : «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos. Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente, o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero. En caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos,

a la aceptación por la entidad bancaria de la subrogación hipotecaria, el comprador de la vivienda pasará a ser deudor principal de dicha obligación, quedando liberado el promotor-vendedor de la misma. El artículo 118 LH, no hace mención alguna a la posibilidad de insolvencia del nuevo deudor; el comprador de vivienda, con lo cual, dicha situación deberá ser regulada por los preceptos del Código Civil. Así, por ejemplo, esta insolvencia no supone la posibilidad de acción contra el antiguo deudor; el promotor-vendedor, salvo excepciones, según establece el artículo 1206³² del CC. En conclusión, para todo aquello que no prevé el artículo 118 LH, se aplicarán los artículos del Código Civil reguladores de la novación³³.

productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción de heredera del que aparece como dueño en el registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspende el procedimiento. Cuando se persigan bienes hipotecados que hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, se procederá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 134 y concordantes de esta Ley. Las mismas reglas se observarán cuando, después de efectuada en el Registro alguna anotación preventiva de las establecidas en los números segundo y tercero del artículo 42, pasaren los bienes anotados a un tercer poseedor».

³² Artículo 1206 CC: «La insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda».

³³ Artículos 1203 a 1213 CC