



UNIVERSIDAD DE GRANADA

PROGRAMA DE DOCTORADO: CIENCIAS JURIDICAS

**LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR EN LA
COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA**

MARIA CAROLINA HITTA FERNANDEZ

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autora: María Carolina Hita Fernández
ISBN: 978-84-9163-235-1
URI: <http://hdl.handle.net/10481/46943>

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

TESIS DOCTORAL:

**LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR EN LA
COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA**

DOCTORANDA: MARIA CAROLINA HITTA FERNANDEZ

DIRECTORA DE LA TESIS

DR. DÑA LAURA GAZQUEZ SERRANO

Mi agradecimiento a mi directora, por sus valiosas observaciones, apoyo y ánimo constante; a mi marido, a mis padres y, a toda mi familia por su ayuda y su generosidad infinita, a Marlena Danila, por cuidar de mis hijos, y a Javier y a Jesús por su alegría y cariño diario.

INDICE

ABREVIATURAS.....	11
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	15
1. Contexto histórico y actual.....	15
2. Justificación de la investigación.....	19
3. Objetivos de la investigación.....	21
4. Resumen.....	22
5. Metodología.....	24
CAPITULO II. LA NOCION DE CONSUMIDOR.....	27
1. Introducción.....	27
2. En el ámbito de la Unión Europea.....	28
2.1. En el Derecho Comunitario Europeo.....	29
2.2. En la jurisprudencia comunitaria.....	34
3. La evolución de la noción jurídica española de consumidor.....	38
4. El concepto de consumidor en los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda.....	43
CAPITULO III. EL CONCEPTO DE VIVIENDA.....	55
1. Concepto general de vivienda objeto de protección por la legislación de consumidores.....	55
2. Viviendas excluidas del objeto de protección.....	59
CAPITULO IV. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR CONTRATANTE A LA INFORMACION PREVIA AL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA.....	61
1. Orígenes.....	61
2. Regulación de la información como derecho básico.....	62
3. Fundamento del derecho de información.....	63
4. Características que debe revestir la información previa.....	64
5. Contenido.....	67
6. La facilitación de la información.....	85
7. Previsión de las Leyes Autonómicas, especial referencia al reglamento de Andalucía.....	86
8. Efectos y consecuencias del incumplimiento del deber de información por parte del empresario vendedor.....	89
CAPITULO V. LA PUBLICIDAD Y LA INTEGRACION DEL CONTRATO.....	95
1. Legislación aplicable.....	95
2. El principio de veracidad de la oferta, promoción y publicidad.....	98
3. Delimitación de los términos oferta promoción y publicidad.....	104

4. Integración publicitaria del contrato	106
5. Origen de la integración publicitaria del contrato	109
6. Fundamento de la integración de las declaraciones publicitarias	113
7. Contenido de la integración	115
8. Presupuestos de la integración	119
9. Consecuencias del incumplimiento.....	131
CAPITULO VI. LA ADQUISICION DE VIVIENDA EN PROYECTO O EN CONSTRUCCION.....	141
1. Formalización y naturaleza jurídica del contrato de compraventa de vivienda en proyecto o en construcción.....	141
2. Requisitos y documentación previa en la venta de viviendas en proyecto o en construcción.....	145
3. Garantías exigibles antes de la adquisición de la vivienda sobre plano	149
3.1. La publicidad y la información.....	150
3.2. Garantías sobre las cantidades anticipadas a cuenta del precio.....	153
4. Ejecución de las garantías sobre las cantidades anticipadas a cuenta del precio..	173
5. El incumplimiento de la obligación de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio	178
CAPITULO VII. EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA	187
1. Obligaciones del vendedor.....	187
1.1. El deber de información.....	187
1.2. Entrega de la titulación y de la documentación relacionada con la vivienda	188
1.3. Construcción, y entrega de la vivienda vendida	190
1.4. Otorgar escritura pública	197
1.5. Pago de impuestos y otros costes del contrato	200
2. Obligaciones del consumidor adquirente	202
2.1. Pago del precio	202
2.2. Pago de impuestos y otros costes.....	205
VIII. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS.....	207
1. Introducción.....	207
2. Supuestos que el TRLGDCU considera abusivos en todo caso.	208
3. Supuestos que el TRLGDCU considera abusivos en particular en la compraventa de vivienda.....	212
IX. PROTECCION DEL CONSUMIDOR EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA TRAS LA REFORMA OPERADA EN LA LAU CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 4/2013.....	217
1. Régimen jurídico aplicable a los contratos de arrendamiento de viviendas	218

2. La duración del contrato.....	223
2.1. Las prórrogas obligatorias para el arrendador y prorrogas tacitas.	224
2.2. La exclusión de la prórroga obligatoria por necesidad de la vivienda por parte del arrendador.....	227
2.3. El derecho de desistimiento del arrendatario	232
3. Efectos de la inscripción del contrato de arrendamiento de vivienda en el registro de la propiedad.....	236
3.1. La resolución del derecho del arrendador.....	237
3. 2. La enajenación de la vivienda arrendada.	240
4. Contenido del contrato de arrendamiento, derechos y obligaciones de las partes.	245
4.1. La renta	245
4.2. La fianza	257
4.3. Obras en la vivienda.....	263
4. 4. Derecho de adquisición preferente, tanteo y retracto	271
5. Suspensión, resolución y extinción del contrato	276
CAPITULO X. CONCLUSIONES.....	293
BIBLIOGRAFIA	301
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL POR CAPITULOS.....	315
DIRECCIONES DE INTERNET CONSULTADAS	325

ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial.
AC: Aranzadi Civil.
ap.: apartado.
AP: Audiencia Provincial.
aps: apartados.
Art.: Artículo.
BOE: Boletín Oficial del Estado.
BOJA: Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.
CC: Código Civil.
CCAA: Comunidades Autónomas.
CE: Constitución Española.
CEE: Comunidad Económica Europea.
Cfr.: confróntese.
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.
D A: Disposición adicional.
D F: Disposición final.
D Leg.: Decreto Legislativo.
D Ley: Decreto-Ley.
D: Decreto.
DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.
DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.
DOCE: Diario Oficial de la Comunidad Europea.
DOL: Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie «Legislación».
DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.
DT: Disposición transitoria.
Ed. Editorial.
EM: Exposición de Motivos.
IAJD: Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.
IBI: Impuesto de Bienes Inmuebles.
IGC. Índice de Garantía de la Competitividad.
IP: Impuesto sobre el Patrimonio.
IPC: Índice de Precios al Consumo.
IRPF: Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.
ITE: Inspección Técnica de Edificios.
ITP A JD: Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
ITP: Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.
IVA Impuesto sobre el Valor Añadido.
L: Ley.
LAU: Ley de Arrendamientos Urbanos.
LCD: Ley de Competencia Desleal.
LDC: Ley de Defensa de la Competencia.
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LGDCU: Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.
LH: Ley Hipotecaria.
LHL. Ley de Haciendas Locales.
LOE: Ley de Ordenación de la Edificación.
p./pp. : página/páginas.
P.ej. Por ejemplo.
RD: Real Decreto.
RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
R D Leg.: Real Decreto Legislativo.
RJ: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
ROJ: Número de identificación del Repertorio Oficial de Jurisprudencia (según la base del CENDOJ).
s./ss.: Siguierte/s.
Sala de lo C-A: Sala de lo Contencioso Administrativo.
SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial.
SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo.
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ: Sentencia del Tribunal de Justicia.
T. Tomo.
TCE: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 1957.
TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TR: Texto Refundido.
TRLGDCU: Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
UE: Unión Europea

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1. Contexto histórico y actual

La protección de los consumidores nació en la secuencia del famoso discurso del presidente estadounidense John F. Kennedy en el Congreso de 1962. Desde entonces ha venido ganando espacio en la doctrina jurídica, especialmente en los países más desarrollados. Cuando el consumidor compra o arrienda una vivienda a un empresario profesional del mercado inmobiliario,¹ el contrato que se suscribe es un contrato de consumo. La igualdad entre las partes de este contrato se ve afectada por la diferencia de poder económico, siendo abismal la asimetría de información y la diferencia de capacidad para imponer cláusulas en el contrato. La parte más débil de la relación contractual se hace merecedora de una protección especial. Este es el fundamento natural de la protección del consumidor, por el que se promulgan normas con el objetivo de disminuir esa desigualdad.

La vivienda es un bien de primera necesidad que cumple una función social. El acceso a la vivienda, tiene una importancia capital en la economía de todos los países desarrollados y, de modo muy particular, en España donde, por razones culturales y otras de diversa índole, la adquisición de viviendas en propiedad, ha constituido, desde hace mucho tiempo, uno de los principales ejes sobre los que gira la actividad económica.

La posibilidad de acceder a una vivienda, ya sea en propiedad o alquiler, es una actividad necesaria y de gran trascendencia en la vida del consumidor. Para facilitar dicho acceso se han venido desarrollando en España diferentes políticas tradicionalmente más orientadas al fomento de la propiedad que al del arriendo. Determinados factores de tipo sociopolítico, económico o jurídico, se han venido conjugando para dar como resultado un escaso desarrollo del mercado del alquiler.²

En este contexto no es extraño que el legislador, de entre los diversos bienes inmuebles susceptibles de adquirirse en el mercado, otorgue destacada atención y disponga una especial protección cuando de la vivienda se trata, pues el acceso a una vivienda digna y adecuada tiene reconocimiento constitucional en el Art. 47.1 de nuestra Constitución (en adelante, CE) que al sostener con gran solemnidad que “*todos*

¹ Promotor, constructor, administrador de fincas o agente inmobiliario. Incluso, una Entidad financiera.

² Entre otros, la orientación de la legislación de arrendamientos urbanos aprobada en el periodo anterior a la Constitución de 1978, el desarrollo de la vivienda protegida en propiedad, los incentivos fiscales y financieros otorgados a la compra de la vivienda principal, o, en fin, aunque no menos importante, la lentitud de los litigios en materia de arrendamientos, que, unida al perfil no profesionalizado de los arrendadores en España y su percepción del funcionamiento judicial, han inhibido la oferta de un mayor número de viviendas en el mercado de alquiler.

los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”,³ obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y al desarrollo legislativo pertinente para hacer efectivo este derecho.⁴ En su salvaguarda, está implicada la protección específica de los derechos de quienes, como consumidores, deciden la compra o el arrendamiento de una vivienda.

Para dar cumplimiento al mandato constitucional del Art. 51 de la CE,⁵ se aprobó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU),⁶ que se basaba en el criterio positivo de tratar al consumidor como destinatario final. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU),⁷ cumple con la previsión recogida en la D.F.5ª de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios,⁸ que habilita al Gobierno para que proceda a refundir en un único texto la LGDCU, y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

El RD Legislativo 1/2007 (en adelante, RD Leg.1/2007), llevo a cabo una reordenación de las previsiones de la derogada Ley 26/1984, en relación a dos cuestiones fundamentales en la fase previa de la contratación, esto es, el derecho de información del consumidor, y el alcance de la publicidad, cuestiones que por otro lado se concretan ya en el ámbito estricto de los contratos de compraventa y arrendamiento de viviendas en las previsiones del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (en adelante, RD 515/1989).⁹

La realidad económica y social actual, es totalmente diferente a la que se tuvo en cuenta por el legislador del RD Leg. 1/2007. La evolución del Sector de la vivienda ha ido por caminos mucho más rápidos que la legislación, lo que ha determinado importantes cambios normativos.

Entre ellos, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias,¹⁰ con el objetivo de transponer al derecho interno la Directiva

³ Parra Lucán, M. (2015, p.183) indica que: “La doctrina mayoritaria advierte que no se trata de un verdadero derecho subjetivo, sino de un principio rector de la política social y económica que exige a los poderes públicos que promuevan las condiciones necesarias y las normas pertinentes para hacerlo efectivo”. Cfr. Parra Lucan, M. (2015). "Contratación y vivienda en la crisis económica". En Acceso a la vivienda y contratación. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp.183-215.

⁴ BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.).

⁵ Del Art. 51 de la CE se desprende que los poderes públicos garantizaran la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces los legítimos intereses de los mismos.

⁶ BOE núm. 176 de 24 de Julio de 1984, páginas 21686 a 21691 (6 págs.).

⁷ BOE núm. 287 de 30 de Noviembre de 2007, páginas 49181 a 49215 (35 págs.).El TRLGDCU establece el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios y será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios. De tal manera que no puede hablarse de consumidor cuando el contrato de compraventa o arrendamiento de la vivienda tiene lugar entre particulares.

⁸BOE núm. 312 de 30 de Diciembre de 2006, páginas 46601 a 46611 (11 págs.).

⁹ BOE núm. 117 de 17 de Mayo de 1989, páginas 14506 a 14508 (3 págs.).

¹⁰BOE núm. 76 de 28 de Marzo de 2014, páginas 26967 a 27004 (38 págs.).

2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, supuso una de las transformaciones más significativas del contenido del TRLGDCU, y aunque no modifica un gran número de artículos, efectúa cambios sobre aspectos que hoy por hoy son fundamentales, como el concepto legal de consumidor, que se extiende a personas físicas o jurídicas, y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Ampliando la información precontractual que, por ley, el empresario tendrá que facilitar a los consumidores y usuarios, en general y, en particular, cuando formalicen contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil.¹¹

Otro cambio importante ha sido la entrada en vigor, el día 1 de enero de 2016, de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras,¹² cuya DF 3ª, da una nueva redacción a la DA1ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE),¹³ sobre la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción de viviendas.¹⁴ Derogando la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.¹⁵

Esta nueva regulación, es de suma importancia, porque en algunas ocasiones, sobre todo en los tiempos del boom inmobiliario, ha sido frecuente, y en la actualidad continua siendo normal, que el promotor¹⁶ que se dispone a construir viviendas las ponga a la venta en proyecto, cuando no han comenzado a construirse, o en construcción, cuando aún no están terminadas, tratando de buscar a consumidores que suelen entregar una cantidad inicial de dinero a cuenta del precio final de la vivienda, comprometiéndose a realizar una serie de entregas adicionales y completar el pago del precio a la entrega de llaves, que se producirá años después.

En la compraventa de vivienda sobre plano, el hecho de que en definitiva, sea el consumidor quien financia la construcción de la vivienda sin estar en posesión de la misma, y que su propiedad no se le transfiera hasta su terminación, exponen al consumidor adquirente, durante el largo periodo en el que la construcción se prolonga, a una serie de riesgos.

Con el objetivo de prevenir el riesgo de que el promotor no destinase las cantidades anticipadas a la construcción de la vivienda, o bien esta no llegase a iniciarse, o no se concluyera en la fecha convenida, se promulgo la ya derogada Ley 57/1968, que implanto un sistema de garantías pionero, antes de la CE, en la protección de los consumidores de viviendas, que fue seguido por la DA 1ª de la LOE. Y, tan solo hace dos años escasos, con la intención de dotar “*de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor*”, se promulgo la mencionada Ley 20/2015.

¹¹ Entre las principales modificaciones de carácter legal necesarias para transponer la directiva, podemos también señalar la ampliación del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, a catorce días naturales.

¹² BOE núm. 168, de 15 de julio de 2015, páginas 58455 a 58611 (157 págs.).

¹³ BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999, páginas 38925 a 38934 (10 págs.).

¹⁴ Ap. Uno 1. a) de la DA 1ª de la LOE “*Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción*” redactada por el ap. Dos de la DF 3ª de la Ley 20/2015.

¹⁵ BOE núm. 181, de 29 de julio de 1968, páginas 11091 a 11092 (2 págs.).

¹⁶ La figura del promotor, definida en el Art. 9.1 de la LOE, se identifica con la figura de empresario o profesional de Art. 4 del TRLGDCU dedicado a la construcción, promoción y venta de viviendas.

Con respecto al arrendamiento de viviendas, todos los gobiernos españoles han pretendido incentivar el alquiler de las mismas, fomentando el crecimiento de éste mercado a través de su flexibilización. Esta fue la principal finalidad de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos¹⁷ (en adelante, LAU),¹⁸ pero las medidas adoptadas por ella se vieron ineficaces ante ciertos aspectos propios de la situación del mercado de la vivienda, como son la insuficiente oferta de viviendas en alquiler en España, el elevado precio del alquiler, y las dificultades de resolución del contrato en el caso de incumplimiento por el arrendatario, fundamentalmente en caso del impago del alquiler.

Por ello, en el año 2013, el legislador español vuelve a acometer este objetivo, con dos novedades legislativas que pretenden dar solución a la realidad social que se vivía en España en torno a la vivienda. Por un lado, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social,¹⁹ (modificada por el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo),²⁰ pretende dar respuesta a los problemas derivados de la morosidad hipotecaria como consecuencia de la concesión abusiva de créditos hipotecarios. Y, por otro lado, el legislador español aprobó mediante la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de vivienda, una reforma de la legislación de arrendamiento de vivienda.²¹

Como indica su nombre, y dice su preámbulo, la Ley 4/2013, nació con el objetivo fundamental de *"flexibilizar el mercado del alquiler de vivienda para lograr la necesaria dinamización del mismo"*. El legislador, al constatar que el porcentaje de consumidores que accedía a una vivienda a través de un contrato de arrendamiento estaba muy por debajo de la media europea, consideró que el mercado inmobiliario español poseía una alta tasa de propiedad y un débil mercado del alquiler, que esto situaba a España como el país europeo con mayor índice de vivienda por cada habitante, y también como uno de los que poseía menor parque de viviendas en alquiler, y ello a su entender reducía la movilidad de los trabajadores y provocaba que hubiera muchas viviendas en propiedad, vacías y sin ningún uso. Llegando a la convicción de que en nuestro país el alquiler de vivienda no ha sido una alternativa eficaz y válida frente al mercado de la propiedad, puesto que, o bien la oferta de viviendas en alquiler ha sido insuficiente, o bien no ha sido competitiva por estar sujeta a rentas muy elevadas.

¹⁷BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994, páginas 36129 a 36146 (18 págs.).

¹⁸ Según el Preámbulo de la LAU, su finalidad última es la de *"coadyuvar a potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos como pieza básica de una política de vivienda orientada por el mandato constitucional consagrado en el artículo 47, de reconocimiento del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada"*.

¹⁹ BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013, páginas 36373 a 36398 (26 págs.).

²⁰ BOE núm. 66, de 18 de marzo de 2017, páginas 19786 a 19790 (5 págs.). Mediante la aprobación del Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, se amplía el ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad, se amplía la aplicación de la suspensión de lanzamiento y se establecen mecanismos de alquiler en favor de los deudores ejecutados sobre los inmuebles cuyo lanzamiento sea objeto de suspensión.

²¹ BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013, páginas 42244 a 42256 (13 págs.).

La actualización de la renta, fue objeto de modificación por la Ley 4/2013 y, por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española,²² que suprime para los alquileres de vivienda la actualización de la renta por imperativo legal y la aplicación del Índice de Precios al Consumo (en adelante, IPC), para dar paso al Índice de Garantía de la Competitividad (en adelante, IGC).

La situación actual, es paradójica. A pesar, de la falta de estadísticas oficiales suficientemente actualizadas, podemos decir que tras casi cuatro años desde que se promulgo la Ley 4/2013, España continua por debajo de aquella media, el mercado de arrendamiento de vivienda no se encontraba profesionalizado, y no ha experimentado un desarrollo sustancial.²³ Además, por un lado, existe un stock importante de viviendas que no se venden,²⁴ pero al mismo tiempo, los problemas de financiación impiden al consumidor adquirirla en propiedad, dadas las restricciones del mercado hipotecario. Los consumidores de vivienda puedan encontrar viviendas para comprar o arrendar a precios más económicos, y pueden, incluso, negociar con los profesionales inmobiliarios.

Sin embargo, el panorama futuro es incierto, el exceso de viviendas construidas ha ido a parar a manos de las entidades financieras y de crédito, que con numerosas promociones en su haber, tienen en sus manos muchas viviendas vacías, convirtiéndose en los futuros proveedores de vivienda. A su vez, estas entidades son las que controlan las condiciones de concesión de los préstamos hipotecarios. El fomento del mercado del alquiler se debería haber hecho a consta de éstos últimos, y no a consta de los consumidores. A ello, hay que añadir, que nos encontramos con un buen número de arrendadores, que viven de las rentas que les proporciona el alquiler de una vivienda transmitida por herencia, o adquirida en tiempos de bonanza.

2. Justificación de la investigación

En la actualidad, la globalización y masificación de los mercados, así como el desarrollo tecnológico y la crisis en el sector inmobiliario, han puesto de manifiesto que el consumidor de vivienda se encuentra continuamente ante mensajes comerciales cada vez más agresivos, que promueven la contratación de la misma utilizando los más diversos medios y formatos. Tales comunicaciones comerciales, incluida la publicidad, se sitúan en el origen del iter contractual. En base a sus contenidos, los consumidores seleccionan unas ofertas frente a otras, y proceden a la contratación de la vivienda publicitada. Por ello, nuestro ordenamiento jurídico, con el propósito de proteger al consumidor y evitar que los contenidos publicitarios le puedan inducir a error, se ha venido ocupando de los derechos y garantías de quienes aspiran a la adquisición o arrendamiento de una vivienda, desde el momento de un primer acercamiento con el empresario.

La característica fundamental del TRLGDCU, con la que trata de satisfacer el principio constitucional de protección de los derechos e intereses de los consumidores, es que contempla la relación jurídica entre empresario y consumidor en su totalidad, y al

²²BOE núm. 77 de 31 de Marzo de 2015, páginas 27244 a 27258 (15 págs.).

²³ www.registradores.org/estadisticas_registrales.jsp

²⁴ <http://www.fomento.es>

contrato como un todo unitario. Por eso, esta investigación presta atención a los derechos y garantías de quienes aspiran al acceso a la vivienda, desde el primer acercamiento con el empresario, antes de la toma de decisiones por parte del consumidor. Pues lo que acontezca en esta fase previa a la contratación, servirá para conformar el consentimiento del consumidor, y evitar controversias en la perfección, y desarrollo del contrato.

Superada esa fase, y a la hora de concluir el contrato, la enorme complejidad técnica, que continúa presentando para el consumidor medio el contenido de los contratos de compraventa y arrendamiento, que celebra con el profesional inmobiliario para satisfacer la necesidad permanente de vivienda. Y, el hecho, de que muchas veces se vea compelido a su firma, confiando en la publicidad, sin contar con una información imparcial y transparente, ni con el debido asesoramiento, sobre todo cuando anticipa cantidades a cuenta del precio de la vivienda en proyecto o durante su construcción, estando en una situación de desigualdad y, en inferioridad respecto del empresario que cuenta, no solo con más información respecto de la vivienda objeto del contrato, sino también respecto de las prescripciones técnicas, cláusulas y demás extremos de los contratos de compraventa o arrendamiento que están negociando, son unas de las razones que sirven de motivación para realizar esta investigación, pues los efectos de estos contratos, tendrán repercusiones en la esfera personal y patrimonial del consumidor a corto y largo plazo.

La Ley, partiendo de la innegable realidad de la frecuencia con la que los empresarios y profesionales inmobiliarios usan los denominados contratos de adhesión, constituidos por cláusulas que no son negociadas individualmente, prohíbe las denominadas cláusulas abusivas.

Cuando el consumidor accede a la vivienda, la realidad nos demuestra que, pese al enorme esfuerzo que le ha supuesto llegar a ese momento, es relativamente frecuente la presencia de discrepancias entre la vivienda ofertada en la publicidad, y la que después se entrega al consumidor.

Por todo ello, la relevancia de los problemas que se presentan al consumidor cuando accede a la vivienda a través de su adquisición o arriendo, justifican con creces por sí solos, la necesidad de su estudio en ésta investigación. Porque la compra y el arrendamiento de una vivienda, no son sólo contratos frecuentes, habituales en nuestras vidas, y aspiración primaria de muchos, sino de importancia capital en cuanto afectan a un bien que no sólo se vincula a la forma y calidad de vida, de nuestra vida íntima y cotidiana, sino que además, y para muchas personas, supone la adquisición de un bien que constituirá el grueso de su patrimonio.

Que estamos ante una materia de especial importancia a la que el consumidor es, de una parte, particularmente sensible, y, de otra víctima frecuente de abusos, lo demuestra la situación de emergencia social provocada por verdaderos dramas humanos que han llegado a que sea el propio derecho a la vida, el que se haya truncado como consecuencia de los desahucios decretados sobre la vivienda habitual.

El mecanismo más efectivo con el que cuentan los consumidores para quedar protegidos son, el conjunto de normas que están concebidas como un instrumento para su protección. Normas que pueden ser alegadas directamente ante los tribunales de

justicia, de ahí, que resulte de gran utilidad conocerlas en esta investigación. Sin embargo, dado que la crisis que ha golpeado a España y los problemas asociados a la burbuja inmobiliaria, han cambiado en pocos años el marco normativo en el que se movían estos consumidores, provocando una disminución de su nivel de protección. Cuando, a su vez, las recientes turbulencias económicas y financieras, han puesto de manifiesto la importancia de garantizar la protección del consumidor de vivienda de manera efectiva en todos los ámbitos de la sociedad, son otras de las razones que justifican el objeto de ésta investigación, tratando de ser oportuna para poner al día, de las constantes modificaciones legislativas que han tenido lugar en los últimos años, al consumidor que pretenda acceder a la vivienda a través de su adquisición o su arriendo.

3. Objetivos de la investigación

El título de la tesis refleja el objeto de éste trabajo, si bien, hay que matizar que aunque son posibles otras fórmulas jurídicas (como el arrendamiento con opción de compra o el derecho de superficie) para acceder a la vivienda, nos centramos en la compraventa y en el arrendamiento, al ser éstos los dos contratos más utilizados en España.

Un tratamiento integral y tendencialmente completo de la protección jurídica del consumidor en estos contratos, exigiría una extensión que desborda las posibilidades de esta investigación, que es de carácter civil. En ella, nos centramos en el análisis de las medidas encaminadas a la protección del consumidor de vivienda, tanto en la fase precontractual, como en la fase de perfección de estos contratos.

En éste contexto, la presente investigación tiene como objetivo, conocer si las modificaciones legislativas operadas en el TRLGDCU, en la DA 1ª de la LOE, y en la LAU, han conseguido sus objetivos. Si tras la publicación de la Ley 3/2014, de la Ley 20/2015, de la Ley 4/2013, y por último de la Ley 2/2015, el consumidor está protegido de forma eficaz, válida, y suficiente, cuando se propone acceder a una vivienda, tanto a través de su adquisición como de su arrendamiento. Y, si estos cambios legislativos le proporcionan más seguridad jurídica, y si en definitiva, le benefician.

Para ello, se ha considerado conveniente considerar los siguientes objetivos específicos:

Delimitar el concepto de consumidor en el Derecho Comunitario Europeo y en la jurisprudencia que lo interpreta. Identificar la noción concreta de consumidor o usuario en nuestro Derecho interno, y en particular en los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda, esto es, el comprador y el arrendatario (llamado también en adelante, inquilino) de cuya protección tratamos en la investigación.

Delimitar el ámbito material de la investigación, identificando la vivienda a la que se pueden aplicar las normas protectoras del consumidor.

Conocer las características y el contenido del derecho a la información previa en los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda, que el empresario debe facilitar al consumidor.

Abordar el estudio del contenido del conjunto de normas que están concebidas, como un instrumento para proteger a los consumidores frente a la publicidad. Examinando el alcance de la oferta, promoción, y publicidad con genuinos contenidos informativos. El contenido, y los presupuestos necesarios para aplicar la integración de la publicidad en el contrato de compraventa y arrendamiento de vivienda. Y, el incumplimiento de la integración publicitaria del contrato por parte del empresario.

Analizar el sistema de las actuales garantías de que dispone el consumidor que adquiere una vivienda sobre plano, en proyecto o en construcción, cuando anticipa cantidades de dinero al promotor, a cuenta del precio final de la misma.

Conocer el contenido del contrato de compraventa de vivienda, para saber a qué está obligado el empresario y el consumidor. Y, las cláusulas que son abusivas.

Y por último, estudiar los cambios que introduce la Ley 4/2013 en el régimen que se venía aplicando la LAU, a los contratos de arrendamientos de vivienda.

4. Resumen

No es posible, en éste capítulo I, dedicado a la introducción de la investigación, comentar la gran cantidad de aspectos que se han reunido en la misma, por lo que se hace necesario realizar un resumen de los más relevantes tratados en los distintos capítulos en los que se estructura este trabajo.

En el segundo capítulo, la existencia de una definición uniforme de consumidor en las Directivas y Reglamentos de la Unión Europea (en adelante, UE), así como el nuevo concepto legal que ofrece el Art. 3 del TRLGDCU, nos ha permitido realizar un examen de los aspectos más controvertidos que presentaba la noción de consumidor, para saber si tras la reforma operada por la Ley 3/2014 se han resuelto.

Identificado el ámbito subjetivo de esta investigación. En el tercer capítulo, se delimita el ámbito de aplicación objetivo de la misma. Es decir, la vivienda que es objeto de protección por la legislación de consumidores.

En el cuarto capítulo, se pone de manifiesto, como el derecho del consumidor a la información sobre la vivienda, con la correlativa obligación del empresario, existe antes incluso de la celebración del contrato, puesto que existe un deber de lealtad en la información que ofrece el empresario en su actividad de oferta, promoción y publicidad de la vivienda. De modo que puede hablarse de información precontractual. Analizando, en éste capítulo sus características y contenido, a la luz de la reforma operada por la Ley 3/2014 en el Art. 60 del TRLGDCU. Teniendo en cuenta que en la Comunidad autónoma de Andalucía, para garantizar la correcta información al consumidor, contamos con el Decreto 218/2005, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas (en adelante, Reglamento de información).²⁵ Analizando, por último, los efectos y consecuencias del incumplimiento del deber de información.

²⁵BOJA núm. 217 de 7 de Noviembre de 2005. Dictado en cumplimiento del Art. 16.a) de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, según el cual

De las distintas facetas o vertientes en que se manifiesta la protección legal de los intereses de los consumidores y usuarios, es particularmente relevante la incorporación del contenido de la *"oferta, promoción o publicidad"* con genuino contenido informativo al contrato. Es decir, lo que se conoce como la *"integración publicitaria del contrato"*, regulada en el Art. 61 del TRLGDCU, y que será objeto de estudio del capítulo quinto. Analizando en éste, el principio de veracidad, para a continuación delimitar, aquellos términos, y profundizar en el principio de integración publicitaria del contrato, estudiando su origen, fundamento, contenido y los presupuestos que exige su aplicación, junto con la excepción al mismo, cuando el contrato contenga cláusulas más beneficiosas que aquellas. Y, por último, se estudian las consecuencias de su incumplimiento. Teniendo en cuenta, las soluciones aportadas por la doctrina y la jurisprudencia.

En el capítulo sexto, nos ocupamos de los numerosos problemas que se presentan al consumidor que al adquirir una vivienda sobre plano, en proyecto o en construcción, anticipa cantidades de dinero a cuenta del precio al promotor. Describiendo la formación y naturaleza jurídica de éste complejo contrato y, las garantías que pueden exigirse antes de adquirir la vivienda, con especial referencia a las garantías sobre las cantidades anticipadas tras la modificación operada por la DF 3ª de la Ley 20/2015, en la DA 1ª de la LOE. Analizando, el seguro de caución y el aval solidario. Para terminar, ahondando en la ejecución de estas garantías, y en las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley, tanto al promotor, como a las entidades aseguradoras, y de crédito.

Superada esa fase precontractual, y a la hora de concluir el contrato, la enorme complejidad que presenta para un consumidor medio el contrato de compraventa de vivienda, justifica que en el capítulo séptimo, nos ocupemos de su contenido, analizando entre otras, la obligación principal del vendedor de entregar la vivienda objeto del contrato de compraventa, y la correlativa obligación del consumidor de pagar el precio convenido, impuestos y otros costes del contrato. Además de la facultad de compelerse a otorgar escritura pública. Y, de los incumplimientos que darían lugar a la resolución del contrato.

En el capítulo octavo, siguiendo la estructura establecida en el TRLGDCU, se exponen las cláusulas abusivas más habituales en los contratos de compraventa de vivienda. Destacando, opiniones doctrinales, y las últimas sentencias que nos han parecido más llamativas. Se parte, de las cláusulas, que el Art.82. 4 del TRLGDCU establece que son abusivas en todo caso, conforme a lo dispuesto en los Arts. 85 a 90. Es decir, las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor, impliquen falta de reciprocidad contraria a la buena fe en perjuicio del consumidor, impongan al consumidor garantías desproporcionadas, o le impongan indebidamente la carga de la prueba. Para estudiar, a continuación, las que imponen al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. Y, en último, lugar, las cláusulas, que en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas en el contrato de compraventa de viviendas.

las Administraciones adoptarán medidas eficaces dirigidas a *"facilitar a los consumidores toda clase de información sobre la construcción de viviendas"*. BOJA núm. 251 de 31 de Diciembre de 2003.

En el capítulo noveno, se analizan las reformas que introdujo la Ley 4/2013 en la LAU de 1994, sus consecuencias, principales efectos, y trascendencia para el consumidor en el régimen jurídico aplicable y, la duración del contrato. Estudiando, a continuación, los efectos de la inscripción del contrato de arrendamiento de vivienda en el Registro de la Propiedad, y el contenido del contrato, en especial la renta, la fianza y las obras en la vivienda. Para terminar, con los derechos de adquisición preferente, la suspensión, resolución, y extinción del contrato.

Y, por último, a la vista de todo lo anterior y para finalizar ésta investigación, se incluye un capítulo decimo, en el que se exponen las conclusiones y resultados extraídos tras el estudio efectuado, en el que realizamos un análisis crítico de las reformas legislativas expuestas en ésta investigación.

5. Metodología

La elección del método a emplear, es decir, de los procedimientos intelectuales, de los criterios aplicables a la investigación e interpretación del Derecho, está íntimamente relacionada con la concepción que de éste se tenga en cada momento histórico y puede condicionar el resultado.

A este respecto, históricamente se han diferenciado tres concepciones metodológicas: Una, llamada filosófica, que concede prioridad al Derecho Natural; otra concepción positivista o normativista, que prescinde de la Justicia e identifica al Derecho, con el conjunto normativo establecido por el Estado a través de sus fuentes formales, y, por último, una concepción histórica-sociológica-realista, que no se detiene en el positivismo, sino que prima el estudio de la realidad social.

De esta manera, el Derecho no tiene su única fuente en la Ley, ni esta puede moldear a su antojo la vida social, ni, en último término, puede ser interpretada y aplicada haciendo abstracción de las necesidades y exigencias para las que ha sido dictada. No puede desconocerse la tensión entre la norma y lo que ofrece la experiencia, ni la actitud crítica que debe adoptarse, pues con ello, el jurista contribuye a la tarea de la reforma legislativa.

Y el método de análisis no puede ser otro, que la búsqueda de la respuesta ofrecida por nuestro legislador, en los distintos textos normativos que, desde una perspectiva u otra, regulan los distintos aspectos de la protección del consumidor en los complejos contratos de compraventa y arrendamiento, especialmente si los analizamos desde la perspectiva que nos ofrece considerarlos como un acto de consumo.

De igual manera, para poder conocer el sentido de las normas, a fin de realizar una correcta y adecuada interpretación de las mismas, analizamos su evolución, comparando los textos vigentes con sus antecedentes más cercanos, como método que nos permita una correcta interpretación, merced a lo dispuesto por el Art. 3 CC.

Asimismo, analizamos la legislación de las comunidades autónomas, centrandolo el análisis en la Comunidad de Andalucía que, siendo la nuestra, destaca tradicionalmente por su vinculación con este sector.

También utilizaremos el método del Derecho comparado, atendiendo a la legislación existente a nivel internacional. Como método que nos permite analizar la solución dada por nuestro ordenamiento, comparándola con la ofrecida por el Derecho Comunitario Europeo. A este respecto, más que un análisis generalista, trataremos de ofrecer la solución concreta que los Reglamentos y Directivas de la UE, ofrecen al problema que se nos plantea.

Por otra parte, la Jurisprudencia, es un elemento indispensable para analizar la solución ofrecida por los distintos Juzgados y Tribunales, a los problemas prácticos que presenta el objeto de estudio. Y, esta será ampliamente analizada en nuestro trabajo, teniendo en cuenta no sólo los considerandos, en la medida en que sirven para apoyar una teoría, sino los hechos que motivaron la aplicación de la norma, y la labor interpretativa llevada a cabo por los Tribunales, especialmente por las Audiencias Provinciales, que han sido las que muchas veces han resuelto cuestiones que analizaremos, poniendo de manifiesto las distintas tendencias jurisprudenciales existentes, que avanzan con el paso del tiempo, llegando a estar puntualmente enfrentadas, alcanzando posturas antagónicas, lo que hace más interesante, si cabe, el estudio de esta materia.

Así, prestamos atención a las resoluciones judiciales (tanto de nuestro Tribunal Supremo como de nuestras Audiencias Provinciales) que, desde diversos ámbitos, se han dictado y han ido perfilando diversas facetas de la protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de vivienda. Por último, todo trabajo de investigación exige una amplia documentación. Es necesario tener en cuenta los trabajos existentes, tanto para evitar esfuerzos innecesarios, como para confrontar las ideas ajenas con la solidez de las propias.

Y, en este sentido, si es que fuera posible concebir una separación entre teoría y práctica, nos centraremos en los diversos autores que, desde distintas posiciones, han analizado, a veces de manera transversal, las diferentes cuestiones que nos surgen durante el análisis. Autores, tanto de origen nacional como de fuera de nuestras fronteras, que aportan al trabajo un elemento enriquecedor del análisis que se pretende.

Sin más, concluyo esta presentación, remarcando la importancia de una materia tan básica como es el acceso a la vivienda, en la que el jurista tiene por delante una enorme tarea que realizar para poner orden y contribuir a la seguridad jurídica y protección del consumidor.

CAPITULO II. LA NOCION DE CONSUMIDOR

1. Introducción

Con carácter general, Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2005, p.20) distingue dos nociones diferentes de consumidor, una noción concreta utilizada por el legislador para atribuir al consumidor los derechos que individualmente pueda ejercitar y, otra noción abstracta, según la cual son consumidores *"todos los ciudadanos en cuanto aspiran a una adecuada calidad de vida"*.²⁶ Esta noción abstracta, adecuada para expresar programas políticos de actuación encuentra sus orígenes en la Resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea (en adelante, CEE), de fecha 14 de abril de 1975, relativa a un Programa Preliminar de la CEE para una política de protección y de información de los consumidores.²⁷

Frente a la noción abstracta de consumidor, el anterior autor (2005, p.27) señala que: *"existen diferentes nociones de consumidor en sentido concreto, dependiendo de la norma en la que esa noción esté integrada y muy particularmente de la finalidad de la misma"*. De este modo, si *"el ámbito de protección que se pretende es distinto en las diversas leyes, también puede variar la noción legal del consumidor que se establezca en cada una de ellas"*.²⁸

El Derecho Estatal Español sobre protección de los consumidores, se caracteriza por la existencia de una ley general, el TRLGDCU, y de varias leyes específicas que protegen al consumidor en determinados aspectos, leyes que normalmente son dictadas con el fin de incorporar al derecho interno una Directiva comunitaria.

En este capítulo, se pretende poner en relación la noción de consumidor dada en el Derecho Comunitario Europeo y la jurisprudencia que lo interpreta, con la transformación del concepto de consumidor recogido en el Art. 3 del TRLGDCU, cuya última reforma, operada por la Ley 3/2014 pretende aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada.

Dada la existencia de una definición bastante uniforme de consumidor que, en la actualidad coincide, a salvo de algunos matices importantes, en todas estas normas,

²⁶ Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2005) "El concepto de consumidor", en *Hacia un Código del Consumidor*, (Dir. A. Azparren Lucas, A), Manuales de Formación Continuada, núm. 34, Madrid, pp. 17-38.

²⁷ La Resolución declara en su núm. 3: *"En lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor."* eur-lex.europa.eu › EUROPA › EU law and publications.

²⁸ Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2005). "El concepto de consumidor".

europas y nacionales, resulta oportuno efectuar un análisis crítico de las cuestiones comunes más controvertidas que se desprenden de su tenor literal, para saber si se han resuelto los problemas que presentaban los actos mixtos, las personas jurídicas, el requisito de la falta de ánimo de lucro y, la carga de la prueba de la condición de consumidor.

2. En el ámbito de la Unión Europea

En los Tratados fundacionales de las tres Comunidades no se abordaba de modo expreso la protección del consumidor. Pero pronto se percibiría que la presencia de los consumidores podía ser necesaria para la construcción de una Europa económicamente saneada. Así en 1962, se aprueba la creación del Comité de contacto con los consumidores de la Comunidad Europea.

Tras la Conferencia de París de 1972 de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países fundadores, se encomendaba a la Comisión un programa de protección de los consumidores. Un año más tarde, como fruto de este encargo, la Comisión decide crear el Comité Consultivo de los Consumidores.²⁹ En 1973, se aprobó la Carta Europea de protección de los consumidores, que como indica Sosa Olán, H. (2016) fue el primer documento que reconoció los derechos de los consumidores, partiendo de un concepto abstracto de consumidor.³⁰

Tras el Programa Preliminar de la CEE, para una política de protección e información de los consumidores,³¹ aprobado por Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, surge la primera interpretación que equipara consumidor con el término "ciudadano". Sin embargo, esta corriente, fue alejándose progresivamente del prisma utilizado por el legislador comunitario para desarrollar la política protectora de los consumidores y usuarios.

A la espera de una aplazada Constitución Jurídica Europea, la UE se dotó de una Carta de Derechos Fundamentales, publicada el día 26 de octubre de 2012 en el DOUE. La razón de traerla a estas líneas es recordar que su Art. 38 reconoce la protección de los consumidores, pretendiendo reforzarla a la vista de la evolución de la sociedad, el progreso y los avances tecnológicos y científicos.³²

En la normativa de la UE, lo primero que llama la atención es que no existe una definición única de consumidor. Sin embargo, de conformidad con Palao Moreno, G.

²⁹ Sustituido por el "Grupo consultivo europeo de los consumidores" creado por la Decisión 2003/709/CE de la Comisión, de 9 de octubre de 2003, al que poder consultar cualquier problema relacionado con la protección de los consumidores en la UE. eur-lex.europa.eu › EUROPA › EU law and publications.

³⁰ Cfr. Sosa Olán, H. (2016) "El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español." *Ars Boni et Aequi*. Vol. 11, nº.2, pp. 167-201.

³¹ DOCE, núm. C 092, de 25 abril 1975.

³² De cuyo estudio se ocupa Orozco Pardo, G. y, Moreno Navarrete, M.A. (2012). "Artículo 38: Protección de los consumidores". En *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Dirección Monereo Perez, JL y Monereo Atienza, C. Granada, Comares, pp. 1077-1098.

(2004, p.73) esto "no significa una total despreocupación por parte del legislador comunitario,"³³ sino que tales aproximaciones, como veremos, han tenido un carácter puntual con relación a cada texto (Reglamentos y Directivas que dan una definición del mismo). Por ello, a continuación se analiza éste concepto en el Derecho material comunitario y la interpretación que del mismo ha hecho el TJCE (en la actualidad TJUE) ayudando a través de su jurisprudencia a decantar el concepto de consumidor.

2.1. En el Derecho Comunitario Europeo

El Tratado de Roma de 25 marzo 1957, constitutivo de la CEE, no alude de manera directa a los consumidores, ni establece medidas de protección específicas para ellos, no obstante, varias disposiciones de índole comunitaria han involucrado definiciones de consumidor.³⁴

La primera norma que se refirió a éste concepto fue el Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,³⁵ que en su Art. 13.1 lo define como una persona que celebra un contrato, "*para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional*".

El Reglamento (CE) núm. 44/2001, relativo a la misma materia,³⁶ conocido como Reglamento de Bruselas I, introduce en su Art. 15.1, como ya hizo el Convenio (en sus Arts. 13 y 14) una regla de competencia especial para "*contratos celebrados por el consumidor*" que justifica en su Considerando núm. 13 en la necesidad "*de proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a su intereses de lo que disponen las reglas generales*". Para este Reglamento es "*consumidor*" la persona que adquiere bienes o servicios "*para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional*".

El día 10 de enero de 2015 entro en vigor el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo,³⁷ que representa, según De Miguel Ascensio, P., (2013, p. 3) "*un eslabón más en el proceso puesto en marcha hace casi medio siglo con el Convenio de Bruselas*".³⁸ En él se establecen reglas especiales de competencia judicial internacional para los litigios derivados de las relaciones contractuales con consumidores. De conformidad con Carrizo Aguado, D. (2016), esté Reglamento, reequilibra la posición de asimetría entre las partes intervinientes (profesional-consumidor) "*permitiendo al consumidor que ejerza sus derechos procesales bien ante*

³³ Cfr. Palao Moreno, G. (2005). "La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo", en Reyes López, M.J. (coord.) *Derecho privado de Consumo*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, pp. 73-94.

³⁴ eur-lex.europa.eu > EUROPA > EU law and publications.

³⁵ DOUE núm. 339, de 21 de diciembre de 2007.

³⁶ DOUE núm. 12, de 16 de enero de 2001. Es el instrumento comunitario que vino a sustituir en los distintos Estados miembros con la excepción de Dinamarca, al Convenio de Bruselas, y que entró en vigor a partir del 1 de marzo de 2002, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea (en adelante, DOCE) núm. L 12, de 16 de enero de 2001.

³⁷ DOUE, 351 L, 20 de diciembre de 2012.

³⁸ Cfr. De Miguel Ascensio, P. A. (2013). "El nuevo reglamento judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones", *La Ley*. Vol. 34, núm. 8013, pp. 1-19.

los tribunales de su propio domicilio o bien ante los tribunales del domicilio del profesional".³⁹

El Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales,⁴⁰ dispone en su Art. 5.1º que se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes al consumidor, "*para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional*".

Con iguales términos, en el ámbito del derecho derivado comunitario las Directivas de protección de los consumidores se han ocupado de la definición del mismo, en ellas se establece en general, salvo en la Directiva 90/314 y, en la Directiva 85/374, como indica Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015, p.58), una consolidada noción de consumidor como "*persona física*"⁴¹ que "*actúa al margen o con un propósito ajeno a su actividad profesional*".⁴²

Esta noción comunitaria de consumidor fue adoptada por el "*concepto general de consumidor y de usuario*", que recogía el Art. 3 del RD Leg. 1/2007 y, que procedía como indica Cámara Lapuente, S. (2011, p.85) de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refundían en él y, también de las definiciones contenidas en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición quedaron "*marginadas*"⁴³ y, continúan siéndolo por el nuevo concepto dado por la Ley 3/2014.

Entre las Directivas cuya transposición quedo refundida podemos citar, la Directiva 85/577/CEE, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (Art. 2.1), la Directiva 87/102/CEE, sobre crédito al consumo (Art. 1.2.a), la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Art.2.b), la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en los contratos a distancia (Art.2.2), la Directiva 99/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (Art. 1.2.a), la Directiva 2000/31/CE, sobre los servicios de la sociedad de la información y, en particular, el comercio electrónico (Art. 2.e), la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo, por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (Art. 3.a), la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre d 2011 (Art. 2.1), sobre derechos de los consumidores (en adelante, la Directiva 2011/83/UE), por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre cláusulas abusivas, y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la venta y la garantía de bienes de consumo, y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo, referente a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los contratos celebrados a distancia. Y,

³⁹ Cfr. Carrizo Aguado, D. (2016). "La relación de causalidad como indicio justificativo de la «actividad dirigida» en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil". *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 8, nº 1, pp. 301-317.

⁴⁰ DO nº L 266 de 9 de octubre 1980 pp. 1-19.

⁴¹ Excluye a las personas jurídicas como objeto de protección.

⁴² Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015) *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, (Real Decreto legislativo 1/2007). Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 2560.

⁴³ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011) "El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos y no resueltos", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, nº 1, pp. 84-117.

por último, la Directiva 2014/17/UE (Art. 4.1), sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE, y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010.

Coincidiendo las anteriores Directivas en que consumidor es "*toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*", con ligeras variantes de redacción entre ellas: "*un uso*" (Directiva 85/577/CEE) versus "*un propósito*" (Directiva 93/13/CEE, Directiva 97/7/CE, Directiva 2008/48/CE) o "*fin*" (Directiva 99/44/CE, Directiva 2008/48/CE) ajenos a su "*actividad profesional*".

En cuanto a las Directivas cuyas transposiciones quedó fuera del RD Leg. 1/2007, la idea se reiteraba, invariablemente aludiendo todas a la "*persona física*" que actúe con un fin o propósito "*ajeno a su actividad comercial o profesional*"⁴⁴ o a "*su actividad económica, negocio, oficio o profesión*".⁴⁵

De la consolidada noción de consumidor se apartan la Directiva 90/314 sobre viajes combinados, cuyo Art. 2.4 adopta un concepto propio de consumidor sin hacer mención expresa de las personas físicas (así, el Art. 151 del libro cuarto del TRLGDCU al definir al consumidor o usuario de los viajes combinados se refiere a "*cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal*."), y la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos que no utiliza el concepto de consumidor, sino el de "*perjudicado*" (el Art. 128 del libro tercero del TRLGDCU otorga derecho a ser indemnizado a "*todo perjudicado*").

El Art. 3 del TRLGDCU, tras la reforma operada por la Ley 3/2014, dispone que "*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero (responsabilidad) y cuarto (viajes combinados), son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*". Y, "*Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*". De forma, que continua respetando los conceptos propios de estos dos ámbitos, que abarcan también a los empresarios en el caso de la Directiva 85/374, salvo que los daños materiales afecten a bienes o servicios de uso o consumo principalmente empresarial.⁴⁶ Y, en el caso de la Directiva 90/314, cualesquiera empresarios que contratan viajes combinados para fines profesionales.

El día 22 de noviembre de 2011, se publicó en el DOUE, la Directiva 2011/83/UE que deroga la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al

⁴⁴ La Directiva 98/6 sobre indicación de precios (Art. 2.e), la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros (Art. 2.d).

⁴⁵ La Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales (Art. 2.a), la Directiva 2008/122/CE de 14 de enero del 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los aprovechamientos por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio (Art 2. f).

⁴⁶ El Art. 129. 1 del TRLGDCU dispone que "*El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado*".

tiempo que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. De manera que la anterior, supone un nuevo impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos, y a la consolidación de un mercado interior, dirigido a reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores como de los empresarios, eliminando disparidades existentes en la legislación europea de los contratos de consumo que crean obstáculos significativos en el mercado interior.⁴⁷

De la consolidada noción de consumidor no se apartan la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo,⁴⁸ ni el Reglamento (UE) núm. 524/2013, al establecer ambos que se entenderá por consumidor *"toda persona física que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión"*.⁴⁹ No obstante, la Directiva 2013/11/UE, añade en su Considerando núm. 18: *"si el contrato se celebra con un propósito en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona (contratos de doble finalidad) y el propósito comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del suministro, dicha persona también debe considerarse un consumidor"*.

Por su importancia en relación a los actos mixtos merece ser mencionada la Directiva 2014/17/UE de 4 de octubre, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que insiste en su considerando décimo segundo en que la definición de consumidor debe incluir *"a las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales o a su profesión"*. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad *"si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor"*.

Por último, conviene hacer solo una referencia a la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros, que aunque no aporta una definición de consumidor si enumera entre sus objetivos mejorar el nivel de protección de éstos.⁵⁰

Por su conexión con las Directivas mencionadas, hay que destacar el Reglamento (CE) número 178/2002,⁵¹ que incluye en su Art. 3. 18) el concepto de

⁴⁷ Conforme al Preámbulo I de la Ley 3/2014, mediante esta ley se procede a modificar el TRLGDCU, a fin de transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE.

⁴⁸ La Directiva será aplicable no sólo a los litigios transfronterizos, surgidos de obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o prestación de servicios entre un comerciante establecido en la UE y un consumidor residente en otro Estado miembro, sino también a los litigios nacionales, cuando el consumidor tiene su residencia en el mismo Estado miembro en el que está establecido el comerciante

⁴⁹ Art. 4 de la Directiva 2013/11/UE y Art. 4 del Reglamento (UE) N° 524/2013.

⁵⁰ El día 2 de febrero de 2016 fue publicada la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la distribución de seguros, que no deberá ser obligatoriamente transpuesta por los Estados Miembros hasta el 23 de febrero de 2018. Entre los aspectos más novedosos se encuentra la ampliación de las obligaciones de información, y el incremento del nivel de protección de los consumidores que pretenden adquirir un seguro, haciendo que todos puedan beneficiarse de normas comparables.

⁵¹ DOUE núm. 31, de 1 de febrero de 2002

“Consumidor final”, al que se refiere como “el último de un producto alimenticio que no empleará dicho alimento como parte de ninguna operación o actividad mercantil en el sector de la alimentación”.

Y, el Reglamento (CE) núm. 1924/2006,⁵² que añade al concepto comunitario de consumidor, la figura teórica del “consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz” y la de “grupo particular de consumidores”.⁵³

Por su parte, el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo,⁵⁴ de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla, en su Art. 6 los “contratos de consumo”, entendidos como los celebrados “por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional”.

A la vista, de todas las delimitaciones conceptuales mencionadas, Zurutuza Arigita, I. (2013, p.73), concluye que el concepto comunitario de consumidor es un “concepto concreto”, que queda configurado por las siguientes características: “persona física”, que adquiere bienes o servicios “con un propósito ajeno al desarrollo de su actividad”. Es decir, el legislador comunitario adopta una noción concreta de consumidor como “destinatario final”, delimitando esta noción a través de la exigencia de que la actuación de “la persona física” tenga un “fin ajeno al desarrollo de su actividad profesional o empresarial”.⁵⁵

En definitiva, como señala la anterior autora (2013, p.74) “las Directivas europeas han procedido a dibujar una definición puramente negativa del consumidor, más o menos consistente en la extraprofesionalidad del acto de consumo”. De tal modo, que de acuerdo con la referida interpretación restrictiva del concepto “la defensa y promoción de los derechos de los consumidores en el ámbito de la normativa comunitaria tiene como núcleo justificativo la extraprofesionalidad, una persona física que contrata bienes o servicios para satisfacer sus necesidades personales o familiares en condiciones de desigualdad o desequilibrio frente a quienes se los proporcionan”.⁵⁶

⁵² DOUE 30 Diciembre de 2006.

⁵³ El Considerando núm. 15 establece que “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas...toma como referencia al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos..., pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables...En los casos en que una declaración (publicitaria) se dirija específicamente a un grupo particular de consumidores, como los niños, es deseable que el impactose evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. La prueba del consumidor medio no constituye una prueba estadística. Los tribunales y las autoridades nacionales tendrán que ejercer su propia facultad de juicio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso determinado.”

⁵⁴ DOUE núm. 177, de 4 de julio de 2008.

⁵⁵ Cfr. Zurutuza Arigita, I. (2013). “Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor”. *Revista doctrinal, Aranzadi civil-mercantil* vol. 2, nº 6, pp. 65-105.

⁵⁶ Cfr. Zurutuza Arigita, I. (2013). “Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor”.

2.2. En la jurisprudencia comunitaria

El concepto concreto de consumidor existente en el Derecho material comunitario ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes, Comunidad Europea) de forma autónoma,⁵⁷ y restrictiva, haciendo coincidir el parámetro legal, negativo (actuar al margen de actividades empresariales) con una explicación en clave positiva de en qué consiste esa actuación.

Zurutuza Arigita, I. (2013, p.74) señala que esa actuación se realiza: “*para adquirir bienes y servicios para su uso o consumo final, es decir con el objeto de satisfacer necesidades familiares o personales.*”⁵⁸

Así, se deduce de las siguientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la entonces Comunidad Europea (en adelante STJCE): La STJCE (Sala 1ª) de 14 marzo 1991, asunto C-361/89, caso *Patrice Di Pinto*, en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, aclaro que no se considera consumidor al empresario que recibe una visita a domicilio, con el fin de celebrar un contrato de publicidad relacionado con su actividad profesional, que constituye un acto de gestión concertado entre dos empresarios “*para satisfacer necesidades que no son las necesidades familiares o personales del comerciante*”.

La STJCE de 21 junio 1978, asunto C-150/77, caso *Bertrand c. Paúl Ott KG*, añadió: que una interpretación restringida “*conduce a reservar los privilegios jurisdiccionales descritos únicamente a los compradores necesitados de protección, debido a su posición económica de debilidad con respecto a los vendedores, a causa de que son consumidores finales de carácter privado, no relacionados, por la compra de productos a plazo, en actividades comerciales o profesionales*”⁵⁹.

La STJCE 20 enero 2005, (Sala 2ª), asunto C-464/01, caso *Johan Gruber c. Bay Wa AG*, cita a la STJCE (Sala 6ª) de 3 julio 1997, asunto C-269/95, caso *Francesco Benincasa c. Dentalkit S.r.l.*, al precisar, que la noción de consumidor adquiere un marcado carácter objetivo “*en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras*”.

La STJCE (Sala 2ª) 20 enero 2005, asunto C-27/02, caso *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*. se refiere al “*consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales*”.

⁵⁷ La noción concreta de consumidor debe interpretarse desligada del Derecho interno de los Estados contratantes, esto es, independientemente del contenido que pueda poseer en los distintos Ordenamientos Jurídicos nacionales, como indica la STJCE (Sala 2ª) de 20 enero 2005, asunto C-464/01, caso *Johan Gruber c. Bay Wa AG.*, (en adelante, asunto Gruber), y, la STJCE (Pleno) de 19 enero 1993, asunto C-89/91, caso *Shearson Lehmann Hutton Inc. c. TYB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH* (en adelante asunto Shearson). Se trata de una definición propia y autónoma de consumidor que no tiene por qué coincidir con la definición interna de cada uno de los Estados miembros de la UE.

⁵⁸ Cfr. Zurutuza Arigita, I. (2013) “Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor”.

⁵⁹ En el mismo sentido, la STJCE (Sala 6ª) de 3 julio 1997, asunto C-269/95, caso *Francesco Benincasa c. Dentalkit S.r.l.*

Además, el Tribunal infiere de las anteriores que *"sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo"*, le es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional, descartando, además que pueda ser considerado consumidor, quien prepara una actividad empresarial o el pequeño comerciante que contrata con grandes empresas.

En la STJCE (Sala 3ª) de 22 noviembre 2001, Cape Snc contra Idealservice Srl (C-541/99) et Idealservice MN RE Sas contra OMAI Srl (C-542/99), el Tribunal de Justicia no dio respuesta a la cuestión planteada⁶⁰ en los asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99, a saber: *"¿Puede considerarse consumidor a un empresario que, mediante la celebración de un contrato con otro empresario en un modelo preestablecido por éste, adquiere en beneficio exclusivo de sus propios empleados un servicio o un bien que no tiene relación alguna con su propia actividad profesional y empresarial normal y es completamente ajeno a la misma?"*, *"¿Puede afirmarse, en tal caso, que dicha persona ha actuado con una finalidad no relacionada con la empresa?"*. Cuestiones, que no llegaron a resolverse, al interpretar el concepto de consumidor, *"en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas"*, descartando que la persona jurídica en cuestión, una mercantil con personalidad jurídica, pudiese ser consumidor, habida cuenta de que *"una persona distinta de una persona física, que celebra un contrato con un profesional, no puede ser considerada consumidor"*.⁶¹

Idéntica actitud restrictiva, ha mostrado el TJCE cuando se celebran contratos mixtos, en los que se adquiere un bien o contrata un servicio para un uso doble o compartido, con una finalidad mixta, parcialmente profesional, parcialmente privada. Resultando interesante, el razonamiento aportado por la STJCE asunto Gruber, al analizar la compra por un profesional de la agricultura, de material de construcción para el tejado de su granja, en la que además de mantener su actividad comercial, albergaba su vivienda. En esta sentencia, el tribunal comunitario descarta la condición de consumidor del adquirente, aun cuando, en el destino del inmueble predomine el aspecto privado (al ser utilizadas, como vivienda para su familia, diez habitaciones que correspondían a un 60% de la superficie total útil de la granja) reconociendo, la aplicación de la privilegiada condición de consumidor solo, si el uso profesional tiene un carácter residual respecto de la satisfacción del interés privado.⁶²

⁶⁰ Una de las cuestiones prejudiciales planteadas que no llegó a resolver directamente el tribunal, fue saber, si se permite establecer una distinción entre los actos de práctica corrientes de una actividad profesional y los de carácter excepcional de una actividad profesional.

⁶¹ Al interpretar el concepto de consumidor, definido en el artículo 2, letra b) de la Directiva 93/13/CEE, indico en su fallo, que el concepto de *"consumidor debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas"*. Acentuando la divergencia con la normativa española, que a diferencia de la comunitaria, admite la calificación de consumidor para determinadas personas jurídicas.

⁶² Señalado: *"Una persona que ha concluido un contrato referente a un bien destinado a un uso en parte profesional y en parte ajeno a su actividad profesional no puede prevalerse del beneficio de las reglas de competencia específicas previstas en el los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas-, salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional"*.

Siguiendo esta doctrina, cuando una operación sirva simultáneamente a fines profesionales y extraprofesionales, sólo si el uso profesional al que está destinado el bien, es realmente insignificante, es decir, tiene una relevancia despreciable en la operación, debe dar lugar a calificar al adquirente del bien como consumidor. De este modo, el contratante mixto sólo, recibirá protección como consumidor, si el destino profesional es realmente marginal, e insignificante, no bastando, con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad profesional, sino que el uso o destino profesional debe ser mínimo.

Del concepto comunitario de consumidor, no se deduce que este tenga el deber de informar de su condición al contratar con un empresario. En principio, tampoco dependerá la calificación de un acto o relación como de consumo del conocimiento o desconocimiento que tenga el empresario de los fines de la contraparte en el momento de contratar. En definitiva, lo que cualifica al consumidor es la prueba de que el acto es ajeno a una actividad empresarial o profesional. En este sentido, la STJCE del caso Gruber, señala: *"el órgano jurisdiccional que conoce del asunto debe basar su decisión fundamentalmente en los elementos de prueba objetiva que resulten de los autos. Si las circunstancias objetivas de los autos no permiten demostrar de modo suficiente con arreglo a Derecho que la operación que dio lugar a la celebración del contrato con doble finalidad perseguía un objetivo profesional que no era insignificante, deberá considerarse que, en principio, dicho contrato fue celebrado por un consumidor"*.

No obstante, habida cuenta del carácter excepcional de las disposiciones de protección del consumidor, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto, en el caso de considerar que el contrato fue celebrado por un consumidor, deberá comprobar si, además, *"la otra parte contratante podía ignorar legítimamente la finalidad privada de la operación debido a que, por su propio comportamiento respecto de su futuro cocontratante, el supuesto consumidor dio la impresión a este último de que, en realidad, actuaba con fines profesionales"*.⁶³ Así sucedería, por ejemplo, *"cuando un particular realizara un pedido, sin ninguna otra especificación, de objetos que pueden efectivamente servir para el ejercicio de su profesión, utilizara para ello papel con el membrete profesional, solicitara el envío de los bienes a su dirección profesional o mencionara la posibilidad de recuperar el impuesto sobre el valor añadido"*. Para estos casos, en los que el consumidor se oculta la STJCE del caso Gruber, no aplica las normas de protección de los consumidores *"puesto que debe considerarse que el particular renunció a la protección, habida cuenta de la impresión que dio a su cocontratante de buena fe"*.

Por último, hay que hacer unas breves alusiones a las siguientes sentencias: La STJCE «Gut Springenheide» de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96, por tomar en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz para fundar su fallo.

Y, la STJUE (Sala 4ª) de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14), por analizar la condición de consumidor de un abogado (profesional autónomo) que celebra con un banco un contrato de crédito garantizado mediante una hipoteca constituida sobre un inmueble perteneciente a su bufete, sin que en él se precise el destino del crédito. En la anterior, teniendo en cuenta el Art. 2, letra b) de la Directiva 93/13/CEE,

⁶³ Ap. 51 de la STJCE Gruber.

sobre cláusulas abusivas (modificada por la Directiva 2011/83/UE), se dice que es consumidor un profesional, cuando actúa fuera de su ámbito de actividad (es decir, cuando el contrato que celebra no está vinculado a su actividad profesional y es ajeno a la misma) y, en particular, cuando negocia un contrato de adhesión. Pues, aun cuando se considere que, éste consumidor, como abogado, dispone de un alto nivel de competencias técnicas, ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil.⁶⁴ Esta STJUE comienza señalando que, conforme al derecho de la UE, es consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva 93/13/CEE, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, y que como tal consumidor, se encuentra en una “*situación de inferioridad respecto al profesional*”, idea que sustenta el sistema de protección establecido por la norma comunitaria. Esta inferioridad, aclara, obedece tanto a su nivel de información como a su capacidad de negociar, “*situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas*”. Asimismo, considera que el carácter de consumidor lo otorga la finalidad con la que se adquiere un bien o servicio concreto, y que es ajeno a los conocimientos o información que pueda tener la persona.

Con anterioridad a esta última sentencia, el TJUE ya había precisado el carácter objetivo de la noción de consumidor,⁶⁵ de lo que en mi opinión, se podía deducir que una persona física, con una profesión determinada, podía ser considerada consumidor si celebraba un contrato fuera e independientemente de su actividad empresarial o profesión habitual, con el único objetivo de satisfacer necesidades personales, como destinatario final. No obstante, lo que parece un logro es que ésta sentencia haya contestado de forma expresa a las cuestiones que se dejaron sin responder en la STJCE (Sala 3ª) de 22 noviembre 2001, Cape Snc contra Idealservice Srl (C-541/99) e Idealservice MN RE Sas contra OMAI Srl (C-542/99), y que pueda considerarse consumidor a un profesional que, mediante la celebración de un contrato con un empresario en un modelo preestablecido por éste último, adquiere un servicio o un bien que no tiene relación alguna con su actividad profesional, y es completamente ajeno a la misma.

Y, de conformidad con lo expuesto por Álvarez Rodríguez, A. y Carrizo Aguado, D. (2015) que el Tribunal haya respondido a la pregunta de ¿Quién es quién?, que el abogado es el profesional y el cliente es el consumidor.⁶⁶

De todo lo expuesto, podemos concluir que el concepto comunitario de consumidor, al igual que antes es una noción concreta, que en la actualidad (tras abandonar la jurisprudencia del TJUE, la característica de la no profesionalidad exigida a la persona del consumidor), se delimita con carácter objetivo, a través de la exigencia

⁶⁴ Así, el ap. 18 de esta sentencia (asunto C-110/14) indica que la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor.

⁶⁵ STJCE (Sala 6ª) de 3 julio 1997, asunto C-269/95, caso Francesco Benincasa c. Dentalkit S.r.l.

⁶⁶ Cfr. Álvarez Rodríguez, A. Carrizo Aguado, D. (2015). “¿Quién es quién? El abogado es el profesional y el cliente es el consumidor. Calificación de dicha relación en el contrato de prestación de servicios jurídicos conforme a la STJUE 15 de enero 2015.-Asunto C537/13-(SIBA)”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.6, pp.149-167.

de que la persona física (que puede ser un empresario), actué fuera de su ámbito profesional. Es decir, tenga un fin o propósito ajeno al desarrollo de su actividad, para satisfacer necesidades personales o familiares propias de un consumo privado, como destinatario final.

Y, por último, que la defensa y promoción de los derechos de los consumidores tiene como núcleo justificativo la extraprofesionalidad, no de la persona física que contrata en condiciones de desigualdad o desequilibrio frente al empresario sino, del acto de consumo, de manera que el concepto de consumidor adquiere ahora más que nunca un carácter objetivo.

3. La evolución de la noción jurídica española de consumidor

En España, desde el punto de vista jurídico, la noción de consumidor o usuario es compleja, como lo prueba que se invoque ante los tribunales el carácter de consumidor por quien no goza de tal condición. Existe además, una notable confusión en cuanto al alcance de la misma, que conviene aclarar antes de adentrarnos en este trabajo. La cuestión no carece de importancia, pues tan solo quien cumpla las cualidades establecidas como consumidor o usuario podrá demandar la aplicación de las normas protectoras.

La LGDCU, a los efectos de establecer el ámbito subjetivo de aplicación de la misma, daba una definición de consumidor, criticada, como indica Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2005, p. 29) "*por su complejidad y falta de técnica jurídica*".⁶⁷ En ella, según éste autor (2015, p.56), "*los usuarios quedan comprendidos en los consumidores*" a los que se identifican,⁶⁸ no solo en atención a su condición de destinatario final, sino también en función de quién era la otra parte contratante, persona pública o privada, individual o colectiva, que produce, facilita, suministra o expide el bien, producto o servicio de que se trata.⁶⁹

En virtud de la definición, contenida en la LGDCU, debían considerarse consumidores o usuarios, los destinatarios finales de bienes o servicios, entendiendo Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2005, p.29) que son: "*aquellas personas físicas o jurídicas que adquieren los bienes o servicios sin volver a reintroducirlos en el mercado bien, en la misma forma en que los adquieren o bien tras un proceso de*

⁶⁷Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, A., (2005). "El concepto de consumidor".

⁶⁸ Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015) *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, (Real Decreto legislativo 1/2007). Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 2560.

⁶⁹ El Art. 1 LGDCU, se refieren conjuntamente a los consumidores y usuarios, de manera que los usuarios quedan comprendidos en los consumidores, cuya noción aparece en su aspecto positivo en el párrafo segundo y en su aspecto negativo en su párrafo tercero, en los siguientes términos: "*2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. 3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*". de los que, quedan excluidos amigos y familiares.

transformación".⁷⁰ De esta forma, en opinión de Cámara Lapuente, S. (2011) la legislación española, se basaba en el criterio positivo de tratar al consumidor como destinatario final, en lugar de centrarse en el criterio comunitario puramente negativo de actuar con un propósito ajeno a su actividad empresarial.⁷¹

De conformidad Picatoste Bobillo, J. (2005), podríamos decir que con la LGDCU, merecía la condición de consumidor la persona que adquiría o arrendaba como destinatario final, una vivienda para uso personal o familiar. De modo que su destino se agotaba en ése ámbito, sin que de manos del consumidor volviera a salir al mercado. Se trataba, pues, de que la vivienda fuera destinada a fines privados, lo que limitaba la condición de consumidor al no profesional.⁷²Evidentemente, el que adquiría la vivienda y la cedía a un familiar no dejaba de ser destinatario final. Sin embargo, no se consideraba consumidor quien compraba la vivienda para venderla o cederla en arrendamiento. Es decir, para obtener una ganancia o lucro con la posterior transmisión o explotación de la vivienda.

La LGDCU, quedo refundida en el RD Leg. 1/2007, que incorpora, a nuestro ordenamiento jurídico buena parte de la normativa comunitaria en materia de defensa del consumidor, ofreciendo en su Art. 3 un concepto muy específico de consumidor adaptado a la legislación comunitaria.⁷³ Con la diferencia notoria, que indica Cámara Lapuente, S. (2011), de admitir en el concepto legal de consumidor a las personas jurídicas.⁷⁴

El Art. 3 del TRLGDCU en la redacción dada por el RD Leg 1/2007 recogía un concepto general de consumidor y usuario, al establecer en un sentido negativo que "*a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*".

En opinión de Parra Lucán, M. A. (2011, pp. 40-41), el Art. 3 del TRLGDCU introduce "*alguna modificación en la definición de consumidor y usuario*", que la EM justifica como "*una mera adaptación a la terminología comunitaria*". Para aclarar que "*no se ha pretendido introducir una modificación en el contenido del concepto de consumidor que se refunde*".⁷⁵ En la misma línea, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2009, p.87), sostiene que el legislador del TRLGDCU opto por recoger en el mismo la definición de consumidor propia del Derecho comunitario, lo que responde mejor a una

⁷⁰ Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, A., (2005). "El concepto de consumidor".

⁷¹ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011) "El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos y no resueltos".

⁷²Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2005). "Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de viviendas". *Manuales de Formación Continuada* núm. 34. Ed. CGPJ, pp. 487-670.

⁷³ Los apartados I y II de la EM del TRLGDCU explican la vigente inserción del concepto comunitario de las Directivas ("*actuar con un propósito ajeno a su actividad empresarial*"), al pretender: "*Aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada*". Así, "*el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas*".

⁷⁴ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos y no resueltos", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, nº 1, pp. 84-117.

⁷⁵ Cfr. Parra Lucán, M. A. (2011). *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*. Editorial Reus, S.A., Madrid, Ed. Reus pp.326.

transposición de las Directivas en la que se usa ésta definición, pero sin que ello implique “*un cambio sustancial frente a la definición de consumidor como destinatario final*” contenida en la LGDCU.⁷⁶

Para, Zurutuza Arigita, I. (2013, pp.75-76) la definición del Art. 3 “*se completa con una explicación aclaratoria acerca del significado de este concepto*”⁷⁷ contenida en el ap. III párr. 3º de la EM del TRLGDCU, donde se expresa que “*el consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”. Esto es, que “*interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*”.⁷⁸

Deduciendo Zurutuza Arigita, I. (2013, pp.77), de la lectura conjunta de lo dispuesto en el Art. 3 en relación con lo expresado en el ap. III.3 de la EM, en primer lugar, que “*para delimitar la noción concreta de consumidor, el legislador del TRLGDCU ha querido tomar como referencia el criterio utilizado por el legislador comunitario, es decir, el hecho de que su actuación tenga lugar al margen de una actividad empresarial o profesional*”; En segundo lugar, que “*por actuar al margen de una actividad empresarial o profesional, es decir, en un ámbito ajeno a una actividad el legislador estatal entiende intervenir en las relaciones de consumo con un propósito privado, es decir, contratando bienes o servicios como un consumidor que efectivamente es un destinatario final, esto es, como una persona que no incorpora, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros, esos bienes y servicios contratados*”.⁷⁹ Y, que para delimitar el concepto de consumidor en el TRLGDCU, no podemos ceñirnos únicamente al contenido del Art. 3, sino que hay que tener en cuenta su EM.

Teniendo presente cuanto hasta el momento se ha expuesto, para el anterior autor (2013,pp.79-80),el legislador del TRLGDCU propugna un concepto de consumidor que se fundamenta en los dos criterios usados para delimitar la noción de

⁷⁶ Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2009). “Comentario al Cap. I (Ámbito de aplicación) del TRLGDCU”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Navarra. Ed. Aranzadi, pp.77-111.

⁷⁷ Cfr. Zurutuza Arigita, I. (2013). “Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor”.

⁷⁸ En la misma línea las SSAP La Rioja (Sec. 1ª) de 2 abril y 11 enero 2013 indican que se ha introducido una aclaración de lo que se considera por “*destinatario final*” al señalar la misma EM que la intervención en las relaciones de consumo ha de ser “*con fines privados*”. La jurisprudencia también ha reiterado esta precisión, negando el carácter de consumidor cuando el bien o servicio no se utiliza “*para cubrir las propias necesidades y las de su familia*”, o “*para satisfacer necesidades domésticas, personales y familiares*” SAP Granada (Sec.3ª) de 16 de febrero de 2002, o “*para su propia satisfacción*” SAP La Coruña (Sec.4ª) de 23 de marzo de 2007, o para “*un uso particular, familiar o colectivo*” o para “*satisfacer necesidades personales suyas ajenas a su actividad empresarial o profesional*” SAP Málaga (Sec.5ª) de 9 de octubre de 2006. Incluso la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec.4ª) de 4 de abril de 2008 expresa que el Art. 3 del TRLGDCU “*puede servir, en su caso, como pauta interpretativa*” para la noción de consumidor relativa a contratos concluidos antes de su entrada en vigor. Y, que aparte de la interpretación conjunta del término con el parámetro del ap. 3 del Art. 1 de LGDCU sobre el requisito de no reintegrar el bien o servicio en el mercado en sentido amplio, bastantes sentencias han aclarado que ser destinatario final significa usar el bien para un uso personal, privado, familiar o doméstico.

⁷⁹ Cfr. Zurutuza Arigita, I. (2013). “Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor”.

“consumidor o destinatario final” esto es, “el hecho de que la actuación de la persona sea ajena a cualquier forma de actividad empresarial o profesional” del Art. 3, y “la exigencia de que la actuación del consumidor, para ser considerado como tal, vaya destinada a satisfacer fines privados, esto es, sus necesidades familiares o domésticas”.⁸⁰

En definitiva, según Cámara Lapuente, S. (2011, p.95) “con ambas nociones (ser destinatario final sin reintroducir en el mercado y actuar fuera de un ámbito profesional), el TRLGDCU trato de delimitar con “criterios convergentes lo que es consumidor en sentido estricto”, de manera que ambos criterios son “complementarios”.⁸¹ Y, aunque en la mayoría de los casos ambas formas de describir el propósito conducían al mismo resultado, fueron unos pocos supuestos de hechos que según el anterior autor (2011, p.94) quedaban “incluidos en el ámbito de protección con el criterio comunitario de actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”,⁸² y que quedaban fuera del ámbito de protección del Art. 1 de la LGDCU con la noción de destinatario final, o al menos suscitaban dudas, los que justifican “el cambio legislativo producido en la definición de consumidor”.⁸³

En mi opinión, la aplicación de la noción de consumidor y usuario del TRLGDCU en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 3/2014, si bien no supone un cambio sustancial frente a la definición de consumidor como destinatario final dada en la LGDCU, sí conlleva una mayor protección del consumidor al ser más amplio su ámbito de aplicación, y abarcar supuestos de hecho que con la anterior quedaban excluidos.

Además, de conformidad Zurutuza Arigita, I. (2013, pp.80), aplicar el criterio que para delimitar la noción de consumidor y usuario negativamente adopta el Art. 3 del TRLGDCU, “tiene alguna consecuencia distinta” respecto de la aplicación del criterio de la LGDCU. Así, señala que “La consecuencia más importante se refiere a la cognoscibilidad de que la persona está actuando como consumidor, pues parece más fácil saber cuándo una persona está actuando o no como empresario o como profesional, que determinar si un producto determinado va a ser utilizado con fines puramente privados”. Y, en cuanto a las cuestiones de fondo, “puede considerarse que la referencia al uso privado, familiar y doméstico del bien o servicio adquirido es más

⁸⁰ Cfr. Zurutuza Arigita, I. (2013). “Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor”.

⁸¹ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos y no resueltos”.

⁸² En este sentido, de conformidad Cámara Lapuente, S. (2011, p.94), Así sucede tanto con quien vuelve a introducir bienes en el mercado al margen de una actividad profesional como con quien adquiere sin erigirse en destinatario final (para un uso colectivo ajeno, para arrendar) siempre que sus actos se ubiquen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. En este sentido, cabría catalogar como «consumidor» –de acuerdo con el Art. 3 TRLGDCU; no, stricto sensu, con el Art. 1 LGDCU: “al inversor no profesional”, que con ánimo de lucro adquiere una vivienda para venderla o arrendarla, no como actividad habitual y organizada, al “consumidor/destinatario intermedio, o intermediario no profesional, incluido quien adquiere para un uso colectivo ajeno fuera de un ámbito empresarial: asociaciones, etc.; y al cedente no profesional” que vende, arrienda, o permuta, una vivienda a un empresario o profesional, siempre que no lo haga de forma reiterada, habitual y organizada. Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos y no resueltos”.

⁸³ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos y no resueltos”.

*restrictiva que la mera exigencia de que dicha adquisición se realice en un ámbito ajeno a una actividad profesional o empresarial”, por lo que sólo la utilización de este último criterio permite, incluir en la consideración de consumidores a aquellos sujetos que realizan no propiamente actos de consumo, sino actos de inversión o ahorro, es decir, a aquellas personas que en un ámbito de actuación no empresarial, adquieren viviendas, no para su utilización personal, familiar o doméstica, sino “a modo de inversión como ahorradores particulares”.*⁸⁴

La nueva redacción introducida en el Art. 3 del TRLGDCU por la Ley 3/2014, continua recogiendo un concepto general de consumidor y usuario, al establecer en un sentido negativo que: *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.*

Este precepto distingue entre consumidor persona física (párrafo primero) y consumidor que sea una persona jurídica, incluyendo, por primera vez, a las entidades sin personalidad jurídica. Así, conforme al párrafo segundo: *“Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.*

Esta nueva redacción, como indica Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015, p. 59) responde precisamente a la voluntad de copiar literalmente *“la definición establecida por el artículo 2.1 de la Directiva 2011/83/UE que se traspone”.*⁸⁵

De conformidad con Marín López, M. J. (2014, p. 10), aun siendo cierto que la finalidad primera de la Ley 3/2014, fue incorporar la Directiva 2011/83/UE. Es evidente que el legislador *“ha querido aprovechar la ocasión para introducir algunos cambios”* en el concepto legal de consumidor y empresario.⁸⁶

La nueva redacción introducida en el Art. 3 del TRLGDCU por la Ley 3/2014, sigue fielmente la definición de consumidor del Art. 2.1) de la Directiva 2011/83/UE,⁸⁷ salvo en la utilización del término *“empresarial”*, en lugar de *“empresa”*, como hace la norma europea. Diferencia, que de conformidad con el anterior autor (2014, p. 10), es *“irrelevante”.*⁸⁸

Marín López, M. J. (2014, p. 11), comparando esta última redacción del Art. 3 del TRLGDCU con la anterior a la reforma, advierte tres diferencias. En primer lugar, mientras que la anterior se refiere a que el consumidor actúa *“en un ámbito ajeno”* a

⁸⁴ Cfr. Zurutuza Arigita, I. (2013). “Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor”.

⁸⁵ Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015). *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, (Real Decreto legislativo 1/2007).*

⁸⁶ Cfr. Marín López, M. J. (2014). “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9, pp.9-16.

⁸⁷ Art. 2.1) de la Directiva 2011/83/UE *“toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.*

⁸⁸ Cfr. Marín López, M. J. (2014). “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”.

una actividad empresarial, la nueva requiere que el consumidor actúe “*con un propósito ajeno*” a la misma. Esta diferente redacción de conformidad con el anterior autor,⁸⁹ y con Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015, p. 60) es puramente formal “*carece de consecuencia alguna*” porque el consumidor o usuario es el mismo en ambas redacciones.⁹⁰

Una segunda diferencia tiene que ver con la “*actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*” como finalidad o propósito al que no puede ir destinada la actuación del consumidor. En la anterior redacción del Art. 3 el consumidor debe actuar en un ámbito ajeno a una “*actividad empresarial o profesional*”. De conformidad con los anteriores autores, tampoco este cambio de redacción tiene consecuencias jurídicas y ambas redacciones resultan redundantes al quedar comprendido en la referencia a lo empresarial, lo profesional, lo comercial y el oficio.

Una tercera diferencia en el concepto de consumidor persona física tiene que ver con los actos relacionados con la actividad empresarial, en la nueva redacción desaparece el artículo indefinido “*una*” actividad empresarial o profesional y se sustituye por el pronombre “*su*”, utilizado en las Directivas. Sin embargo, para Marín López, M. J. (2014, p. 12) “*tampoco en este punto puede considerarse que el nuevo art. 3 TRLGDCU modifica la situación existente antes de la reforma*” pues sigue sin ser consumidor “*el adquirente del bien o servicio que lo destina a fines relacionados, directa o indirectamente, con su actividad empresarial pero fuera del ámbito de su objeto o de su especialidad*”.⁹¹

Por todo ello, en mi opinión, aun cuando podemos concluir que los cambios introducidos en la redacción del Art. 3 del TRLGDCU por la Ley 3/2014, fueron innecesarios para trasponer la Directiva 2011/83/UE, se valoran de forma positiva, al ser la actual redacción más clara, y diferenciar consumidor persona física del consumidor persona jurídica. Además, amplía su ámbito de aplicación, incluyendo a las entidades sin personalidad jurídica y, fija los requisitos que son necesarios para considerar consumidoras a estas últimas.

4. El concepto de consumidor en los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda

Lo primero que hay que destacar, es que los derechos del consumidor de vivienda, se hacen merecedores de una protección prioritaria por parte de los poderes

⁸⁹ Cfr. Marín López, M. J. (2014). “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”.

⁹⁰ Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015). *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, (Real Decreto legislativo 1/2007)*.

⁹¹ Cfr. Marín López, M. J. (2014). “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”.

públicos, de acuerdo con lo previsto en el Art. 9 TRLGDCU,⁹² al ser calificada la vivienda, como bien de uso o consumo común, ordinario y generalizado.⁹³

De conformidad con Larrosa Amante, M.A. (2009, p.670) este consumidor “*prioritariamente protegido*” (teniendo en cuenta, lo dispuesto en la nueva redacción del Art. 3 TRLGDCU), puede ser definido, como una persona física que al adquirir o arrendar una vivienda actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial.⁹⁴ De modo, que el nuevo concepto legal incide en el propósito con el que la persona física contrata la misma, con independencia de que esta persona física sea o no destinatario final, y tenga o no ánimo de lucro. También, podrá ser consumidor de vivienda la persona jurídica o la entidad sin personalidad jurídica que al adquirir o arrendar una vivienda actúe sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Para el anterior autor (2009, p.671), la adquisición o el arrendamiento llevado a cabo por una persona jurídica solo estaba protegida al amparo de la legislación de consumidores “*cuando la vivienda se destine a fines externos a la actividad empresarial de la persona jurídica en cuestión y nunca cuando se integre en la actividad empresarial de la misma*”.⁹⁵

Además, hay que tener en cuenta que la figura del adquirente o arrendatario de vivienda solo encaja en el concepto de consumidor del TRLGDCU cuando tiene como contraparte a un empresario.⁹⁶ Es decir, como indica Picatoste Bobillo (2005, p.497), únicamente se concibe al consumidor “*frente a la figura del empresario o profesional que actúa en tal condición*”. Por lo tanto, “*no cabe hablar de consumidor cuando el contrato tiene lugar entre particulares entendiéndose por particular quien no ostenta la condición de empresario o profesional*”.⁹⁷

De conformidad con el anterior autor (2005, p.497), podemos decir que nuestro Ordenamiento Jurídico continua sin contemplar “*una especial protección entre particulares*”, pues, da por hecho que “*no concurre en este caso la razón de ser de la tutela específica del consumidor que es la desigual posición que tiene el particular*”.

⁹² El Art 9 dispone que “*Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado*”.

⁹³ Anexo II del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera (en lo sucesivo, R.D. 1507/2000), BOE núm. 219 de 12 de Septiembre de 2000, páginas 31349 a 31351 (3 págs.).

⁹⁴ Cfr. Larrosa Amante, M.A. (2009). “La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas: especial referencia a los mecanismos de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación”. *Manuales de Formación Continuada* núm. 50. Madrid, Ed. CGPJ, pp. 651-802.

⁹⁵ Cfr. Larrosa Amante, M.A. (2009). “La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas: especial referencia a los mecanismos de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación”.

⁹⁶ El Art. 4 TRLGDCU, tras la reforma operada por la Ley 3/2014, contiene una nueva definición del empresario: “*a efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”. El emprendedor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización, también es un empresario.

⁹⁷ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2005). “Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de viviendas”.

frente a empresas o profesionales (y Administración pública) con quienes contrata".⁹⁸ En la misma línea, para Bercovitz Rodríguez-Cano A. (1992, p.39), "*La protección del consumidor se plantea dentro del mercado y frente a quienes producen y comercializan en él sus productos o servicios*".⁹⁹

En este sentido, el RD 515/1989, indica en su Art. 1 que solo será de aplicación a "*la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas que se efectúe en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos actos vayan dirigidos a consumidores*".

Es cierto que en España, la compraventa y arrendamiento de vivienda se sitúa aún lejos de un verdadero mercado profesionalizado, pero ésta característica, por ahora, no legitima al adquirente o arrendatario para invocar la aplicación por parte de los tribunales del régimen específico establecido en las normas protectoras del consumidor, cuando aquellos no concurren en un mercado inmobiliario profesionalizado frente a un empresario, siendo en estos casos, de aplicación el CC.

Asimismo, para Cámara Lapuente, S. (2011, p.101) quedara excluida del ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores, la relación contractual concertada entre dos empresarios,¹⁰⁰ o entre un empresario consolidado y otro potencial, es decir, por quien, "*aún en potencia hoy, será mañana un empresario o profesional*".¹⁰¹ De igual modo, quedara excluida la relación contractual concertada entre un pequeño o mediano empresario, y un grupo de empresas o gran empresario aun cuando se encuentren en una desigual posición.

En este sentido, se pronuncian las SSTS Sala de lo Civil (Sec. Pleno) de 3 junio 2017, 30 de junio de 2015, y (Sec.1ª) de 30 abril 2015 negando el carácter de consumidor al que desarrolla una actividad inmobiliaria de manera habitual.¹⁰²

El Art. 4 TRLGDCU, con una redacción casi idéntica al Art. 2.2) de la Directiva 2011/83/UE, mantienen que el empresario ha de ser una persona física o jurídica (lo que no impiden que puedan ser empresarios entidades sin personalidad, como las comunidades de bienes), que puede tener una naturaleza pública o privada, y que desarrolla una actividad empresarial y en ese marco celebra el contrato con el consumidor.

⁹⁸Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2005). "Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de viviendas".

⁹⁹Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano A. (1992). "Comentarios al artículo 1 LGDCU", en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, (coords. R Bercovitz y J. Salas), Madrid, Civitas, pp. 17-43.

¹⁰⁰ En la misma línea, la STSJCE asunto Gruber niega la protección no solo del empresario sino del potencial empresario que prepara su actividad y del pequeño comerciante que contrata con grandes empresas.

¹⁰¹La STJCE 3 julio 1997, asunto *Benincasa*, dejó muy claro que quien "*ha celebrado un contrato para el ejercicio de una actividad profesional no actual, sino futura, no puede considerarse consumidor aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional*".

¹⁰²En ellas se establece que: "*El demandado no era un consumidor pues desarrollaba una actividad comercial inmobiliaria de manera habitual*". Y, que "*las partes se encontraran en un plano de absoluta igualdad cuando suscribieron el contrato de compraventa*".

No obstante, en mi opinión, dado el carácter objetivo que adquiere la noción de consumidor,¹⁰³ esas mismas personas físicas podrían ser consideradas consumidoras (como lo hizo el profesional autónomo de la abogacía en la STJUE de 3 de septiembre de 2015 asunto C110/14) si al adquirir o arrendar la que será su vivienda actúan ajenos a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Por lo tanto, si el acto no puede encuadrarse en una actividad empresarial, o comercial, o profesional, ya sea de forma principal o subsidiaria que ejerza la persona, se podrá hablar de consumidor y aplicarle consecuentemente la normativa protectora.¹⁰⁴ Lo que no puede hacerse es porque la persona física que contrata la vivienda se dedique a una actividad empresarial o sea trabajador autónomo, esto sea causa bastante para privarle, sin más argumento de la condición de consumidor cuya protección, en mi opinión, merece cuando accede a su vivienda habitual ajeno a la actividad que desarrolla.

La anterior conclusión, encuentra acomodo en lo dispuesto, no solo en la nueva redacción del Art. 3 del TRLGDCU, sino también en el Art. 2 de la Directiva 1993/13, que define al consumidor como toda persona física que *“actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”*. En el considerando nº 17 de la Directiva 2011/83/UE que indica que se ha de incluir en ese concepto a *“las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”*. Y, en el Art. 3, de la Directiva 2008/48/CE que considera consumidor a la persona física que *“actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”*. A este concepto se remite también, la Directiva 2014/17/UE que en su considerando 12, indica que se *“debe incluir a las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales o a su profesión”*.

Además, Parra Lucán, M. (2015, p. 191) advierte que el legislador español ha decidido proteger la vivienda habitual de los empresarios. En este sentido, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización,¹⁰⁵ crea una nueva figura, el *“emprendedor de responsabilidad limitada”*, que permite a las personas físicas evitar que la responsabilidad derivada de sus deudas empresariales afecte a su vivienda habitual bajo determinadas condiciones.¹⁰⁶ De esta forma, *“con el aliciente de poder salvar al menos el hogar familiar si la actividad económica o profesional fracasa”*, se trata de estimular las iniciativas de los emprendedores.¹⁰⁷

Delimitado el concepto de consumidor de vivienda, resulta oportuno analizar si la nueva redacción del Art. 3 del TRLGDCU ayuda a resolver los problemas que presentaban los actos mixtos, las personas jurídicas, el requisito de la falta de ánimo de lucro, y la carga de la prueba de la condición de consumidor.

¹⁰³ STSJCE asunto Gruber.

¹⁰⁴ La SAP Asturias (Sec. 7ª) núm. 396/2012 de 26 julio indica que tiene la consideración de consumidor el empresario o profesional (persona física o jurídica) que adquiere una vivienda, no para incorporarla a los activos de su empresa o a su proceso de producción o de comercialización ni para integrarla en su actividad profesional, sino para otros fines distintos y ajenos a la actividad empresarial o profesional, como puede ser el disfrute del mismo por el administrador único de la persona jurídica y su familia.

¹⁰⁵ Publicada en BOE núm. 233, de 28 de Septiembre de 2013, páginas 78787 a 78882 (96 págs).

¹⁰⁶ *“(que haya constancia registral de ser la vivienda habitual, que el precio de la vivienda no supere los 300.000 euros, salvo que se trate de una población de más de un millón de habitantes, porque en tal caso se aplica un coeficiente del 1,5 a ese valor)”*.

¹⁰⁷ Cfr. Parra Lucán, M. (2015). "Contratación y vivienda en la crisis económica" en *Acceso a la vivienda y contratación*. Valencia. Tirant Lo Blanch, pp183- 209.

Uno de los problemas que plantea el concepto de consumidor es saber si cabe considerar como tal a una persona que adquiere o arrienda una vivienda para destinarla a fines mixtos, esto es, a satisfacer la necesidad de acceso a la misma, y también para poner un despacho en el que ejercer su actividad comercial o profesional.

De conformidad con Cámara Lapuente, S. (2011, p. 111), ni la redacción dada al Art. 3 TRLGDCU en el año 2007, ni las definiciones de las Directivas que le sirven de patrón dieron respuesta a este interrogante.¹⁰⁸

Entre los que pensaban que nunca puede ser consumidor un contratante mixto, cabe citar a Zurutuza Arigita, I. (2013, pp.80-81), que “*En atención a sólidos argumentos como que dividir un único acto para aplicar regímenes distintos a distintas partes no sería admisible*”, sostiene que “*el contratante mixto nunca puede ser calificado como consumidor, ni siquiera cuando el destino profesional del bien o servicio contratado sea realmente marginal o insignificante*”.¹⁰⁹ Y, el Art. 3.b de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.¹¹⁰

La solución adoptada por la jurisprudencia comunitaria en la STJCE 20 enero 2005 (asunto Gruber), es que el contratante mixto no recibe protección como consumidor, salvo que “*el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional*”. Es decir, no bastaba que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad profesional, sino que el uso o destino profesional debe ser mínimo.

De conformidad, con Cámara Lapuente, S. (2011, p. 111), mientras no exista jurisprudencia consolidada, “*parece preferible realizar una interpretación conforme con el Derecho comunitario, de manera que se siga manteniendo una interpretación restrictiva de la noción de consumidor (STJCE 3 julio 1997, asunto Benincasa)*”,¹¹¹ y, en consecuencia, el contratante mixto sólo reciba protección como consumidor si el uso profesional es despreciable, marginal e insignificante.¹¹²

¹⁰⁸ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos y no resueltos".

¹⁰⁹ Cfr. Zurutuza Arigita, I. (2013). "Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor".

¹⁰⁹ Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015). *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, (Real Decreto legislativo 1/2007)*.

¹¹⁰ El Art 3 dispone “*A efectos de esta Ley se entiende por: a) Consumidores y usuarios: las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales bienes o servicios....b) Destinatarios finales:- Las personas físicas que adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios cuya exclusiva finalidad sea el uso o disfrute personal, familiar o doméstico*” BOJA núm. 251 de 31 de Diciembre de 2003.

¹¹¹ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos y no resueltos".

¹¹² En la misma línea, Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015). *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, (Real Decreto legislativo 1/2007)*.

La Directiva 2011/83/UE en su Considerando nº 17 aclara, en mi opinión con bastante acierto que “*en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor*”. A la misma solución, llega la Directiva 2014/17/UE de 4 de octubre, en su Considerando nº 12.

Marín López, M. J. (2014, p.13), advierte que la Ley 3/2014 no menciona este asunto, e indudablemente “*Hubiera sido una buena ocasión para que esta cuestión quedara definitivamente resuelta*”. En cualquier caso, de conformidad con el anterior autor “*ante la ausencia de una regla concreta en el derecho español, parece sensato*”,¹¹³ adoptar el criterio establecido en la Directiva 2011/83/UE, que ya había sido asumido por la jurisprudencia comunitaria al realizar una interpretación restrictiva de la noción de consumidor.

En este sentido, se pronuncia la sentencia núm. 46/2016 del Juzgado de 1ª Instancia de Daimiel, de 22 de marzo de 2016, cuando resuelve que “*siendo el destino y finalidad empresarial mínimo o marginal, no se puede negar la condición de consumidores*”.¹¹⁴

En definitiva, podemos concluir que atendiendo a esos antecedentes comunitarios como criterio interpretativo válido de los actos mixtos, solo en los casos en que el destino o finalidad empresarial o profesional sea mínimo o marginal, es decir, no represente un porcentaje significativo, debe mantenerse la consideración de consumidor.

Para analizar a continuación si la nueva redacción del Art. 3 del TRLGDCU ayuda a resolver los problemas que presentaban las personas jurídicas,¹¹⁵ de conformidad con Zurutuza Arigita, I. (2013, pp. 81-82), hay que aclarar que la LGDCU al considerar consumidores y usuarios a quienes “*...adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales*”, incluía tanto “*al denominado consumidor jurídico o de derecho*” (en nuestro caso, quien adquiría o arrendaba), como al denominado “*consumidor material o de hecho*” en nuestro caso, quien utilizaba o disfrutaba la vivienda. De igual modo, la redacción del Art 3 del TRLGDCU de 2007 también incluyó no sólo al consumidor jurídico, sino también al consumidor material.¹¹⁶

¹¹³Cfr. Marín López, M. J. (2014). “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”.

¹¹⁴ En la misma línea, la SAP Pontevedra (Sec. 1ª), de 10 de Julio de 2015, tras estudiar la normativa comunitaria, indica: “*La valoración de la prueba practicada lleva a la convicción de que solo se ha destinado una parte residual ... a una finalidad empresarial, ajena al ámbito de consumo, por contraposición a la anterior, en un sentido amplio y abstracto. Estamos por lo tanto ante un acto mixto, es decir, aquellos en que el bien o servicio se destina a satisfacer necesidades personales y también a actividades comerciales o profesionales*”.

¹¹⁵ El Art. 35 del CC, establece que “*Son personas jurídicas las siguientes: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza o nace desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados*”.

¹¹⁶ Cfr. Zurutuza Arigita, I. (2013). “Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor”.

No obstante, con la nueva redacción dada a aquel por la Ley 3/2014, no cabe entender que pueda ser consumidora la persona jurídica que presta servicios, aunque sea a título gratuito a sus empleados o trabajadores. En este sentido, la redacción del actual Art. 3 es muy clara al indicar que la persona jurídica para ser considerada consumidora debe actuar en “*un ámbito ajeno a una actividad*” y, no con un propósito ajeno a su actividad, como se exige a la persona física.

En efecto, según Bercovitz Rodríguez-Cano A. (2015, p.62), la persona jurídica para ser considerada consumidora no puede tener “*una actividad empresarial o profesional*”, no puede comercializar “*bienes o servicios en el mercado*”.¹¹⁷ Es decir, no puede prestar servicios o proporcionar bienes “*a título oneroso, o a título gratuito con fines de promoción u otros fines propios de una actividad empresarial*”¹¹⁸ como puede ser prestar una vivienda (aunque sea gratuita) a sus empleados o trabajadores.

Hecha esta aclaración, para Cámara Lapuente, S. (2011, p. 97), la posibilidad de que las personas jurídicas sean consumidoras, planteaba antes de la nueva redacción del Art 3 del TRLGDCU, algunos problemas.¹¹⁹ El relacionado con las consecuencias de su desajuste con el Derecho comunitario, en mi opinión, ha quedado resuelto, sin necesidad de tener que eliminarlas de la actual redacción del Art 3, y sin que su reconocimiento suponga un incumplimiento de la Directiva 2011/83/UE (a pesar, de que ésta sea de máximos o de armonización plena), pues como indica el párrafo trece de su EM, al quedar las personas jurídicas fuera de su ámbito de aplicación, se trata de una materia no armonizada, sobre la que los Estados miembros pueden regular libremente.¹²⁰

Las consideraciones de pura política y técnica legislativa sobre si deberían o no considerarse consumidoras.¹²¹ En mi opinión, están superadas y deben quedar al margen, al ser evidente, que la posibilidad técnica de incluirlas como consumidores aparece refrendada en otros países,¹²² incluso de la UE. Y, en España, no solo por la LGDCU, sino por leyes autonómicas, como el caso de la Ley 13/2003, de Andalucía. Además, con la nueva redacción del Art. 3, la posibilidad técnica de incluirlas como consumidoras, no se discute, está fuera de toda duda. Sin perjuicio, de que como veremos, al considerar como consumidoras solo las que cumplan determinados

¹¹⁷ Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015). *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, (Real Decreto legislativo 1/2007).

¹¹⁸ De ahí, la crítica de este autor a la Ley 13/2003 de Andalucía.

¹¹⁹ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos y no resueltos".

¹²⁰ Con más detalle, Cfr. Ortí Vallejo, A., Jiménez Horwitz, M., Sánchez Ruiz de Valdivia, I., Quesada Paz, Abigail., Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2016). *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp.365; Marín López, M. J., (2012). “La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados miembros”, *Revista CESCO*, nº 1, pp. 8-24.

¹²¹ Es cierto, que una extensión indiscriminada de la protección a todas las personas jurídicas, sin fijar parámetros ad hoc, puede no ser pertinente, si se tiene en cuenta que los medios con los que éstas cuentan pueden ser algunas veces superiores a los de la gran mayoría de las personas físicas, o que el poder de negociación de algunas es superior al de algunos empresarios, lo que puede provocar situaciones de cierto desajuste, que quedan corregidos fijando ciertos requisitos para que una persona jurídica pueda ser reconocida como consumidor.

¹²² Entre los que se encuentra, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Hungría, República Checa y Eslovaquia.

requisitos, los supuestos, en los que se permite que puedan ser tratadas como consumidoras, han quedado muy limitados.

Por ello, en la actualidad, se hace necesario delimitar las personas jurídicas que pueden considerarse incluidas en el nuevo Art. 3 del TRLGDCU, centrándonos en los requisitos que tienen que cumplir para ser consideradas consumidoras.

De conformidad con Marín López, M. J. (2014, pp.13-14), se requieren dos presupuestos, que deben concurrir cumulativamente: El primero es que “*actúen en un ámbito ajeno a una actividad comercial o profesional (y no a “su” actividad comercial, que es la fórmula utilizada para las personas físicas por el art. 3.1)*”. Y, el segundo requisito, es la ausencia de ánimo de lucro con el que debe actuar la persona jurídica.¹²³

Para el anterior autor, hay que distinguir las personas jurídicas mercantiles que nunca serán consumidoras, pues los bienes o servicios que adquieren se destinan a una actividad comercial. Y, las personas jurídicas civiles, y dentro de estas, a las fundaciones (que pueden desarrollar actividades económicas, y si en este marco celebran contratos para obtener bienes o servicios, no serán consumidoras), y a las asociaciones. Las asociaciones de empresarios o profesionales nunca serán consumidoras, sin embargo las que actúen al margen de una actividad empresarial cuando los bienes o servicios adquiridos revierten directa o indirectamente en sus socios, si podrían serlo. Así, por ejemplo, son consumidoras las asociaciones de personas con un trastorno que compran o arriendan un inmueble para que los logopedas de la asociación trabajen con los afectados. Sin embargo, si la asociación lleva a cabo actos que afectan (benefician) a terceros no puede considerarse consumidora. Por último, tampoco podrían considerarse consumidores las cooperativas de viviendas.¹²⁴

La ausencia de ánimo de lucro con el que debe actuar la persona jurídica, es un presupuesto sine qua non para la consideración de consumidor, no solo de ésta, sino también del ente sin personalidad (no para una persona física).

La ausencia del ánimo de lucro, no era exigible por el tenor literal del Art 3 del TRLGDCU de 2007, fue introducido, en la redacción de éste último por la Ley 3/2014. Por tanto, en la actualidad, los requisitos que una persona jurídica tiene que cumplir para ser considerada consumidor son, por configuración legal, distintos de los exigidos a una persona física.

Como indica Marín López, M. J. (2014, p.14), el concepto de ánimo de lucro sólo se define en el CC en relación con las sociedades civiles. “*Ánimo de lucro es ánimo de adquirir y repartir beneficios*”. Lo característico, “*no es tanto la intención de obtener un beneficio, sino de repartirlo entre los socios*”. Desde este punto de vista, de conformidad con el anterior autor “*la falta de ánimo de lucro hay que entenderla como una característica “típica” de algunas personas jurídicas o entes sin personalidad*

¹²³Cfr. Marín López, M. J. (2014). “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”.

¹²⁴ Las SSTS Sala de lo Civil, (Sec.1), 19 octubre 2005, y de 22 mayo 1992, establecen que “*cuando las viviendas de protección oficial son construidas en régimen de cooperativa para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados y no para destinarlas al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico, los propios cooperativistas se convierten en socios copromotores de la construcción de dichas viviendas...*”. El socio cooperativista tampoco puede ser considerado consumidor frente a la cooperativa, en este sentido la SAP de Las Palmas (Sec.5ª) de 7 de septiembre 2012.

(asociaciones, fundaciones, comunidades de propietarios, etc.); lo que serviría para excluir a aquellas personas jurídicas que por su propia naturaleza tienen ánimo de lucro (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, etc.)”.¹²⁵

Por tanto, en mi opinión, el problema de la delimitación de las personas jurídicas que pueden considerarse incluidas, en la noción de consumidor, ésta resuelto con la nueva redacción del Art. 3 del TRLGDCU. La Ley 3/2014 opta por mantener que las personas jurídicas (incluso, las entidades sin personalidad jurídica), puedan ser consumidoras. Sin embargo, al incluir la nueva redacción de éste precepto de forma expresa, los dos requisitos específicos que se les exige a éstas para ser consideradas consumidoras, los supuestos de hecho, en los que pueden ser tratadas como tales quedan muy limitados y restringidos. Y, las condiciones, que se les exige a éstas, son mucho más gravosas que las exigidas a la personas físicas, que pueden ser consumidoras si actúan con propósito ajeno a su actividad, y pueden tener ánimo de lucro.

Uno de los cambios más importantes que introduce la Ley 3/2014, en la redacción del Art. 3 del TRLGDCU es la inclusión de que son también consumidores “*las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”.

Esta novedad, de conformidad con Marín López, M. J. (2014, p.15), es “*todo un acierto*”, y se adecúa a la jurisprudencia recaída en la materia, “*que desde hace años viene aplicando a las comunidades de propietarios la normativa protectora de los consumidores, especialmente en relación con las cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensores*”.¹²⁶

En la misma línea, Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015, p.64) indica que cabe aventurar, que cuando nuestro legislador de 2014 decidió mencionar expresamente como consumidores a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro, lo hizo pensando fundamentalmente en esas “*comunidades de bienes, especialmente en las comunidades de heredero y, sobre todo, en régimen de propiedad horizontal, que constituyen, sin duda, el supuesto principal de los subsumibles en tales entidades, dejando fuera de tal consideración las comunidades de bienes de carácter empresarial, es decir, aquellas que explotan el bien o bienes objeto de las mismas*”.¹²⁷

Para analizar, a continuación si la nueva redacción del Art. 3 del TRLGDCU ayuda a resolver el problema que presentaba la falta de ánimo de lucro, hay que aclarar que bajo el imperio de la LGDCU en ocasiones se negó que el consumidor que actuase con ánimo de lucro pudiese recibir la tutela especial. Sin embargo, con la noción comunitaria incluida en el Art. 3 del TRLGDCU el ánimo de lucro de las personas físicas no debería haber sido un criterio de exclusión al no exigirse su ausencia.¹²⁸

¹²⁵ Cfr. Marín López, M. J. (2014). “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”.

¹²⁶ Cfr. Marín López, M. J. (2014). “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”.

¹²⁷ Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015). *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, (Real Decreto legislativo 1/2007)*.

¹²⁸ La SAP Oviedo (Sec. 6ª) núm. 44/2016 de 15 febrero, lo sigue negando, al igual que otras muchas que continúan considerando que la finalidad especulativa excluye la condición de consumidor exigiendo que

Con la nueva redacción dada al Art. 3 del TRLGDCU por la Ley 3/2014 se protege a los inversores particulares con afán de enriquecerse. Por tanto, se puede considerar consumidor a la persona física que al adquirir una vivienda de un empresario, actúa con un propósito ajeno a “*su actividad comercial, empresarial oficio o profesión*”, y con ánimo de lucro al destinarla a la venta o arrendamiento, al no ser éste (a diferencia de antes), un criterio de exclusión.¹²⁹ De hecho, cabe subrayar, no ha sido ningún impedimento en la consideración de particulares consumidores en operaciones con propósito especulativo en la jurisprudencia del TJCE.¹³⁰ Ahora bien, el límite estará en los supuestos en que el inversor no profesional realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender), pues de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo podría considerarse que realiza una actividad habitual y organizada en un ámbito empresarial o profesional.¹³¹

Sin embargo, la anterior conclusión no está exenta de dificultades, alimentadas, en mi opinión, al no quedar definidos aquellos límites. A ello ayuda también que no exista una jurisprudencia consolidada al respecto, con lo cual se deja al arbitrio del juzgador considerar o no, que a la vista de la prueba practicada, estemos ante un consumidor o un profesional inmobiliario.

Así, las SSTS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) de 20 mayo 2016, y de 8 octubre 2012, no consideran consumidores al matrimonio que compro unos pisos para especular y revender antes de la finalización de la obra, y cuando llegado el momento fijado para pagar el precio, no lograron vender a terceros, y tampoco consiguieron crédito, pretendieron resolver el contrato de compraventa, alegando que era imprevisible que se les denegara el crédito (imposibilidad sobrevenida). El Tribunal, afirma que al realizar una compra especulativa asumieron el riesgo de la operación, y sería contrario a la buena fe tratar de repercutir tal riesgo sobre el vendedor, cuando los compradores debieron prever el riesgo. El mismo criterio, del riesgo normal del contrato asumido por quien compra especulativamente para revender los inmuebles lleva a la STS de 30 de abril de 2015 a descartar la aplicación de la cláusula *Rebus sic stantibus*.

Sin embargo las SSAP Pontevedra (Sec.1ª) núm. 336/2014 de 14 octubre, y núm. 246/2015, de 9 de julio consideran, en mi opinión, de forma acertada que “*la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, ya sea para revenderlo, ya*

éste sea destinatario final, entre ellas cabe citar la SAP Valencia (Sec.7ª) núm. 597/2012, 19 noviembre 2012.

¹²⁹ La SAP Murcia (Sec. 5ª) núm. 97/2014 de 3 junio. Con un criterio acertado se estima que aun considerando probado que la finalidad buscada con la compraventa era invertir para conseguir un rendimiento con su alquiler y no destinarla a segunda residencia; la compradora seguiría ostentando frente a la promotora vendedora la condición de consumidora. “*Esto es así porque no consta ni se ha acreditado que la compradora se dedique profesionalmente al negocio del alquiler inmobiliario*”. En caso contrario, la SAP La Rioja (Sec. 1ª) de 7 diciembre 2012, negó el carácter de consumidor al quedar acreditado que el comprador no era ajeno a la actividad inmobiliaria y que la vivienda no era destinada a vivienda habitual o siquiera segunda residencia propia o de su entorno familiar más cercano. En el mismo sentido, se pronuncian las SSTS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) de 20 mayo 2016 y 30 abril 2015.

¹³⁰ STJCE (Sala 1ª) 10 abril 2008, asunto C-412/06, caso Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG., y la STJCE (Gran Sala) 15 octubre 2005, asunto C-350/03, caso Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG.

¹³¹ SAP La Rioja (Sec. 1ª) de 11 enero 2013, reconoce que son consumidores los inversores particulares con los límites señalados. En base a estos límites las SSAP La Rioja (Sec.1ª) núm. 118/2013 de 2 abril, y la núm. 6/2013 de 16 enero, niegan el carácter de consumidor.

para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por un particular, al margen de "su actividad" empresarial o profesional resultaría incluida en el concepto comunitario de consumidor, mientras que en la medida en que ese bien se adquiere para una finalidad diversa del destino o consumo puramente privado, excluiría la aplicación de la normativa de consumo si se exigiera que el consumidor ostentara la condición de destinatario final”.

No obstante, en mi opinión, es evidente que la falta de ánimo de lucro ya no es una condición para considerar consumidor a una persona física. Así, la SAP Pontevedra núm. 336/2014 continua diciendo que aunque el arrendamiento de una vivienda supone la incorporación directa a un proceso productivo, mediante la obtención de rentas a cambio de la cesión de su uso, *“si esta actividad no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza”*, ésta persona *“podrá seguir siendo considerado como consumidor con arreglo a la normativa vigente, en la medida en que no opera la circunstancia de exclusión incluida en el art. 3.1”*

De esta manera, al no existir obstáculos, ni en la actual redacción del Art. 3 del TRLGDCU, ni en nuestra jurisprudencia, ni tampoco en la comunitaria, para considerar consumidores a las personas físicas, inversores no profesionales que adquieren para revender o para especular con su valor, entendemos que, de la misma forma, si una persona física, al margen de su actividad empresarial o profesional, adquiere una vivienda para arrendarla o venderla, y esta actividad no se realiza de forma habitual, formando parte de su profesión u oficio, tal actuación puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación de la normativa protectora de los consumidores. En otras palabras, el ánimo de lucro de las personas físicas ya no es un requisito que las excluya de la protección de las normas específicas, siempre que la actividad no resulte habitual o forme parte de su profesión u oficio.

Esta conclusión, indudablemente protege al elevado número de consumidores, que accedieron al mercado inmobiliario antes de la crisis, no sólo para adquirir su propia vivienda, sino con la intención de especular, y obtener un beneficio que por entonces se consideraba seguro y a muy corto plazo.

Por último, no cabe duda que en caso de discrepancia acerca de si en una persona concurren o no los requisitos para ser considerada consumidor lo que continúa cualificando a éste es la prueba que quede acreditada al juzgador en el acto del juicio. Y, que la carga de dicha prueba la tendrá que asumir siempre el empresario que niegue aquella condición. No obstante, como indica la STS Sala de lo Civil (Sec. 1^a) de 29 abril de 2015 *“La carga de la prueba tiene por finalidad establecer reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba”*. El Art. 217 de la LEC se atiene en lo sustancial a estas consideraciones, y así refiere la aplicación de la normativa reguladora de la carga de la prueba *“al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante”*, y fija las consecuencias derivadas de la duda o incertidumbre sobre *“unos hechos relevantes para la decisión”* que determinaran la desestimación de las pretensiones formuladas por el empresario a quien incumbe despejar la condición de consumidor con una prueba concluyente.

CAPITULO III. EL CONCEPTO DE VIVIENDA

1. Concepto general de vivienda objeto de protección por la legislación de consumidores

La vivienda se debate, en el contexto actual, de conformidad con Nasarre Aznar, S. (2011), entre su consideración como activo patrimonial, o como lugar donde la persona desarrolla sus derechos fundamentales.¹³² Para Mérida Abril, C. (2009, p.252) la vivienda constituye “*un elemento fundamental en la vida del ser humano, al ser la sede física en la que se desarrollan sus más íntimos afectos y se desenvuelve su espacio de privacidad*”.¹³³

Sin embargo, como indica Larrosa Amante, M.A. (2009, p.671) de igual manera que no toda persona que compra o arrienda una vivienda queda amparada por la legislación de protección de los consumidores, tampoco cualquier adquisición o arrendamiento de un inmueble “*implica la automática aplicación de dicha normativa protectora al adquirente*” o arrendatario, lo que hace necesario delimitar el ámbito de aplicación objetivo de la misma, es decir la vivienda que es objeto de protección por la legislación de consumidores.

Que la vivienda constituye uno de los bienes comprendidos en la legislación protectora del consumidor se evidenciaba ya en las referencias que hacía a ella la LGDCU.¹³⁴ Picatoste Bobillo, J. (2005, p.502), indica que todas éstas referencias tenían en común “*la caracterización de la vivienda por razón: del destino servir de residencia a las personas físicas*”. Esto era lo que según el anterior “*de modo específico y constante definía la vivienda*”; más allá de esta nota común, algunas disposiciones apuntaban como indiferente la utilización habitual o circunstancial, o que aquel destino lo fuera con carácter exclusivo o primordial, en coexistencia con otros usos.¹³⁵

¹³² Cfr. Nasarre Aznar, S. (2011). "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria." *Revista crítica de derecho inmobiliario* vol. 87, núm. 727, págs. 2665-2737. De conformidad con el anterior, en nuestro sistema constitucional “*la vivienda no es un derecho fundamental exigible ante los tribunales, sino que es tratado como un principio programático. Es decir, como un mandato dirigido a los poderes públicos que deben llevarlo a cabo a través de las leyes que lo desarrollan*”.

¹³³ Cfr. Mérida Abril, C. (2009). "El contrato de compraventa de inmuebles y su resolución", *Manuales de Formación Continuada* núm. 50, Madrid, Ed. CGPJ, pp. 251-342.

¹³⁴ La LGDCU se refería a la vivienda en los Arts. 5.2-j), 13.2 y en el ap. 22 de la DA 1ª

¹³⁵ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2005) "Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de viviendas".

La vivienda es un bien de uso o consumo común, ordinario y generalizado,¹³⁶ que tiene una legislación específica contenida en él ya mencionado RD 515/1989. Sin embargo, el TRLGDCU no refunde ni armoniza la normativa inmobiliaria, ni siquiera aquella que, como éste RD 515/1989, vio la luz en el ámbito estatal para la protección específica de los consumidores finales de vivienda.¹³⁷

En nuestro ordenamiento, sigue sin existir un concepto legal y único de vivienda, más si definiciones de la misma incorporadas a disposiciones nacionales y autonómicas diversas que pretenden acotar el ámbito de aplicación de sus previsiones.¹³⁸

Larrosa Amante, M.A. (2009, p.672), define la vivienda, a los fines de su protección por la legislación de consumidores como: *“toda edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente o temporal de vivienda de las personas físicas que la habitan y en la que desarrollan su ámbito de intimidad personal y familiar”*.¹³⁹

En este sentido, teniendo en cuenta lo dispuesto en los Arts. 2 y 7 de la LAU, Valladares Rascón E. y, Ordás Alonso, M (2013, pp.64-65) definen el arrendamiento de vivienda teniendo en cuenta su objeto *“una finca urbana con edificación habitable cuyo destino primordial es, bien el de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, bien el de servir de lugar de habitación al cónyuge del arrendatario no separado legalmente o de hecho o a los hijos dependientes del arrendatario”*.¹⁴⁰

Así, de conformidad con los anteriores autores (2013, pp. 66-67) podemos decir que la vivienda que es objeto de este trabajo, debe cumplir con el requisito de la habitabilidad. Es decir, que *“la edificación tenga los requisitos necesarios para que pueda ser utilizada como vivienda”*, esto pasa por la existencia a favor de la finca de la correspondiente cédula regulada por normas administrativas de naturaleza autonómica.¹⁴¹ Por ello, el termino edificación está excluyendo otro tipo de bienes,

¹³⁶ Anexo II del Real Decreto 1507/2000, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los Arts. 2, ap.2, y 11, ap. 2 y 5, de la LGDCU.

¹³⁷ Ello, no obsta a que en el TRLGDCU, la contratación inmobiliaria con consumidores se vea afectada en los Arts. 13 i), 64, 89.3, 149.

¹³⁸ En el ámbito de las CCAA cabe destacar en Cataluña, la Ley 18/2007 de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda que en su Art. 3 define la vivienda en su letra a) *“Aportando, además otras definiciones entre las que figuran, en su letra b) “Vivienda principal: la vivienda que consta como domicilio en el padrón municipal”, y en su letra c) “Vivienda secundaria o de segunda residencia: la vivienda utilizada de modo intermitente o en estancias temporales”*. Sin embargo, lo más novedoso es se recoge en la letra l) la *“Vivienda con actividades económicas”* a la que considera como *“la vivienda que no es domicilio habitual y permanente y que se utiliza para la obtención de rendimientos de actividades económicas reguladas por la normativa sectorial aplicable”*.

¹³⁹ Cfr. Larrosa Amante, M.A. (2009). *“La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas: especial referencia a los mecanismos de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación”*.

¹⁴⁰ Cfr. Valladares Rascón E. y, Ordás Alonso, M. (2013). *“Artículo 2.1. Arrendamiento de vivienda”*, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Pamplona, Aranzadi, 6ª ed., pp. 63-97.

¹⁴¹ La competencia en materia de arrendamientos urbanos a favor del Estado es indiscutida (no se olvide, sin embargo, que el Fuero Nuevo de Navarra contiene leyes sobre el arrendamiento en general), no obstante, las diferentes CCAA han asumido competencias amparadas en el título de vivienda, lo cual

como caravanas o tiendas de campaña, que pueden utilizarse transitoriamente, e incluso de forma permanente, como viviendas pero que no se les podría aplicar la LAU ni la legislación protectora de los consumidores “*al no tener por objeto el contrato una edificación habitable*”.¹⁴²

Y, en segundo lugar, el inmueble que se compra o arrienda, debe tener como destino primordial servir para satisfacer la necesidad permanente de vivienda del contratante.¹⁴³ De conformidad con Valladares Rascón E. y, Ordás Alonso, M (2013, pp. 66-67) “*la utilización como vivienda es lo que justifica el carácter tuitivo de la regulación*” de la compraventa o arrendamiento.¹⁴⁴ Así, lo reconoce el preámbulo de la LAU al indicar que se debe partir de una clara diferenciación de trato entre los arrendamientos de vivienda y los destinados a cualquier otro uso distinto del de vivienda, por entender que las realidades económicas subyacentes son sustancialmente distintas y merecedoras, por tanto, de sistemas normativos que se hagan eco de esa diferencia.

En definitiva, el nuevo categorismo que diferencia entre arrendamientos de vivienda y los no destinados a ella, se asienta en la idea de conceder medidas de protección al arrendatario sólo allí donde la finalidad del arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo y de su familia, pero no en otros supuestos en los que se satisfagan necesidades económicas, recreativas o administrativas. Y, así se hace, al considerar el Art. 3.2 de la LAU que los alquileres por temporadas (verano, navidad, Semana Santa o cualquier otra) son considerados como alquileres para uso distinto de la vivienda, a pesar de que en ella se vive durante un tiempo.

Según Valladares Rascón E. y, Ordás Alonso, M. (2013) la consideración de que el arrendamiento es para vivienda vendrá determinada por el uso pactado entre los sujetos del contrato, y para desarrollar un uso distinto del de vivienda es necesario que ambos sujetos, arrendador y arrendatario, estén conformes.¹⁴⁵

La vinculación del contrato de compraventa o arrendamiento al uso de vivienda implica que en virtud del negocio que nos interesa el comprador o el arrendatario va a satisfacer una indiscutible necesidad personal “*ajena a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*” lo que le hará encajar en el concepto de consumidor que ofrece el TRLGDCU. De este modo, de tener como contraparte a un empresario en

incidirá indirecta (habitabilidad) o directamente (obligaciones de información y requisitos de formalización, regulación de agencias de alquiler, social o no) en nuestro objeto de estudio.

¹⁴²Cfr. Valladares Rascón E. y, Ordás Alonso, M. (2013). "Artículo 2.1. Arrendamiento de vivienda".

¹⁴³ Para ser objeto de la legislación protectora del consumidor, el inmueble debe estar destinado no de forma única sino primordial a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial. Sin excluir la posibilidad de darle un destino mixto al inmueble (abogado que tiene su despacho profesional en su propia vivienda) siempre que el uso habitacional exista con la habitualidad requerida y el espacio destinado a despacho sea insignificante o marginal. Por eso, el Art 5 c) de la LAU excluye de su ámbito de aplicación “*los contratos en que, arrendándose una finca con casa-habitación, sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento. Estos contratos se registrarán por lo dispuesto en la legislación aplicable sobre arrendamientos rústicos*”.

¹⁴⁴ Cfr. Valladares Rascón E. y, Ordás Alonso, M. (2013). "Artículo 2.1. Arrendamiento de vivienda".

¹⁴⁵Cfr. Valladares Rascón E., Ordás Alonso, M., (2013). "Artículo 2.1. Arrendamiento de vivienda", en efecto; el artículo 27.2 f) LAU prevé la resolución del contrato cuando el arrendatario dedica la vivienda a otros usos.

los particulares términos preceptuados por el Art. 4 del mismo texto legal, podremos hablar de una relación jurídica de consumo en formación y, con ello, las normas tuitivas del consumidor o usuario previstas en nuestro ordenamiento serán aplicables (Art. 2 TRLGDCU).

En este sentido, la STS Sala de lo civil (Sec.1ª) de 28 de mayo 2014, fija como doctrina jurisprudencial que *“la compra de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores”*, al quedar integrado el destino del inmueble adquirido en el marco de una actividad profesional.

De conformidad con Larrosa Amante, M.A. (2009, p.672) para completar el concepto de vivienda desde un punto de vista positivo, hay que entender que dentro del concepto de vivienda, no sólo nos estamos refiriéndonos *“a la superficie de terreno delimitada por los muros que la rodean”*,¹⁴⁶ sino que dentro de la protección se incluyen igualmente *“las zonas comunes y servicios accesorios a la vivienda propiamente dicha”*.¹⁴⁷

Así, el concepto de vivienda, incluye tanto, los *“elementos privativos garajes y trasteros”*,¹⁴⁸ como *“los elementos comunes portal, jardín, etc.”*, o *“anexos a la vivienda”*,¹⁴⁹ *“zonas comunes que le pudieren corresponder a aquélla y de la que también serían copropietarios”* los adquirentes de la vivienda.¹⁵⁰ Señalando, la SAP Asturias (Sec. 5ª) del 13 noviembre 2012 que la vivienda debe ser entregada *“con su parte proporcional de la urbanización”*.

En la misma línea, se pronuncia el Art. 2. 2 de la LAU *“Las normas reguladoras del arrendamiento de vivienda se aplicarán también al mobiliario, los trasteros, las plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador”*.

También hay que entender cubierto por el régimen de protección al consumidor, de conformidad con el anterior autor (2009, p.672), no solo las *“viviendas que están totalmente construidas”*,¹⁵¹ sino que su protección se hace extensiva *“y con mayor intensidad si cabe, a las viviendas que se encuentran en fase de ejecución o ni siquiera se ha comenzado la misma”*.¹⁵²

¹⁴⁶ Cfr. Larrosa Amante, M.A. (2009). "La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas: especial referencia a los mecanismos de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación".

¹⁴⁷ Tal como se deriva de los Art 4 ap. 3 y 4 y 5 ap. 1 y 5 del RD 515/1989.

¹⁴⁸ SAP Burgos (Sec. 3ª) de 9 noviembre 2012, SAP Pontevedra (Sec.1ª) de 14 diciembre 2012, SAP Castellón (Sec. 3ª) de 22 noviembre 2012, y SAP Valladolid (Sec. 3ª) de 26 noviembre 2012.

¹⁴⁹ SAP Murcia (Sec. 1ª) de 19 noviembre 2012.

¹⁵⁰ SAP Madrid (Sec. 20ª) de 16 noviembre 2012.

¹⁵¹ Cfr. Larrosa Amante, M.A. (2009). "La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas: especial referencia a los mecanismos de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación".

¹⁵² Art 7 del RD 515/1989.

2. Viviendas excluidas del objeto de protección

Partiendo de la definición de vivienda dada por Larrosa Amante, M.A. (2009, p.672) quedaría excluido del régimen de consumidores de viviendas, en primer lugar, y de acuerdo con el Art. 1 del RD 515/1989, “*las ventas que se efectúen mediante subasta judicial o administrativa*”, exclusión que viene justificada por el anterior autor “*porque el vendedor (normalmente la Administración en virtud de los diferentes procedimientos de apremio legalmente contemplados) no puede ser calificado como profesional o empresario a los efectos de la propia legislación de consumo*”.¹⁵³

Y, en segundo lugar, “*los inmuebles no destinados a vivienda*” según los conceptos dados. Para el anterior autor (2009, p.672), se excluían las viviendas adquiridas como inversión con la intención de especular.¹⁵⁴ En este sentido, la ya derogada Ley 57/1968, indicaba en su Art. 1 que se aplicaba solo a las viviendas “*destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial*”.

No obstante, como se ha indicado, la ausencia de ánimo de lucro en la compra de una vivienda no es exigible para considerar consumidor a la persona física. Con la nueva redacción dada al Art. 3 del TRLGDCU por la Ley 3/2014 se considera consumidor a la persona física que al adquirir una vivienda de un empresario actúa con un propósito ajeno a “*su actividad comercial, empresarial oficio o profesión*” y con ánimo de lucro al destinarla a la venta o arrendamiento, al no ser éste (a diferencia de antes), un criterio de exclusión. De lo que cabe deducir que en la actualidad, la vivienda adquirida por un consumidor con ánimo de lucro para ser destinada a su reventa o arrendamiento también estará protegida, aun cuando este consumidor no sea su destinatario final.

Por último, el Art. 5 de la LAU excluye de su ámbito de aplicación viviendas de porteros, casas militares, vivienda con uso agrícola o viviendas universitarias, que se rigen por lo dispuesto en una legislación específica.

¹⁵³ Hay que tener en cuenta, además que en las subastas, no hay un vendedor empresario o profesional inmobiliario, constructor o promotor que determine las condiciones de venta frente al comprador, sino que estas vienen fijadas objetivamente en virtud de las normas legales que regulan el avalúo de tales bienes y su venta pública, es decir, no están en juego intereses contrapuestos, y no existe un acuerdo de voluntades en el que se deba proteger a la parte más débil del contrato.

¹⁵⁴ Cfr. Larrosa Amante, M.A. (2009). “La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas: especial referencia a los mecanismos de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación”.

CAPITULO IV. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR CONTRATANTE A LA INFORMACION PREVIA AL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA.

Dado que el acceso a la vivienda genera a la mayoría de las familias unos gastos que pueden ser considerados como los más importantes de sus vidas, el legislador ha dictado unas de medidas encaminadas a la protección del consumidor de vivienda imponiendo al empresario una serie de obligaciones tanto en la fase de preparación como en la de perfección del contrato.

En este capítulo y en los dos siguientes, se exponen, las medidas de protección del consumidor de vivienda, en la fase precontractual propiamente dicha, en cuanto destinatario, en general, de la publicidad y, en particular, de una información sobre la vivienda cuya adquisición o arrendamiento interesa, resaltando las modificaciones que la Ley 3/2014 introduce.

1. Orígenes

La información se consideró un derecho fundamental del consumidor, en el Programa preliminar de la CEE para una política de protección y de información del consumidor, aprobado en 1975.

En la CE, el derecho a la información, como indica Torres Lana, J. A. (2013, p. 1012), *“es un derecho básico de la persona (art.20.1.d)”*.¹⁵⁵ Sin embargo, el derecho de los consumidores a la información no se recoge taxativamente en el Art. 51.2 de la CE, pues según Picatoste Bobillo, J. (2011), queda constitucionalizado como un derecho de carácter instrumental al servicio de la defensa de intereses económicos de aquellos.¹⁵⁶

En nuestro CC, aunque según Reyes López, M. (2012, p.145) *“podía entenderse que estaba implícito en determinados preceptos”*.¹⁵⁷ En realidad, Picatoste Bobillo, J. (2009) afirma que no se reconoce,¹⁵⁸ porque como indica Lasarte Álvarez, C. (2016), el CC fue concebido partiendo de una situación de igualdad entre ambas partes, en la que

¹⁵⁵ Cfr. Torres Lana, J. A. (2013). “Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 1011-1020.

¹⁵⁶ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2011). “El derecho de información en la contratación con consumidores”. *Actualidad Civil*, núm.4, pp.372-425.

¹⁵⁷ Cfr. Reyes López, M.J. (2012). *Manual de derecho privado de consumo*. Madrid, La Ley, pp. 524.

¹⁵⁸ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2009). “El derecho de información en la contratación con consumidores”, *Nuevas perspectivas sobre el texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Problemática en la ejecución de laudos arbitrales*, Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial, núm. 45.

cada una debía procurarse la información que considerase pertinente sin que su falta pudiese imputarse al empresario.¹⁵⁹

Con el fin de dar cumplimiento al mandato contenido en el Art. 51 de la CE, se dictó la LGDCU que en su Art. 2.1.d), contemplo expresamente la información como derecho básico de los consumidores y usuarios.¹⁶⁰ El TRLGDCU, contiene, al igual que aquella, varias referencias al derecho de los consumidores a la información. No obstante, a los efectos de este capítulo solo interesan las que tienen proyección en el ámbito contractual.

2. Regulación de la información como derecho básico

El TRLGDCU tras la reforma operada por la Ley 3/2014, continua considerando en su Art. 8. d) la información como derecho básico de los consumidores y usuarios, en los mismos términos que ya se reconocía en la LGDCU. No obstante, para Larrosa Amante, M.A. (2009, pp. 673-674), el TRLGDCU cambia profundamente *"el desarrollo"* de este derecho, *"incidiendo tanto sobre el propio derecho a la información, en el artículo 17.1 del TRLGDCU, como en el alcance real y efectivo de la información precontractual a facilitar al consumidor (artículo 60) y la implicación de Notarios y Registradores de la Propiedad en el cumplimiento del derecho a la información (artículo 81.2)".*¹⁶¹

De conformidad con Peña López, F. (2015), el Art. 8. d) no contiene un derecho en sentido estricto, sino un principio programático del Derecho de consumo que encuentra su desarrollo en otros preceptos del TRLGDCU.¹⁶² Así, tiene como contrapartida, en primer lugar, la obligación de información previa al contrato que el Art. 60 impone a los empresarios, como deber precontractual. Y, en segundo lugar, la exigencia legal de una labor de fomento de la misma por parte de las Administraciones Públicas, dirigida a garantizar aquella a los consumidores. En este sentido, el Ar. 17.1 del TRLGDCU, atribuye a las Administraciones Públicas funciones de fomento pero también tienen funciones de vigilancia y control.

De los Arts. 17 y 18 del TRLGDCU, Álvarez Lata, N. (2015, p.201) extrae la conclusión de que la Administración, no solo *"ha de velar por el cumplimiento del deber de información"*¹⁶³ que tienen los empresarios, sino que también ella *"tiene el deber de informar a los consumidores"*.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Cfr. Lasarte Álvarez, C. (2016). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Madrid, Ed. Dykinson, pp. 326.

¹⁶⁰ Al que posteriormente se dedicó el capítulo IV (Art. 13 a 17), y el Art. 18.d) facilitar la información a la que se refiere el capítulo IV.

¹⁶¹ Cfr. Larrosa Amante, M. A. (2009). "La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas: especial referencia a los mecanismos de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación".

¹⁶² Cfr. Peña López, F. (2015). "Comentario al art. 8 del TRLDCU," en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto legislativo 1/2007*. Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 83-94.

¹⁶³ Cfr. Álvarez Lata, N. (2015). "Comentario al art. 17 del TRLDCU," en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes*

Como indica Reyes López, M. (2012, pp.146-150) los Arts. 8, 17 y 18 del TRLGDCU, contemplan al consumidor como ciudadano anónimo al margen de su "posición de consumidor contratante", y a la información como un derecho genérico de estos "a ser y estar informado"; y, "como una tarea que satisface un interés público".¹⁶⁵ Sin embargo, en este trabajo, nos interesa un ámbito más restringido y concreto de la información en cuanto es debida, y se dirige en particular a un consumidor concreto que como potencial contratante, sale del anonimato del público y muestra interés en contratar una vivienda. Es decir, nos interesa, la información precontractual que de conformidad con López Maza. S. y, García Vicente. J.R (2015, p.822), establece el Art. 60 del TRLGDCU como un deber que "pesa sobre el empresario o profesional y se dirige a la celebración de un contrato".¹⁶⁶ Y, que según Picatoste Bobillo, J. (2011), tiene por objeto asegurar la cabal formación de la voluntad negocial.¹⁶⁷

Por último, debemos tener en cuenta que el régimen general del Art. 60 TRLGDCU, aplicable a cualquier modalidad contractual, se completa con otros preceptos no sólo del propio TRLGDCU, sino también, de una numerosa legislación sectorial, respecto de la que éste tiene carácter supletorio y, de la que cabe destacar el RD 515/1989, que contiene un desarrollo específico del derecho a la información, en materia de vivienda.¹⁶⁸ A esta normativa inmobiliaria que no quedo refundida se refiere, en especial, el ap. 2 del Art.60 del TRLGDCU, cuando se remite a las "normas que resulten de aplicación".

3. Fundamento del derecho de información

El empresario que ofrece la vivienda dispone de una información y unos conocimientos acerca de aquella, de los que el consumidor carece. Como indica Picatoste Bobillo, J. (2011), esas lagunas informativas contribuyen a que éste último se encuentre en una situación de desigualdad informativa y debilidad que debe ser subsanada, si se quiere asegurar la cabal formación de la voluntad negocial.¹⁶⁹

complementarias, Real Decreto legislativo 1/2007). Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 197- 204.

¹⁶⁴Suprimido el Instituto Nacional de Consumo por el RD 19/2014, de 17 de enero, y refundido en un nuevo organismo autónomo denominado Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición. Publicado en BOE núm. 29 de 3 Febrero 2014.Son las CCAA las que han regulado esta materia.

¹⁶⁵ Cfr. Reyes López, M.J. (2012). *Manual de derecho privado de consumo*. Madrid, La Ley, pp. 524.

¹⁶⁶ Cfr. López Maza. S., García Vicente. J.R (2015). "Comentario al art. 60 del TRLDCU" en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto legislativo 1/2007). Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 820-842*

¹⁶⁷ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2011). "El derecho de información en la contratación con consumidores".

¹⁶⁸ Dentro del RD 515/1989, Cavanillas Múgica, distingue la información y documentación a que tiene derecho el adquirente (Arts. 4 a 7), de la publicidad (Arts. 2, 3, y 8). Cfr. Cavanillas Múgica, S. (1995) "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril" en *Derecho Privado y Constitución*, núm.6., pp. 43-68.

¹⁶⁹ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2011). "El derecho de información en la contratación con consumidores".

Para paliar ese desequilibrio informativo, con una finalidad tuitiva, el Derecho contractual de consumo establece deberes de información a los empresarios basados en las más elementales exigencias de buena fe, y la necesidad de asegurar un equilibrio o igualdad entre partes. En este sentido, para López Maza. S. y, García Vicente. J.R (2015, p.825-826) estos deberes persiguen en primer lugar, “asegurar la libertad y racionalidad de la decisión de contratar”, esto es, se trata “de asegurar el correcto juicio de conveniencia económica u oportunidad del contrato”.¹⁷⁰ En segundo lugar, advertir al consumidor del alcance del compromiso que va a adquirir. Y, en último lugar, dar a conocer la vivienda objeto del contrato.

En definitiva, la información precontractual es el principal instrumento con que cuentan los consumidores para quedar protegidos frente a las modernas técnicas agresivas del mercado inmobiliario. A través de ella, se permite al consumidor conocer las cualidades de la vivienda, compararlas con las de otra, y por último reflexionar sobre si conviene celebrar o no el contrato con pleno conocimiento de causa. De esta manera, si decide contratar la vivienda prestará libremente un consentimiento bien formado y, exento de vicios, ganando en seguridad jurídica y reduciendo la posibilidad de futuras contiendas.

4. Características que debe revestir la información previa

Este mismo fundamento proteccionista inspiró la reforma operada en el Art. 60 del TRLGDCU por la Ley 3/2014 al transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE, que con el objetivo principal de reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores, como de los empresarios, introduce entre las medidas encaminadas a reducir la desigualdad de posiciones entre ambas partes y, evitar situaciones de desprotección de los consumidores, un “reforzamiento” de la información precontractual, ampliando con carácter general los requisitos o características exigibles a ésta en los contratos con consumidores y usuarios.¹⁷¹

No obstante, en la redacción dada por la Ley 3/2014 al ap. 1 del Art. 60 las cualidades de la información precontractual “relevante, veraz y suficiente” se continúan predicando con el siguiente tenor literal: “Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas”.

Además, la Ley 3/2014 introdujo un nuevo ap. 4 a éste precepto, que establece: “La información precontractual debe facilitarse al consumidor y usuario de forma gratuita y al menos en castellano”.

Para analizar las características que debe revestir la información previa, Cámara Lapuente, S. (2011), las aglutina en los principios de transparencia, proporcionalidad y

¹⁷⁰ Cfr. López Maza. S., García Vicente. J.R (2015). "Comentario al art. 60 del TRLDCU".

¹⁷¹ Que en el caso de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento del empresario han sido objeto de plena armonización por parte de la Directiva. EM de la Ley 3/2014.

veracidad.¹⁷² Así, el principio de transparencia, englobaría las referencias que hace el precepto a que la información deberá facilitarse "*de forma clara y comprensible salvo que resulte manifiesta por el contexto*".

La claridad, tiene su contrapartida, según Picatoste Bobillo, J. (2009, p. 15) "*en la proscripción de la ambigüedad, que no puede sino llevar a una interpretación contra proferentem (arts. 80.2 TRLDCU, art. 1288 CC)*".¹⁷³ Y, la comprensión conlleva, para Cámara Lapuente, S. (2011, p.492), que la información se debe facilitar en un lenguaje asequible al "*consumidor medio*", y al menos en castellano.¹⁷⁴ Sin perjuicio, de suministrar la información también en otras lenguas oficiales autonómicas. La información nunca sería comprensible si como señala el primero de estos autores (2009, p. 19) "*el consumidor es forzado a informarse en condiciones de apremio o presión que le impiden un sosegado examen y conocimiento del contenido del contrato*".¹⁷⁵

El principio de proporcionalidad de la información precontractual se derivaría, según Cámara Lapuente S. (2011), de las menciones a que la información que se deberá facilitar ha de ser "*relevante y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas*".¹⁷⁶

El Art. 60.2 del TRLGDCU establece que "*Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación*" como el RD 515/1898 "*y, además*" la información contenida en sus letras a) a k) que establecen los presupuestos mínimos sobre los que el empresario ha de informar.¹⁷⁷

La información "*suficiente*", para Cámara Lapuente, S. (2011) es la necesaria para que el consumidor comprenda el alcance de su decisión, no requiriendo una información exhaustiva, que por su exceso confunda al consumidor.¹⁷⁸ En este sentido, Reyes López, M. (2012, pp.162-163) añade que se debe informarse "*de forma precisa y concisa, sin omitir datos pero tampoco aportando información innecesaria que confunda al consumidor*", porque en opinión de la anterior "*tan mala es una información precaria como una información inútil o excesiva*".¹⁷⁹

Por último, con el principio de veracidad, de conformidad con Cámara Lapuente, S. (2011, p.493) se evita que la falsedad confunda al consumidor, "*bien por vía de*

¹⁷² Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Información previa al contrato" en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Ed. Colex, pp.483-508.

¹⁷³ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2009). "El derecho de información en la contratación con consumidores".

¹⁷⁴ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Información previa al contrato".

¹⁷⁵ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2009). "El derecho de información en la contratación con consumidores".

¹⁷⁶ La Ley 3/2014, sustituye el adjetivo calificativo "*esenciales*" de las características del contrato por el de "*principales*" y, se suprime la referencia que se hacía a los bienes y servicios objeto del contrato.

¹⁷⁷ Entre las nuevas obligaciones de información precontractual que asumen los empresarios y, que se consideran en todo caso relevantes, destacan las de informar a los consumidores y usuarios de la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que, en su caso, tengan que pagar o aportar a solicitud del empresario, incluidas aquellas por las que se bloquee un importe en la tarjeta de crédito o débito del consumidor. También deberán informar de la existencia de la garantía legal de conformidad de los bienes, así como de la existencia y condiciones de los servicios postventa y de las garantías comerciales que otorguen, en su caso

¹⁷⁸ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Información previa al contrato".

¹⁷⁹ Cfr. Reyes López, M.J. (2012). *Manual de derecho privado de consumo*.

afirmaciones falaces, bien de inexactitudes o de omisiones engañosas". En este sentido, para Picatoste Bobillo, J. (2009, p.15), es "el presupuesto necesario para que el consumidor pueda primero formar y luego prestar cabalmente el consentimiento contractual atendiendo la veracidad y suficiencia de la información a la buena fe y lealtad contractual".¹⁸⁰

Por ello, en el Art. 65 del TRLGDCU se sanciona la falsedad, la inexactitud y la omisión de la información. Y, en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD),¹⁸¹ se prohíben la información inexacta y las omisiones engañosas que puedan inducir a error al consumidor.

Del análisis de estas características, de conformidad con Zurilla Cariñana, M. (2013, p.3), se deduce que las modificaciones introducidas por la Ley 3/2014 en el Art. 60, no le afectaron de forma sustancial. Así, ya incluso, antes de la reforma, el empresario debía suministrar de forma clara y comprensible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.¹⁸²

Asimismo, antes de que se añadiera al Art.60 un ap. 4, este precepto en su ap. 3 establecía la obligación de facilitar esta información de forma gratuita. Por tanto, el cobro de la información precontractual obligatoria, imponiendo, por ejemplo, la utilización de números de tarificación adicional, quedaba prohibida antes de la reforma.

En definitiva, la Ley 3/2014, respecto el tenor literal del Art. 60 limitándose a sustituir los términos "*puesta a disposición*" por el verbo facilitar, y "*evidente*" por "*manifiesta*". Expresión esta última, que de conformidad con la anterior autora (2013, p.4), "*introduce un factor importante de inseguridad jurídica en cuanto que una información que para un consumidor puede resultar manifiesta en relación con el contexto, para otro puede no serlo*".¹⁸³ En cualquier caso, no se llega a comprender que tipo, clase o datos pueden resultar manifiestos por el contexto que no evidentes, como para que lleguen a eximir al empresario de la obligación de informar. En caso de duda, los Tribunales han de atender a las circunstancias de cada caso concreto, teniendo en cuenta que las normas de protección de los consumidores se interpretan a favor de estos últimos.

En mi opinión, esta reforma ha desaprovechado la oportunidad de establecer de forma expresa como debe suministrarse la información precontractual, dejando como dicen López Maza. S. y, García Vicente. J.R (2015, pp. 841-842) "*abierta, así, la posibilidad de que quepa informar al consumidor de forma escrita, a través de un soporte duradero, o incluso de forma verbal*". Tampoco, determina con qué antelación mínima debe otorgarse la información precontractual, aunque de conformidad con los

¹⁸⁰ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2009). "El derecho de información en la contratación con consumidores".

¹⁸¹ BOE de 11 de Enero de 1991.

¹⁸² Cfr. Zurilla Cariñana, M.Á. (2013). "Comentarios al proyecto de Ley de reforma de la LGDCU. La reforma de los artículos 60 y 97 en el proyecto de Ley de modificación del TRLGDCU ¿Hay algo nuevo que merezca la pena?" en www.uclm.es/centro/cesco.

¹⁸³ Cfr. Zurilla Cariñana, M.Á. (2013). "Comentarios al proyecto de Ley de reforma de la LGDCU. La reforma de los artículos 60 y 97 en el proyecto de Ley de modificación del TRLGDCU ¿Hay algo nuevo que merezca la pena?".

anteriores “en cualquier caso, será la necesaria para que el consumidor pueda asimilar la información y tenerla en cuenta para decidir si contrata o no”.¹⁸⁴

5. Contenido

El deseo de proteger al consumidor fue lo que llevo al legislador a regular con detalle el deber de información precontractual tipificando sus contenidos mínimos. Aquellos que de conformidad con Picatoste Bobillo, J. (2011), de forma inexcusable debe conocer el consumidor para prestar un consentimiento fundado en un conocimiento de las características de la vivienda que adquiere o arrienda y del contenido económico y jurídico del contrato, es decir, del alcance de su compromiso.¹⁸⁵

El TRLGDCU en su Art. 64, al igual que la LGDCU en su Art. 13.2 introdujo una referencia explícita a la información que hay que suministrar al consumidor en la compraventa de viviendas.¹⁸⁶ Esta norma, como indica Reyes López, M. (2012, p. 164-165), “dotó por vez primera al adquirente de una vivienda de los recursos necesarios para que pudiese conocer las condiciones reales” de la misma, dado que más de una ocasión, la venta de la vivienda se hace sobre plano, sin que la misma esté acabada, y se impide tener constancia efectiva de sus condiciones hasta el momento de su entrega.¹⁸⁷

El Art. 60. 2 del TRLGDCU, al mantener el carácter imperativo de los contenidos de la información precontractual que serán relevantes, nos remite en el ámbito de la compraventa y arrendamiento de viviendas al RD 515/1989. Norma que en la actualidad se mantiene en vigor, sin perjuicio de que las remisiones que hace a la LGDCU haya que entenderlas hechas al TRLGDCU.

Para analizar el contenido mínimo de la información precontractual que los empresarios o promotores de viviendas para venta o alquiler, deberán tener a disposición del público, de las Administraciones,¹⁸⁸ y en su caso, deberán entregar gratuitamente al consumidor, vamos a distinguir entre los datos de los sujetos, la documentación administrativa, los datos de la vivienda, su precio, la documentación del contrato, y por último, la fecha de la entrega de la vivienda. Contrastando lo dispuesto, en el RD 515/1989 (Arts. 4 y 5), en el TRLGDCU (Art. 60.2) y en la LOE.

a). Datos de los sujetos:

Tras la reforma operada por la Ley 3/2014 en el Art. 60.2 del TRLGDCU, su letra b) dispone que serán relevantes las obligaciones de información sobre “La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el

¹⁸⁴ Cfr. López Maza, S., García Vicente. J.R (2015). "Comentario al art. 60 del TRLDCU".

¹⁸⁵ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2011). “El derecho de información en la contratación con consumidores”.

¹⁸⁶ El Art. 64 establece que “En el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta norma, se facilitará además la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación o norma autonómica que resulte de aplicación”.

¹⁸⁷ Cfr. Reyes López, M.J. (2012). *Manual de derecho privado de consumo*.

¹⁸⁸ El Art. 4 del RD 515/89, dispone: “Quienes realicen las actividades sujetas a este Real Decreto deberán tener a disposición del público, y en su caso, de las autoridades competentes, la información siguiente”.

nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe".

Con estos datos, se trata de conformidad con López Maza. S. y, García Vicente. J.R (2015, p. 834) de *"asegurar al consumidor una vía rápida y fácil de comunicación con el empresario, controlar los requisitos de capacidad y, llegado el caso, poder exigir responsabilidad"*.¹⁸⁹ Es decir, resultan esenciales para que el consumidor pueda ejercer sus derechos. La Ley 3/2014, los recoge en la letra b) del Art. 60.2 (antes letra a) introduciendo como novedad el número de teléfono, y sustituyendo la mención que se hacía al comerciante por una más correcta referida al empresario.

En la misma línea, el RD 515/1989, en su Art. 4.1 incluye entre la información exigida la identificación del vendedor o arrendador.¹⁹⁰ Y, en su Art 5.6 establece que *"Cuando se trate de primera transmisión se indicará el nombre y domicilio del arquitecto y el nombre o razón social y domicilio del constructor"*. Estas menciones, de conformidad con Lasarte Álvarez, C. (2016), son útiles al consumidor que como consecuencia de los vicios o defectos de la construcción se vea obligado a demandar a aquellos en los Tribunales.¹⁹¹ Sin embargo, en mi opinión de igual utilidad hubiera sido exigir al promotor comunicar los cambios que afecten a su domicilio, composición social, reducción de capital, inicio de un proceso de disolución y liquidación, porque, esta falta de información hará difícil al consumidor identificar correctamente aquellos, en caso de que en el futuro tenga que demandarlos.

b). Documentación administrativa:

El RD 515/1989 establece en su Art. 5.1 que se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes la copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda. En concreto, se refiere a la cédula urbanística o *"certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias"*, y a la licencia o *"acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios"*.

Estos documentos solo se exigen cuando se promocionen viviendas para su venta, y no para su arrendamiento. Cuando de conformidad con Lasarte Álvarez, C. (2016), a estos consumidores les sería de igual utilidad que a los compradores,¹⁹² y de este modo, estarían igualmente protegidos.

Para Cavanillas Múgica, S. (1995) siendo, como es sabido que la información relativa a la situación urbanística de la vivienda es propensa a fraudes, se podía haber optado por remitir al consumidor a los organismos correspondientes, en lugar de obligar al vendedor a ponerla a su disposición.¹⁹³ En mi opinión, una cosa no quita la otra, y

¹⁸⁹ Cfr. López Maza. S., García Vicente. J.R (2015). "Comentario al art. 60 del TRLDCU".

¹⁹⁰ *"Quienes realicen las actividades sujetas a este Real Decreto deberán tener a disposición del público, y en su caso, de las autoridades competentes, la información siguiente: 1.El Nombre o razón social, domicilio y, en su caso, los datos de la inscripción en el registro mercantil, del vendedor o arrendador"*.

¹⁹¹ Cfr. Lasarte Álvarez, C. (2016). *Manual sobre protección de consumidores*.

¹⁹² Cfr. Lasarte Álvarez, C. (2016). *Manual sobre protección de consumidores*.

¹⁹³ Cfr. Cavanillas Múgica, S. (1995). "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril".

siendo lógico que al adquirente de vivienda le proporcione tranquilidad la información sobre el cumplimiento de las normas urbanísticas éste puede en cualquier momento acudir a los organismos correspondientes a verificar que la información que obra en ellos coincide con la que aquel le facilitó.

Además, desde el día 1 de junio de 2013, el empresario que pretenda vender o alquilar una vivienda está obligado a poner a disposición de los compradores o arrendatarios el certificado de eficiencia energética.¹⁹⁴ En él se incluirá, además de la calificación energética de la vivienda, información objetiva sobre el consumo de energía de la misma, y, en el caso de viviendas existentes, un documento de recomendaciones para la mejora de los niveles óptimos o rentables de la eficiencia energética.¹⁹⁵ De esta forma, los potenciales propietarios o arrendatarios puedan valorar y comparar el nivel de eficiencia energética de las viviendas, ya que una calificación A (más eficiente) o, G (menos eficiente) debería condicionar el precio o renta de la vivienda en la medida que puede suponer un mayor o menor consumo de energía, y en consecuencia, un ahorro.

El artículo único del RD 235/2013, dispone en su núm. 2 que *"Cuando se construyan, vendan o alquilen edificios o unidades de éstos, el certificado de eficiencia energética o una copia de éste se deberá mostrar al comprador o nuevo arrendatario potencial y se entregará al comprador o nuevo arrendatario, en los términos que se establecen en el Procedimiento básico"*. Este certificado deberá aparecer en todos los anuncios de venta o alquiler de las viviendas, tanto en papel, como en internet, o en cualquier otra plataforma. Por ello, sin esa etiqueta energética, una vivienda no se puede ni siquiera anunciar.

c). Datos relativos a la vivienda:

Los Arts. 4 (ap.2 a 6), y 5 (ap. 2 y 3) del RD 515/1989 detallan la información sobre la vivienda que se deberá tener a disposición del público, y en su caso, de las autoridades competentes.

El Art. 4 en su ap. 2, hace mención al plano general del emplazamiento de la vivienda, y al de ésta última, que deberá describir el trazado de las redes eléctricas, agua, gas, calefacción, y de las medidas de seguridad contra incendios. Y, en su ap. 3 se refiere a la *"Descripción de la vivienda con expresión de su superficie útil, y descripción general del edificio en el que se encuentra, de las zonas comunes y de los servicios accesorios"*.

¹⁹⁴ El RD 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, publicado en el BOE núm. 89 de 13 abril 2013. Derogó el anterior RD 47/2007 y, regula la certificación energética de los edificios, tanto nuevos, como existentes, con el objeto de reducir el consumo energético del parque inmobiliario. La norma forma parte de un paquete de medidas aprobadas a comienzos de abril de 2013 por el Gobierno de España, relativas al apoyo a la vivienda y a la rehabilitación, y tiene como objeto trasponer, con muchos meses de retraso, a la legislación española la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios.

¹⁹⁵ Facilita información que permite al inquilino o propietario del inmueble conocer el estado energético de la vivienda, pero no existe la obligación de llevar a cabo las medidas de mejora propuestas.

Atender a la descripción de la superficie útil de la vivienda y de sus anexos, resulta interesante porque cuando se ofrece información sobre la misma, es frecuente que se utilicen términos como superficie disponible, superficie utilizable, superficie construida que carecen de rigor técnico y, confunden al consumidor. Por ello, se hace necesario delimitar el concepto de superficie útil de una vivienda referido a la superficie total de la vivienda, una vez deducidas las partes de la estructura como muros, vigas, o conductos que suelen suponer una parte de la superficie construida total.¹⁹⁶ Además, hay que tener en cuenta que la superficie construida de una vivienda en régimen de propiedad horizontal, incluirá la parte proporcional de la superficie construida de todas las zonas comunes del edificio, obtenida por aplicación de la cuota de participación fijada en los estatutos de la comunidad de propietarios.

El ap. 4 del Art. 4, hace referencia a los materiales empleados, y el ap. 5 a las instrucciones sobre el uso y conservación de las instalaciones que exijan algún tipo de actuación o conocimiento especial y sobre evacuación del inmueble en caso de emergencia.

De conformidad con Cavanillas Múgica, S (1995), las instrucciones solo deberían ser innecesarias en las instalaciones que no requieran ningún tipo de mantenimiento o cuidado (por ejemplo, los elementos estructurales).¹⁹⁷

En opinión, del anterior autor (1995), el ap. 6 del Art. 4, al exigir que se informe solo de los datos registrales de la finca, o de que la vivienda no está inscrita en el Registro de la Propiedad, pero no del contenido concreto de la inscripción, opta por no generar falsas expectativas en los consumidores y remitirlos a éste Registro.¹⁹⁸ Donde aquellos pueden pedir una nota simple informativa, o una certificación que además de acreditar la titularidad de la vivienda, da fe del contenido mismo de la inscripción.¹⁹⁹

En mi opinión, se protegería mejor al consumidor (sin restar seguridad jurídica a la contratación de la vivienda), si se exigiera al empresario que le facilite una fotocopia del certificado original del Registro de la Propiedad, que acredite la titularidad de la vivienda y las cargas que limiten el derecho de uso o dominio. De este modo, si aquella fuera falsa se podría imputar al empresario un delito de falsedad.

El Art 5.2 del RD 515/1989, indica que cuando se promocionen viviendas en régimen de propiedad horizontal para su venta (no para su alquiler) se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes, los estatutos y normas de funcionamiento de la comunidad de propietarios. Así, como la información sobre los contratos de servicios y suministros de la comunidad. Además, si la comunidad de propietarios ya está funcionando se facilitará un extracto de las cuentas y las obligaciones de la vivienda objeto de la venta.

¹⁹⁶ Estas definiciones se encuentran recogidas en el Art. 4 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras. BOE 9 abril 2003. Y, En Andalucía, en el Art. 2 e) del Anexo I del Decreto 218/2005, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas. BOJA 7 noviembre de 2005.

¹⁹⁷ Cfr. Cavanillas Múgica, S. (1995). "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril".

¹⁹⁸ Cfr. Cavanillas Múgica, S. (1995). "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril".

¹⁹⁹ www.registradores.org

En estos casos, no debemos olvidar, que el título constitutivo de la propiedad horizontal es habitual que lo haya redactado el propio promotor,²⁰⁰ y que dentro de él se integran los estatutos de la comunidad y, la descripción de cada piso, fijando la cuota de participación que le corresponde.²⁰¹ Por ello, de conformidad con Lasarte Álvarez, C. (2016) disponer de esta información, es de suma importancia para que el consumidor pueda conocer la configuración de la comunidad en la que se integra la vivienda que le interesa, y adoptar una decisión al respecto.²⁰²

Además, hay que tener en cuenta que el Art 5.2 del RD 515/1989, exige la puesta a disposición de ésta documentación, sin que baste la cláusula contractual, frecuente, en la que el consumidor se da por enterado de los mismos, y declara conocer unos Estatutos que, en realidad, desconoce.²⁰³

Para Cavanillas Múgica, S. (1995, p.60), esta exigencia fue una de las novedades más importantes del RD 515/1989, ya que la ausencia de ésta información "*constituía anteriormente una de las zonas de mayor inseguridad para el comprador*". De conformidad con el anterior autor, si la comunidad de propietarios todavía no se ha puesto en funcionamiento, informándose de "*los contratos de servicios y suministros*" de la misma se puede "*calcular el importe aproximado de los gastos comunes que generara la comunidad*". Y, si está funcionando, conociendo el extracto de cuentas y obligaciones de la vivienda, se puede saber aquel importe, y si la vivienda esta afecta al pago de los gastos de la comunidad.²⁰⁴

²⁰⁰ El título constitutivo de la propiedad por pisos es la escritura mediante la cual se formaliza la propiedad horizontal. Su elaboración e inscripción en el Registro de la Propiedad corresponde al propietario único del edificio (generalmente el promotor) antes de iniciarse la venta por pisos, o a todos los copropietarios una vez iniciada dicha venta. Su contenido se establece en el Art. 5 de la Ley 49/1960, de 21 de Julio, sobre Propiedad Horizontal, (en adelante, LPH). BOE núm. 176, de 23 de Julio de 1960, páginas 10299 a 10303 (5 págs.), modificada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas, publicada en el BOE núm. 153 de 27 de junio 2013, páginas 47964 a 48023 (60 págs.) ,concretamente en los Arts. 2, 3, 9, 10 y 17, y en la DA, derogando los Arts. 8, 11 y 12.

²⁰¹El Art 5 de la LPH establece que el título constitutivo de la propiedad por pisos, deberá describir el inmueble en su conjunto, y cada uno de los pisos, asignándoles un número correlativo, expresando su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano. Además, fijara la cuota de participación que corresponde a cada piso, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes. El Título podrá contener además los estatutos, integrando reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, que no perjudicarán a terceros si no han sido inscritos en el Registro de la Propiedad.

²⁰²Cfr. Lasarte Álvarez, C. (2016). *Manual sobre protección de consumidores*.

²⁰³ El consumidor, adquirente de la vivienda debe estar atento a estas cláusulas y a otras frecuentes que entre las condiciones generales de los contratos hagan referencia a que se compromete a aceptar sin limitaciones los Estatutos por los que se rija la comunidad, así como a pagar la parte que le corresponda en función de su cuota de participación de los gastos que en la comunidad se generen. Estas cláusulas serán abusivas y si el promotor quisiera hacerlas valer pueden impugnarse judicialmente, conforme a los Art. 82 y siguientes del TRLGDCU.

²⁰⁴ Cfr. Cavanillas Múgica, S. (1995)."La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril".

Este último dato, es de gran importancia para el consumidor porque el Art. 9.1.e) de la LPH, dispone que el adquirente de una vivienda en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con ella de las cantidades adeudadas, a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales, por los anteriores titulares, hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y a los tres años naturales anteriores. Estando la vivienda afecta legalmente al cumplimiento de esta obligación.²⁰⁵

De conformidad con García Aburuza, M. P. (2016). El Art. 9.1.e) fue reformado por la Ley 8/2013, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas para dotar de más garantías de cobro a las comunidades. De tal manera, que una comunidad acreedora por créditos derivados del impago de las cuotas, tendrá preferencia de cobro respecto de una hipoteca que grave la vivienda.²⁰⁶

En la misma línea, para González Carrasco, M. C. (2013), en el caso de que la vivienda quede afectada por las deudas del propietario anterior, la fecha determinante para el cómputo de las tres anualidades, independientemente de cuando se inste la reclamación, es la de la transmisión, sin que dicha garantía se entienda caducada si no se ejecuta, al contrario de lo que ocurre en el caso de que lo que se pretenda sea hacer valer el privilegio crediticio de la comunidad frente a terceros acreedores. En este último caso, cualquier hipoteca o embargo constituidos anteriormente sobre el piso únicamente tendrán eficacia en cuanto no menoscabe el crédito comunitario, que es preferente.²⁰⁷ Pero según la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado (en adelante, DGRN) de 15 de enero de 1997 (RJ 1997, 281), se hace preciso distinguir entre el plazo de prescripción de la acción de la comunidad para reclamar al propietario deudor las mensualidades pendientes (15 años), y el plazo de caducidad a que queda sometido el privilegio (determinado por el hecho de que los gastos correspondan, ahora como máximo, a las tres anualidades anteriores). Según la DGRN, la falta de constancia registral de la demanda en el momento adecuado motiva que aquellas cantidades vayan perdiendo la cobertura del privilegio a medida que transcurre el tiempo. Puesto que si la demanda no se anotaba preventivamente en el Registro de la Propiedad, el privilegio desaparecía frente a terceros paulatinamente a medida que la mensualidad reclamada ya no correspondiera al año anterior a la interposición de aquélla (sino a una anualidad anterior, que ya no era objeto de privilegio alguno), lo que propicio la ampliación a las tres anualidades anteriores.

En mi opinión, esta afección real de la vivienda puede causar un perjuicio irreparable al consumidor que no esté bien informado. Para protegerlo el Art. 9.1.e) de la LPH, establece dos garantías, la primera consiste en que en el instrumento público que se transmita, por cualquier título, la vivienda el transmitente, debe declarar hallarse al corriente del pago de los gastos .de la comunidad de propietarios, o expresar los que

²⁰⁵ La letra e) del Art. 9.1 de la LPH, fue redactada por el núm. 3 de la DF 1ª de la Ley 8/2013, para ampliar a la anualidad en curso y a las tres anualidades naturales anteriores (antes era de una anualidad anterior a la adquisición), tanto el período de preferencia del crédito de la comunidad de propietarios como el período de afección de la vivienda.

²⁰⁶ Cfr. García Aburuza, M. P. (2016). “Legitimación pasiva y cuotas comunitarias: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.2, pp.155-166.

²⁰⁷ Cfr. González Carrasco, M. C. (2013). “Modificación de la Ley de Propiedad Horizontal por Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas” en www.uclm.es/centro/cesco.

adeude. Y, la segunda que el transmitente debe aportar en ese momento certificación sobre el estado de deudas,²⁰⁸ salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente.

El consumidor debe saber que esta información, no obstaculiza la afección real que garantiza a la comunidad de propietarios el cobro de las deudas con cargo a la vivienda transmitida.²⁰⁹ Es decir, se presente o no certificación, la comunidad en nada se ve afectada, pues la sujeción real de la vivienda por las deudas del vendedor tiene, tras la venta, el mismo alcance que la existente antes de la transmisión.

Es consecuencia, el consumidor adquirente de la vivienda responde siempre, haya certificación o no, de las deudas que tenga contraídas el vendedor con la comunidad dentro del límite temporal de los tres años naturales inmediatamente anteriores. Sin que las obligaciones del adquirente se extienden más allá de este límite. Es decir, el comprador no responderá de otras deudas anteriores, de las que sigue siendo único deudor el empresario. Tan sólo en el supuesto que el consumidor asuma expresamente la totalidad de la deuda, y la comunidad acreedora consienta, quedaría liberado el originario deudor, y aquel subrogado en la obligación de pago de la totalidad de la deuda, aunque sobrepasara los aludidos límites legales.

Si el consumidor exonera al empresario vendedor del deber de presentar la certificación, la única consecuencia que esto le provoca es el desconocimiento del estado de deudas con la comunidad, en caso de que existan, sin que por ello vaya a responder de mayor importe del que hubiera respondido en caso de haberse presentado la certificación por el transmitente y haber optado, pese a ello, por adquirir la propiedad de la vivienda.

En mi opinión, de todo lo expuesto, se concluye que si bien es cierto que se exige información sobre el estado de deudas, con la finalidad de asegurar la adecuada formación de la voluntad negocial, pues solo si el consumidor goza de esta información podrá adoptar la decisión sobre la vivienda que más le interese, emitiendo, en todo caso, un consentimiento libre y bien formado con pleno conocimiento de las consecuencias que le acarrearía adquirir una vivienda con estas deudas. En realidad, su finalidad última es proteger a la Comunidad de propietarios, hasta el punto que la vivienda responde siempre, aunque la información sea incorrecta o inexistente. Y, lo único que podrá hacer el consumidor que quiera salvar la vivienda recién adquirida, es primero pagar a la comunidad, y después acudir a los tribunales y demandar al empresario o promotor, con los gastos que ello conlleva, y solo en el caso de que se admita la demanda y se declare que éste ha incurrido en alguna responsabilidad, se le condenara en costas y a indemnizar al consumidor, en la cifra abonada por éste a la comunidad más los intereses legales del Art. 576 de la LEC.

²⁰⁸ El Art. 9.1.e) de la LPH dispone que *“La certificación será emitida en el plazo máximo de siete días naturales desde su solicitud por quien ejerza las funciones de secretario, con el visto bueno del presidente, quienes responderán, en caso de culpa o negligencia, de la exactitud de los datos consignados en la misma y de los perjuicios causados por el retraso en su emisión”*.

²⁰⁹ Así, el Preámbulo de la Ley 8/2013, indica que *“se asegura la contribución a los gastos comunes con una afectación real del piso o local al pago de este crédito considerado preferente”*.

Así, lo confirma la STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) de 22 abril 2015, cuando indica que *“sobre el obligado al pago, se han venido produciendo sucesivas reformas en la LPH con el objeto de tutelar y proteger a las Comunidades de Propietarios, a fin de garantizarles en la mayor medida el cobro de las deudas de los comuneros, pues la morosidad constituye el mayor problema que pueden sufrir”*.²¹⁰ Añadiendo que el problema surge cuando la obligación de pago, *“que se atribuye de forma lógica y natural al propietario que lo era en el momento de producirse la obligación de abonar las cuotas”*, se ve extendida a otros sujetos distintos en un afán por parte del legislador de facilitar a las comunidades el cobro de las cuotas y así luchar contra la morosidad. Y, esa extensión supone para el Alto Tribunal que son obligados al pago también el propietario actual adquirente de la vivienda por las cantidades adeudadas por el anterior hasta el límite fijado legalmente, con afección real de la misma. Y, el propietario anterior que omita la notificación de la transmisión a la comunidad. De esta manera, va razonando el TS que el titular registral será obligado al pago, y por tanto ostentará legitimación pasiva en una reclamación a tal efecto si era el propietario de la vivienda al tiempo de surgir la obligación de pago, si es el actual propietario por las deudas de los anteriores titulares, y si es el propietario que omitió la obligación de notificar la transmisión del bien. Pero un titular registral que esté fuera de estos supuestos, no tendrá obligación de pago de las cuotas, ni personalmente ni por extensión, por lo que no ostentará legitimación pasiva en una reclamación de este tipo.²¹¹ Fijando como doctrina que *“cuando el deudor de cuotas por gastos de comunidad de propietarios, por obligación propia o por extensión de responsabilidad, no coincida con el titular registral, la reclamación frente a éste solo será al objeto de soportar la ejecución sobre el inmueble inscrito a su nombre”*.

Entre la información que se debe facilitar al consumidor el Art. 5 ap. 3 del RD 515/1989 indica que se debe de informar del pago de los tributos que gravan la propiedad o utilización de la vivienda.

Al consumidor que le interese una vivienda se le debe informar que la adquisición de la misma comporta el pago de dos impuestos.²¹² El primero, es el Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA),²¹³ que debe pagar al empresario,²¹⁴ y éste lo ingresara posteriormente en la Hacienda Pública.²¹⁵ Además, la

²¹⁰ En el caso que trata esta sentencia, una comunidad de propietarios reclama la cantidad referida a gastos comunes y extraordinarios (rehabilitación de fachada) no satisfechos, y lo hizo demandando en tal concepto al propietario de la vivienda correspondiente respecto de la que se había generado la deuda. Éste negó que estuviera legitimado pasivamente para la reclamación que se le dirigía, ya que si bien era la titular registral de dicha vivienda no era el propietario real de la misma, siendo en la actualidad otro el propietario, obligado al pago era el adquirente, al producirse una transmisión de la vivienda conocida por la comunidad que sin embargo no supuso un cambio de titularidad registral.

²¹¹ En el mismo sentido la SAP Valencia (Sec. 11ª) de 28 septiembre 2016.

²¹² <http://www.juntadeandalucia.es/temas/vivienda-consumo/compra/impuestos.html>.

²¹³ El IVA, está regulado por la Ley 37/1992, de 28 de diciembre. BOE núm.312, de 29 de diciembre de 1992 páginas 44247 a 44305 (59 págs.), modificada por la Ley 28/2014, de 27 de noviembre. BOE núm. 288 de 28 de Noviembre de 2014. Y, grava la compra de una vivienda de nueva construcción en el marco de una actividad empresarial. Es decir, la compra de una vivienda de obra nueva, y primera transmisión de un empresario promotor a un consumidor, Arts. 90 y 91.

²¹⁴ La transmisión, como operación empresarial habitual, está sujeta al IVA. Sin embargo cuando se compra una vivienda de segunda mano, tanto a una inmobiliaria, como a un banco, o a un particular, se trata de segunda o posteriores transmisiones, en estas el comprador no tiene que abonar el IVA, sino el ITP y AJD, en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

formalización en documento público del contrato de compraventa está sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados,²¹⁶ en la modalidad Actos Jurídicos Documentados (en adelante, IAJD) que también debe pagar el consumidor.

La información que se ofrezca al consumidor sobre el IVA que debe pagar, es importante que sea correcta, pues este impuesto, ha sido objeto de varias modificaciones. Así, a la base imponible del IVA (constituida, por el importe total de la contraprestación abonada),²¹⁷ habrá que aplicarle el tipo de gravamen que en poco tiempo paso de ser el 8%, a ser rebajado, por el Gobierno Español a principios del año 2012, al 4% (para potenciar la venta del stock de viviendas sin vender) y, apenas medio año después, en julio de 2012, a ser anunciado que a partir del día 1 de enero de 2013, el IVA aplicable a la adquisición de una vivienda nueva sería de un 10%.²¹⁸

A las plazas de garaje, con un máximo de dos unidades, y los anexos que se transmitan conjuntamente con la vivienda se les aplicará el mismo tipo de IVA que a ésta. Para el resto de casos, se aplicará el 21% de IVA con respecto al importe escriturado. Hay que recordar que no se consideran anexos a viviendas los locales de negocio, aunque se transmitan conjuntamente con los edificios o parte de los mismos destinados a viviendas.²¹⁹

Asimismo, el impuesto que genera elevar ante notario el contrato a escritura pública,²²⁰ y posteriormente inscribirlo en el Registro de la Propiedad debe abonarlo el consumidor, en calidad de contribuyente.²²¹ La base imponible está constituida por el valor de compra declarado en la escritura (sin perjuicio, de una posible comprobación administrativa), cantidad ésta a la que se aplica el tipo de gravamen que, en su caso, haya fijado, a tales efectos, la respectiva CA en uso de sus competencias normativas. En caso de no haber ejercido la misma, el referido tipo impositivo será del 0,50%.²²² En

²¹⁵ El sujeto pasivo del IVA es el empresario, Art 4.Uno de la Ley 37/1992, que lo debe repercutir en el adquirente de la vivienda, que será en definitiva, quien soporte la carga impositiva conforme a los Arts. 84 Uno, y 88 Uno de la Ley 37/1992.

²¹⁶ El IAJD se regula por RD Leg. 1/1993, de 24 de septiembre (BOE de 20 de octubre), por el que se aprueba el TR de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, desarrollado por el RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITP y AJD (BOE 22 de junio). Es un gravamen que se aplica a los actos formalizados en documentos públicos, inscribibles y con cuantía economía como es el caso de las compraventas de viviendas y las hipotecas.

²¹⁷ Art. 81. Uno de la Ley 37/1992, concepto éste que incluye no sólo el precio de la vivienda, en sí mismo considerada, sino también otras posibles cantidades a las que hace referencia el ap. 2 de éste precepto, entre las que se encuentra, por ejemplo, el importe de las deudas del vendedor que hayan sido asumidas por el adquirente como contraprestación total o parcial de la vivienda en cuestión.

²¹⁸ El RD Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE, 14 de julio) modifico en su Art. 23 los Art. 90 y 91 de la Ley 37/1992. La Dirección General de Tributos, para facilitar la aplicación de estas modificaciones, dicto la Resolución de 2 de agosto de 2012, sobre el tipo impositivo aplicable a determinadas entregas de bienes y prestaciones de servicios en el IVA. (BOE, 6 de agosto 2012).

²¹⁹ Art. 91. Uno. 1. 7º de la Ley 37/1992.

²²⁰ Art. 28 del TRITPAJD dispone que están sujetas a éste impuesto las escrituras notariales.

²²¹ El sujeto pasivo es el adquirente, Art. 8 del TRITPAJD.

²²² Art. 31.2 del TRITPAJD.

Andalucía, este impuesto oscila entre el 0,3% y el 1,5% dependiendo de la edad del consumidor y del valor de la vivienda transmitida.²²³

En el caso de que la adquisición de la vivienda se financie mediante préstamo hipotecario, se debe informar al consumidor de que la escritura de constitución de la hipoteca también deberá soportar el IAJD, cuya cuantía representa, con carácter general, el 0,50% sobre el valor total garantizado (principal, intereses y gastos). La liquidación de este impuesto a la Administración la puede hacer el propio interesado, o bien a través de un notario o de un gestor colegiado.²²⁴ Asimismo, se debe informar al comprador de que no está obligado a abonar este impuesto en caso de que se subrogue en el préstamo del promotor.

Al consumidor que le interese arrendar una vivienda se le debe informar que este contrato está exento de IVA,²²⁵ y del ITPO.²²⁶ Pero no lo está, del IAJD que debe abonar el consumidor por formalizar el contrato elevándolo a escritura pública, y posteriormente inscribirlo en el Registro de la Propiedad. Estando constituida la base imponible de este, según Álvarez Martínez, J. (2015, p.813), por *“la cantidad total que haya de satisfacerse por todo el periodo de duración del contrato”*.²²⁷

En mi opinión, esta información de los tributos es a todas luces insuficiente, si tenemos en cuenta que al consumidor lo que le interesa conocer es cuánto dinero le va suponer acceder a una vivienda. Por ello, debería estar informado, no solo de los impuestos que gravan adquirir o arrendar una vivienda, sino también de los impuestos que gravan la propiedad o el uso de la vivienda, y si esta tiene deducciones. De igual modo, le interesa saber todos los gastos que una u otra opción le va a acarrear. Por eso, se estima que el tenor literal del Art. 5. 3 del RD515/1989 es correcto cuando establece que se deberá de informar del *“pago de los tributos de todas clases que graven la propiedad o utilización de la vivienda”*:

Así, el consumidor debe estar informado que desde 1 de enero de 2013, quedó suprimida la desgravación fiscal en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) por adquisición de vivienda habitual,²²⁸ cuando esta se produjo mediante financiación ajena, es decir, cuando se tuvo que pedir una hipoteca. No obstante, la Ley 16/2012, de 27 de diciembre,²²⁹ estableció un régimen transitorio por el que pudieron continuar practicando la deducción todos aquellos consumidores que

²²³ la Orden de 13 de febrero de 2013, aprueba los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos a efectos de la liquidación de los hechos imposables de los ITP y AJD. BOJA de 25 febrero. Y Existe una guía de este impuesto actualizada a 1 enero de 2015 disponible en <https://www.juntadeandalucia.es>.

²²⁴ <https://www.juntadeandalucia.es>

²²⁵ Art 5.Uno c) y Art 20.Uno 23º b) de la Ley 37/1992. Están exentos de IVA los arrendamientos de vivienda.

²²⁶ Art. 7.5 del TRITPAJD

²²⁷ Cfr. Álvarez Martínez, J. (2015). "La tributación de los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda". *En Acceso a la vivienda y contratación*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 799-815.

²²⁸ Esta fue una de las novedades tributarias introducidas por el RD Ley 20/2012, cuyo Art. 25 suprime la letra c) de la DT 13ª de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF. Compensaciones fiscales por deducción en adquisición de la vivienda habitual adquirida antes del 20 de enero de 2006.

²²⁹ La Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptaron diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica. BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012, páginas 88097 a 88155 (59 págs.).

adquirieron antes de 31 de diciembre de 2012 su vivienda habitual,²³⁰ o que dieron cantidades antes de dicha fecha no solo para la construcción (es decir, los consumidores que compraran su vivienda sobre plano o en construcción, adelantando cantidades a cuenta al empresario), sino también para la ampliación, rehabilitación o realización de obras por razones de discapacidad en su vivienda habitual.²³¹ En estos casos, los consumidores podrán seguir deduciendo en su IRPF, como lo hicieron hasta la fecha (15% con una base máxima anual de 9.040 Euros según normativa estatal, deducción que puede variar según la CA).

Por otra parte, el régimen transitorio permitió que las personas que hubieran depositado, antes del 1 enero 2013, cantidades en Cuentas Vivienda para adquisición de primera vivienda habitual, pudieran devolver las cantidades deducidas, hasta 2011 al presentar su declaración IRPF 2012, si hubieran decidido no adquirir la vivienda por suprimirse la deducción por adquisición a partir de 1 enero 2013, y ello sin tener que pagar intereses de demora.²³²

Asimismo, debe informarse al consumidor que también quedo suprimida del IRPF la deducción por alquiler de vivienda habitual,²³³ para aquellos contratos que se firmen a partir del 1 de enero de 2015. Sin perjuicio, del régimen transitorio aplicable a los consumidores que hubieran celebrado el contrato de arrendamiento de la vivienda con anterioridad a esa fecha.²³⁴

No desaparece, en cambio la deducción autonómica a favor del inquilino por alquiler de vivienda habitual²³⁵ que cada comunidad autónoma establezca independientemente de la fecha del contrato de arrendamiento.²³⁶

El consumidor también debe estar informado de que en caso de optar por la propiedad de la vivienda. La titularidad de ésta puede estar gravada hasta por tres

²³⁰ Conforme a la DT 18ª 1. a), b) y c).de la Ley IRPF introducida en su actual redacción, con efectos desde 1 de enero de 2013, por el ap. 9 del Art. 1 de la Ley 16/2012

²³¹ Conforme a la DT 18ª 1. a), b) y c).de la Ley IRPF introducida en su actual redacción, con efectos desde 1 de enero de 2013, por el ap. 9 del Art. 1 de la Ley 16/2012.

²³² DT 18ª 4 de la Ley IRPF.

²³³ La Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/2006, del IRPF. BOE núm. 288 de 28 de Noviembre de 2014. Art. 1º. 13, 48 y 89. Mantiene el porcentaje actual del 60% de exención de las rentas de alquiler de vivienda para todos los arrendamientos, eliminando la reducción incrementada del 100% para los arrendamientos a jóvenes menores de 30 años con rendimientos netos del trabajo o de actividades económicas en el período impositivo superiores al IPREM (para el año 2014 de 7.433,14 euros anuales). Para los inquilinos, se elimina la deducción por alquiler de vivienda con carácter general para aquellos contratos de arrendamiento que se firmen a partir del 1 de enero de 2015. Esta deducción la disfrutaban en la actualidad los contribuyentes cuya base imponible sea inferior a 24.107,20 euros anuales, pudiendo deducirse el 10,05% de las cantidades satisfechas en el período impositivo por el alquiler de su vivienda habitual.

²³⁴ La Ley modifica la DT 15ª estableciendo un régimen transitorio según el cual, pueden aplicar la deducción por alquiler de vivienda en los términos que lo venían haciendo los contribuyentes que hubieran celebrado un contrato de arrendamiento con anterioridad al 1 de enero de 2015 por el que hubieran satisfecho, también con anterioridad a dicha fecha, cantidades por el alquiler de su vivienda habitual, siendo necesario que el contribuyente hubiera tenido derecho a la deducción por dicho alquiler en relación con las cantidades satisfechas por él, en un período impositivo devengado con anterioridad a 1 de enero de 2015.

²³⁵ Art. 1. 52 de la Ley 26/2014.

²³⁶ En Andalucía, dentro de las políticas de fomento del alquiler existen distintas ayudas y subvenciones para los colectivos con mayores dificultades para acceder a una vivienda. <http://www.juntadeandalucia.es/temas/vivienda-consumo/alquiler/ayudas.html>

impuestos. El Impuesto sobre el Patrimonio, grava la vivienda habitual del contribuyente si su valor sobrepasa los 300.000 euros.²³⁷ El IRPF grava la vivienda si no está arrendada, por la imputación de una renta ficticia, salvo que se trate de la vivienda habitual, es decir, grava la segunda vivienda que con frecuencia el consumidor tiene en el campo o en la playa.²³⁸ Y, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (en adelante, IBI) también conocido como contribución urbana, es un impuesto exigido por el Ayuntamiento del lugar donde se encuentre la vivienda,²³⁹ que se devenga el primer día del período impositivo que coincide con el año natural.²⁴⁰

El IBI, al gravar la titularidad del derecho de propiedad sobre una vivienda²⁴¹ afecta al consumidor desde el momento que se convierte en propietario de la misma.²⁴² Por ello, y porque la vivienda adquirida quedará afecta al pago de la totalidad de la cuota tributaria correspondiente a este tributo, al consumidor le resulta de gran importancia saber si el vendedor está al corriente de su pago en el momento de la adquisición.²⁴³ Para comprobar este dato debería pedir al vendedor que le exhiba los documentos justificativos del mismo.

El empresario vendedor que haya abonado el IBI podrá repercutirlo sobre el consumidor que adquirió la vivienda libre de cargas y gravámenes, en proporción al tiempo que cada uno haya ostentado la titularidad dominical. Así, lo fija como doctrina jurisprudencial la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 15 de junio de 2016, tras alegar el recurrente que *“el Art. 63.2 de la Ley de Haciendas Locales le permitía repercutir la carga tributaria, sin necesidad de acuerdo expreso, por lo que el impuesto debía soportarlo el dueño que lo sea en cada momento y por el tiempo que lo sea, salvo pacto en contrario”*. Añadiendo que *“el momento del devengo tiene consecuencias tributarias pero no pueden generar efectos en el orden jurídico privado”*.

En este caso, la Sala 1ª estimo *“que el hecho imponible del IBI, es la propiedad (art. 61 LHL), sujeto pasivo es el propietario que lo sea al momento del devengo (art. 63), el devengo coincide con el primer día del año natural (art. 75)”*. Que cuando el Art. 63.2 LHL establece que *“Lo dispuesto en el apartado anterior será de aplicación sin perjuicio de la facultad del sujeto pasivo de repercutir la carga tributaria soportada conforme a las normas de derecho común”*, debe entenderse que *“el sujeto pasivo del*

²³⁷El Art. 4. Ap. 9 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (Vigente hasta el 01 de Enero de 2018).BOE 7 junio 1991. Redactado por el Art. Único 1.1 del R.D.-ley 13/2011, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal («B.O.E.» 17 septiembre).Exime del pago del impuesto la vivienda habitual del contribuyente, según se define en el Art. 68.1.3º de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, hasta un importe máximo de 300.000 euros.

²³⁸ Art. 85 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (Vigente desde el 1 de Enero de 2017). BOE núm. 285 de 29 de Noviembre de 2006, páginas 41734 a 41810 (77 págs.).

²³⁹ Art. 59 del RD Leg. 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (Vigente hasta el 30 de Junio de 2017). BOE núm. 59 de 09 de Marzo de 2004, páginas 10284 a 10342 (59 págs.).

²⁴⁰ Art. 75 del RD Leg. 2/2004

²⁴¹ Art. 60 y 61. 1 d) del RD Leg. 2/2004.

²⁴² Art. 63 del RD Leg. 2/2004 establece que *“1. Son sujetos pasivos, a título de contribuyentes, las personas naturales y jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre (RCL 2003, 2945), General Tributaria, que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este impuesto”*.

²⁴³ Art. 64 del RD Leg. 2/2004

impuesto, en este caso la vendedora, puede repercutirlo, sin necesidad de pacto. El tenor del art. 63.2 LHL advierte de la posibilidad de repercusión, sin sujetarlo a pacto que lo permita, limitándose el precepto a establecer que el reparto del importe del impuesto se hará conforme a las normas de derecho común, que no son otras, en este caso, que las de la compraventa (art. 1445 y siguientes del CC), en virtud de las cuales la compradora debe considerarse propietaria desde el momento de la entrega”. Sin perjuicio de ello, las partes podrán pactar la imposibilidad de la repercusión. Pero, 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 ostentado la titularidad dominical y por el tiempo que lo sea. Siendo necesario un pacto para impedir la mencionada repercusión”, Así lo fija como doctrina jurisprudencial ésta sentencia el TS, de manera que el consumidor que adquiera una vivienda no puede negarse a que se le recargue la parte proporcional del IBI por el período que media entre el momento de otorgamiento del contrato y el final del período impositivo, alegando que el sujeto pasivo de éste impuesto será el que tenga la condición de propietario el primer día del periodo impositivo.

El IBI, como impuesto directo que grava la titularidad de los derechos sobre los bienes inmuebles, afecta también al arrendatario que debe pagarlo al arrendador, cuando esté obligado. Así, lo establece la STS Sala 1ª de lo Civil de 10 de octubre de 2011 al declarar que el arrendatario tiene el deber de pagarlo al propietario por ser una cantidad asimilada a la renta, cuyo impago tiene efectos resolutorios.²⁴⁴

d). Datos sobre el precio y sobre la renta de la vivienda

El coste del acceso a la vivienda a través de su adquisición o arrendamiento no viene determinado sólo por el precio o por la renta, sino que existen los mencionados impuestos, y una serie de gastos importantes inherentes al contrato que se imputan al consumidor, como los de notaría, registro, gestoría y tasación de la vivienda que pueden incrementar de forma muy considerable aquellos.²⁴⁵ Para evitar al consumidor sorpresas desagradables, que incluso podrían llevarle a la insolvencia, el empresario debe informar al consumidor. Solo, quedando bien claro quién debe abonar cada uno de los impuestos y de los gastos el consumidor puede formarse una idea clara de cuánto le va a

²⁴⁴ El IBI, para los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985, la DT 2ª de la LAU de 1994, en su ap. c) 10.2 sostiene que es obligación del arrendatario, salvo pacto en contra. En cambio, los contratos celebrados después de esa fecha solo será obligatorio que lo pague el arrendatario cuando se pacte en el contrato que éste asuma su pago, (Art. 20. 1). En caso contrario, no es obligación del arrendatario el pago del IBI. Cuando el arrendatario este obligado, su incumplimiento para la STS 12 enero de 2007 faculta al arrendador para instar la resolución del contrato. Esta doctrina ha sido reiterada en las SSTS Sala de lo Civil (Pleno) de 7 de noviembre de 2008, (Sec.1ª) de 15 de junio de 2009 y 7 julio de 2010.

²⁴⁵ El consumidor debe abonar los gastos de tasación, de registro y de gestoría. Mediante la ley 2/1981, de 25 de marzo de 1981, de regulación del mercado hipotecario, se obliga a valorar la vivienda a adquirir por una sociedad de tasación antes de autorizar un préstamo hipotecario. Su coste varía de una sociedad tasadora a otra y suele estar baremado en función del valor de la vivienda tasada. Los Gastos de Registro corresponden a los costes de inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad. Están fijados legalmente y se pagan por el consumidor en el momento de la inscripción. Los Gastos de Gestoría, son opcionales y son los que se derivan de la contratación por parte del consumidor de un gestor para que lleve a cabo todos los trámites El importe de estos gastos depende de las tarifas de cada Gestoría.

costar la adquisición o el uso de la vivienda, y adoptar la decisión más correcta al respecto.

Tras la reforma operada por la Ley 3/2014 en el TRLGDCU su Art. 60.1 establece que antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle la información relevante sobre sus condiciones económicas. Y, su Art. 60.2. c) que será relevante la información sobre el “*precio total, incluidos todos los impuestos y tasas*”.

Lo primero que se advierte en esta nueva redacción es que, se habla no ya de precio “*completo*” sino de precio “*total*”, al igual que ya hacía el RD 515/1989. Además, la obligación de informar sobre el precio incluye al igual que antes, los impuestos, pero en la nueva redacción se añade el término “*todos*”, que podría hacer pensar que antes no se informaba al consumidor de todos los impuestos y, que ahora se debe hacer, al establecerlo de forma expresa el precepto, que ahora añade, además, que se debe de informar incluso de las tasas. Por ello, esta información, en mi opinión, es más detallada que la que se establecía en la redacción anterior del Art. 60.2. b) que se limitaba a establecer que se debía informar del “*Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso*”.

La exhaustividad de la nueva redacción se agradece, si tenemos en cuenta que, el precio constituye la prestación principal objeto del contrato, en este caso, a cargo del consumidor que debe abonarlo en su totalidad. Por ello, si no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, el Art. 60.2. c) establece que se debe informar de la forma en que se determina, así como de todos los gastos adicionales. Y, si estos no pueden ser calculados, se debe informar de que puede ser necesario abonarlos.

El ap. 2 del Art. 60.2. c) en una redacción muy similar a la anterior, establece que en toda información sobre el precio, incluida la publicidad, se informará del “*precio total*”,²⁴⁶ desglosando, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario, y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares.

Además, la Ley 3/2014, consciente de la importancia que tiene para el consumidor conocer la forma y medio de pago, introdujo en el Art. 60.2 la letra d) que indica que será relevante la información sobre “*los procedimientos de pago*”.

No obstante, para López Maza. S. y, García Vicente. J.R (2015, p.829). La información sobre el precio, “*no permite conocer con exactitud el alcance del sacrificio que hace el consumidor*”, puesto que “*hay partidas o prestaciones accesorias que influyen decisivamente al tiempo de contratar o que, si se trata de contratos de duración, pueden ser revisadas o modificadas*”. Por ello, se impone que se detallen o desglosen, expresados de un modo sencillo para conocer el alcance real del compromiso, y permitir también la comparación. Según los anteriores autores, “*el legislador estima que en aquellos casos en que el interés económico en juego es de cierta importancia será el propio contratante el que busque su propia protección y*

²⁴⁶ En el Art. 60.2. b) “*precio final completo*”.

descalifica, al menos parcialmente, el supuesto como necesitado de especial protección: es decir, hay un juicio de suficiencia sobre la responsabilidad del propio contratante".²⁴⁷

Para la compraventa y arrendamiento de viviendas el RD 515/1989, ya imponía en su Art. 4. 7 como obligatoria la información relativa al "*Precio total o renta de la vivienda y servicios accesorios y forma de pago*". Para Cavanillas Múgica, S. (1995, p.59) esta alusión "*al precio de los servicios accesorios constituye la mención más interesante de este precepto*", al evitar que el consumidor descubra tras contratar que "*el uso de alguno de los servicios ofrecidos como comunes (gimnasio, guardería, etc.) exige algún pago añadido*".²⁴⁸

Además, el RD 515/1989, dedica su Art. 6 a detallar de forma exhaustiva la información del precio que debe contener una nota explicativa. Para Torres Lana, J. A. (2013), El Art. 6.1 ya deja clara su ratio cuando establece que "*La información será especialmente detallada y clara en cuanto al precio de venta*". Y acto seguido, impone aunque sea de forma "*impersonal*", el deber de "*tener a disposición del público*" una nota explicativa que contendrá, unos datos de "*inclusión obligada*",²⁴⁹ que son 1º. El "*precio total de la venta*", que incluye en su caso, los honorarios del agente, el IVA, y la cuota del ITP y AJD; 2º. La forma de pago y, si hay aplazamiento, el tipo de interés y, las cantidades que corresponda abonar de principal e intereses con las fechas de vencimiento; 3º. Los medios de pago admisibles para las cantidades aplazadas, que según Cavanillas Múgica, S. (1995) se refieren a la posibilidad de efectuarlos mediante ingreso en la cuenta bancaria del vendedor o mediante cheque, asignando los consiguientes gastos bancarios al consumidor.²⁵⁰ 4º. Si se prevé la subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario solicitado por el promotor se indicara con claridad el notario autorizante de escritura de la hipoteca, número de la escritura, datos de la inscripción y la responsabilidad hipotecaria de la vivienda adquirida, y 5º. Las garantías que deberá constituir el comprador por la parte aplazada del precio (en caso que no se subroge en la hipoteca del promotor, y necesite financiación para pagar la vivienda).

Para el consumidor que necesite financiar el pago de la vivienda es importante conocer todos los datos anteriores, y que en contra de lo que pretenden la mayoría de los promotores, aquel no puede ser obligado a subrogarse en la hipoteca que haya constituido el promotor para financiar la construcción de la vivienda objeto de compra. El consumidor es libre de elegir la forma de financiar su vivienda, téngase en cuenta que el promotor es un profesional del negocio de la construcción y, a eso se debería adscribir su relación con el consumidor. El consumidor, antes de tomar esta difícil decisión, debe tener a su disposición toda la información sobre la hipoteca concertada por el promotor, para considerar la posibilidad de subrogarse en ella, o constituir una nueva con mejores condiciones, teniendo en cuenta que la subrogación tiene unos costes más reducidos que la constitución de una nueva. Pero, que si las condiciones de aquella

²⁴⁷ Cfr. López Maza, S., García Vicente. J.R (2015). "Comentario al art. 60 del TRLDCU".

²⁴⁸ Cfr. Cavanillas Múgica, S. (1995). "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril".

²⁴⁹ Cfr. Torres Lana, J. A. (2013). "Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo".

²⁵⁰ Cfr. Cavanillas Múgica, S. (1995). "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril".

no son ventajosas, será mejor solicitar una nueva, y no subrogarse en la del promotor, debiendo este último soportar los gastos que ello conlleva.

En el caso de que el consumidor acepte subrogarse, debe estar informado de que sólo debe pagar los intereses que se devenguen desde la fecha de la escritura de subrogación; si el promotor no ha pagado intereses, y que estos se han acumulado, será abusiva la cláusula que obligue a pagarlos al consumidor.

Por último, el Art. 6.2 del RD 515/1989 obliga a incluir en la nota explicativa que *“del importe total de la venta se deducirá cualquier cantidad entregada a cuenta”* por el adquirente o por cuenta suya *“antes de la formalización de la operación”*. Sin embargo, de conformidad con Cavanillas Múgica, S. (1995) hubiera sido más oportuno establecer que *“cualquier cantidad recibida antes de la firma del contrato debe entenderse recibida a cuenta salvo que se indique expresamente lo contrario”*.²⁵¹ Es evidente que, ello daría claridad al variado muestrario de señales y, reservas, que presenta la práctica inmobiliaria española. Porque en definitiva, lo que se pretende es que cuando se compra una vivienda sobre plano, el precio sea cerrado, sin posibilidad de elevación posterior, salvo circunstancias sobrevenidas que obliguen a realizar alguna obra imprevista siempre que esta posibilidad este prevista en el contrato dando al consumidor la opción de resolverlo, con devolución de las cantidades entregadas a cuenta. De esta manera, si el consumidor pretende alguna modificación de la obra, el constructor deberá presentarle un presupuesto completo y detallado, para su aceptación expresa. Y, si es el promotor quien pretende alguna modificación, igualmente deberá obtener el consentimiento del consumidor, sobre todo si supone un incremento del precio o una alteración de la distribución de la vivienda, calidades, servicios, etc.

Torres Lana, J. A. (2013, p.1018), hace una valoración del Art. 6 del RD 515/1989 que *“no es excesivamente favorable”*, aunque para el anterior este precepto es *“bienintencionado, y cubre todos los flancos a los que el precio puede referirse, la expresión “tener a disposición”, es “tan suave”, y “tan frágil”, que lo hace imperfecto, “sin otras consecuencias que las que puedan acomodarse en el seno de las reglas generales sobre ineficacia o incumplimiento contractuales”*.²⁵²

Por otro lado, como ya indico Cavanillas Múgica, S. (1995) este artículo rebasaba las competencias de un RD, aunque podría encontrar acomodo legitimador en el Art. 60.2.c del TRLGDCU.²⁵³ Ya veremos, además, que como indica Torres Lana, J. A. (2013, p.1019), *“no resulta fácil anudar consecuencias en el ámbito del Derecho civil al quebrantamiento de estos deberes”*.²⁵⁴ Ello no obstante, la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 25 de noviembre de 2008 declaró nula, aunque con base en la LH, la distribución de la carga hipotecaria realizada con infracción de lo establecido en el Art. 6. 4º, del RD 515/1989.

²⁵¹ Cfr. Cavanillas Múgica, S. (1995). “La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril”.

²⁵² Cfr. Torres Lana, J. A. (2013). “Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo”.

²⁵³ Cfr. Cavanillas Múgica, S. (1995). “La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril”.

²⁵⁴ Cfr. Torres Lana, J. A. (2013). “Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo”.

En mi opinión, a pesar de las críticas que se puedan hacer al RD 515/1989 y en concreto, a su Art. 6. No debemos minusvalorar el hito que supuso esta regulación, ni olvidar que han pasado ya veintiocho años desde que se publicó esta norma sin que haya sido, desde entonces, objeto de ninguna modificación ni reforma. Y, que es digno de alabar que ya en el año 1989 se indicara que la información sobre el precio debía estar detallada y clara en una nota explicativa a disposición del consumidor.

No obstante y, a pesar de que cuando se publicó el RD 515/1989, la forma más frecuente de acceso a la vivienda era la adquisición, sí que es reprochable que en él no se exija a los empresarios o profesionales informar a los arrendatarios en los mismos términos que a los adquirentes de vivienda, sobre todo en lo concerniente a la renta que les supondrá el acceso a la misma. Por ello, se considera que el viejo RD 515/1989, está obsoleto, y necesitado de una reforma. Hasta entonces, estas carencias pueden suplirse aplicando por analogía a los arrendamientos de vivienda los Arts. 4 a 7 de éste RD, entendiendo que su contenido es exigible por igual cuando se promocionen viviendas para su venta o para su arrendamiento.

e). Documentación del contrato.

El Art. 5.4 del RD 515/1989, establece que cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes “*la forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales*”, haciendo constar de modo especialmente legible lo siguiente: “*a. Que el consumidor no soportará los gastos derivados de la titulación que correspondan legalmente al vendedor. b. Los artículos 1280, 1.º y 1279 del Código Civil*”. Y, “*c. El derecho a la elección de notario que corresponde al consumidor, sin que éste pueda imponer notario que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio*”.

De la letra a) se desprende que el empresario debe informar al consumidor de los gastos que no debe soportar, pero además a éste último se le protege del empresario que se los quisiera imputar prohibiendo la inclusión en el contrato de las cláusulas que impongan al consumidor la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que corresponden al vendedor, (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación) Art. 10. del RD 515/1989.²⁵⁵

La letra b) comporta de conformidad con Lasarte Álvarez, C. (2016) hacer constar el contenido literal de los Arts. 1280.1 y 1279 del CC.²⁵⁶ Pues la simple referencia a los mismos ya fue considerada vulneración del RD 515/1989.²⁵⁷ Sin embargo, como indica Cavanillas Múgica, S. (1995) el contenido de los mismos será difícil de comprender al consumidor, y si lo que se pretende es que el contrato se eleve a

²⁵⁵ Art. 89.3 del TRLGDCU son cláusulas abusivas.

²⁵⁶ Cfr. Lasarte Álvarez, C. (2016). *Manual sobre protección de consumidores*.

²⁵⁷ Sentencia del TSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sec. 8), de 30 junio de 2001.

Escritura Pública sería mejor transcribir el contenido del Art. 3 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH),²⁵⁸ que la exige para proceder a la inscripción de un derecho.²⁵⁹

La letra c) conlleva que en la fase previa a la contratación, el consumidor quede informado de que puede exigir que el contrato se eleve a escritura pública y elegir el notario ante el cual desea que se otorgue aquella. Normalmente, esta elección se practica en el propio condicionado general, en el espacio predispuesto al efecto. Sin embargo, para que el derecho a elegir tenga realmente sentido, deberá concederse al consumidor el derecho a modificar su elección antes de la firma de la escritura.

Para los gastos que genere otorgar escritura pública,²⁶⁰ el Art. 1.455 del CC, contiene una regla dispositiva de distribución de los mismos, al establecer: "*los gastos de otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor, y los de la primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario*" por el cual, el vendedor impute los gastos de escritura, es decir los aranceles de notario al comprador.²⁶¹

En mi opinión, aplicando por analogía el Art. 5.4 del RD 515/1989, también habrá que informar al arrendatario de la forma en la que está previsto documentar el contrato, teniendo en cuenta, además que éste será inscribible.

Por último, el Art. 7 del RD 515/1989 añade que cuando la vivienda no se encuentre terminada, se deberá tener a disposición del público y de las autoridades competentes copia del documento o documentos en los que se formalizan las garantías de las cantidades entregadas a cuenta.

f). Fecha de entrega

El Art 5.5 del RD 515/1989 dispone que si la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación (es decir, la fecha de inicio de las obras).

²⁵⁸ Cfr. Cavanillas Múgica, S. (1995). "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril".

²⁵⁹ El Art. 3 de la LH establece que "*Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos*".

²⁶⁰ Los Gastos de Notaría son los que se derivan de la intervención del Notario que da fe que se ha llevado a cabo la operación de compraventa. Las tarifas de los notarios, denominadas aranceles, son aprobadas por el Gobierno mediante RD y son las mismas para todos los notarios de España.

²⁶¹ RD 1612/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifica el RD 1426/1989, de 17 de noviembre, aprueba los Aranceles de los notarios y de los registradores. BOE 28 Noviembre 1989.

6. La facilitación de la información

La lectura de todos los contenidos informativos mencionados, suscita a Torres Lana, J. A. (2013, p1016) dos líneas de reflexión que compartimos.²⁶² La primera se refiere al diferente origen legal de los mismos que hace que se solapen entre sí, con expresiones similares, pero no iguales, que dificultan su interpretación. Y, la segunda, *"la lenidad con la que se imponen"* al empresario.²⁶³

Así, para el RD 515/1989, la obligación que pesa sobre el empresario de informar al consumidor, se concreta meramente en *"tener a disposición del público, y, en su caso, de las autoridades competentes"* ciertos documentos e informaciones. Expresión, que de conformidad con el anterior autor, y con Cavanillas Múgica, S. (1995, p.57) es *"extremadamente débil"* y, *"puede significar el fracaso de las buenas intenciones del redactor del Decreto"*.²⁶⁴ Al favorecer la interpretación según la cual el promotor cumple con su obligación si mantiene la documentación guardada en un cajón, y la muestra exclusivamente a aquellos consumidores que la reclamaran expresamente. Como el anterior autor (1995, p.57) observa *"ni siquiera se emplea la expresión poner a disposición, con un significado más activo y exigente para el promotor, en virtud del cual esté quedaría obligado, al menos, a informar al consumidor de que tiene a su disposición la referida información"*.²⁶⁵

Además, esta expresión conlleva para el anterior autor otro problema, que es el de la *"prueba de la información —o falta de información—proporcionada al consumidor"*. Al no estar el empresario obligado a transmitir a ninguna autoridad pública o tercero privado la información facilitada al consumidor, a esté le resultará muy difícil probar que no se le dio determinada información, o que ciertos datos puestos a su disposición eran erróneos. Y, difícilmente incurrirá el empresario en responsabilidad alguna, si se considera, ante la falta de prueba, que las versiones de uno y otro son contradictorias. Por eso concluye que *"sólo una inspección administrativa intensa y constante podría garantizar el efectivo cumplimiento de los deberes de información"*.²⁶⁶

Esta expresión tan criticada por los anteriores autores, no solo fue utilizada por el RD 515/1989, sino que además, hasta la reforma de la Ley 3/2014, se reiteraba en el Art. 60.1 del TRLGDCU, al hablar solo de una puesta a disposición de la información sin imponer al empresario ninguna obligación de entrega de la misma.

²⁶² Cfr. Torres Lana, J. A. (2013). "Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo".

²⁶³ Cfr. Torres Lana, J. A. (2013). "Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo".

²⁶⁴ Cfr. Cavanillas Múgica, S. (1995). "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril".

²⁶⁵ Cfr. Cavanillas Múgica, S. (1995). "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril".

²⁶⁶ Cfr. Cavanillas Múgica, S. (1995). "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril".

La Ley 3/2014, de conformidad con el Art. 5 de la Directiva 2011/83/UE, dio una nueva redacción al Art. 60.1 del TRLGDCU, sustituyendo el termino puesta a disposición, por el verbo facilitar utilizado por aquella. Pero, como el RD 515/1989 no ha sido objeto de reforma, en él se continua empleando el termino puesta a disposición, lo que lleva a cuestionarnos si no debería ser objeto de modificación al ser la norma sectorial que contiene un desarrollo específico del derecho a la información, en materia de vivienda y, que continua siendo de aplicación al sector inmobiliario conforme a la remisión que continua haciendo el Art. 60.2 del TRLGDCU, a las normas que resulten de aplicación.

No obstante, hasta que el RD 515/1989 no sea objeto de reforma, se podría entender que el empresario a lo que está obligado es a “*tener a disposición del público, y, en su caso, de las autoridades competentes*” el conjunto de datos informativos a los que se hace referencia en sus Arts. 4 a 7, tanto si se trata de datos informativos del precio, para los que se exige la puesta a disposición de la nota explicativa, como para los que no se exige ésta nota. El RD 515/1989, no impone al promotor el deber de entregarla, ni siquiera de hacer lo posible para que el consumidor pueda acceder de forma efectiva a consultarla. Basta, con que la sitúe de manera accesible al consumidor, sin que la norma le obligue a comunicar al anterior que se encuentran a su disposición para un examen directo.

Además, el tenor de las normas del RD 515/1989, nos hace pensar de conformidad con Torres Lana, J. A. (2013, p.1017), que basta con “*la mera cognoscibilidad general*” de la información, en lugar de un “*real conocimiento*”. Y, aunque, no es ésta “*la ratio*” del RD 515/1989 “*el desacierto en la elección de las expresiones utilizadas abre una dorada vía de escape al cumplimiento de la obligación que formalmente impone*”, a los empresarios.²⁶⁷

En mi opinión, la utilización de la nueva expresión introducida en el Art. 60.1 que obliga al empresario a facilitar la información a los consumidores, no es tan débil, ni frágil, como la anterior, pues parece que obliga al promotor a mostrar la documentación aunque el consumidor no la reclame. Con respecto al problema de la prueba de la entrega, no se soluciona de forma expresa, pero bastaría para ello, que el empresario se quedará con una constancia escrita de que el consumidor la recibe.

7. Previsión de las Leyes Autonómicas, especial referencia al reglamento de Andalucía

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho del consumidor a la información, antes de contratar la compra o arrendamiento de vivienda, está previsto no solo en la normativa estatal ya mencionada, sino además en diversas leyes autonómicas. Larrosa Amante, M.A. (2009, p. 679), tras el examen y comparación de estas últimas con la

²⁶⁷ Cfr. Torres Lana, J. A. (2013). “Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo”.

legislación estatal llega a la conclusión de *"la presencia de pocas diferencias"*,²⁶⁸ si bien, advierte que algunas leyes autonómicas, amplían el derecho a la información precontractual, al obligar a tener a disposición del consumidor, el proyecto de obra con carácter previo a la contratación.²⁶⁹

En mi opinión, se advierte además que las leyes autonómicas hacen uso de la expresión, facilitar,²⁷⁰ o incluso entregar,²⁷¹ y no de la tan criticada, puesta a disposición. Y, que en aquellas los contenidos informativos son mucho más minuciosos y precisos. Ejemplo de ello, es en la Comunidad autónoma de Andalucía, donde para garantizar la correcta información al consumidor contamos con el Decreto 218/2005, por el que se aprueba el Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas (en adelante, Reglamento de información).

A partir de su entrada en vigor el día 7 de febrero de 2006, el anterior pretende dotar de mayor transparencia al mercado inmobiliario, aclarando y especificando a los consumidores los deberes de información, que deben cumplir los profesionales o empresarios (constructora, promotora o inmobiliaria), aunque actúen como meros intermediarios, en la oferta y publicidad. Y, que desde el primer momento, los consumidores estén informados de los datos fundamentales para tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.²⁷²

Una de las principales novedades que introdujo la nueva regulación fue la necesidad de que los empresarios deban disponer de un Documento Informativo Abreviado (en adelante, DIA) con los datos actualizados de la vivienda,²⁷³ y la obligación de entregar de forma gratuita una copia de este documento a cualquier consumidor que solicite información sobre la vivienda.²⁷⁴ En este sentido, el Art. 12 del Reglamento dispone que todos aquellos establecimientos en los que se realice la actividad empresarial o profesional de venta o arrendamiento de viviendas deban exhibir al público un cartel con la leyenda *"El consumidor tiene derecho a que se le entregue una copia del correspondiente Documento Informativo Abreviado de la vivienda"*.²⁷⁵

²⁶⁸ Cfr. Larrosa Amante, M.A. (2009). "La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas: especial referencia a los mecanismos de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación".

²⁶⁹ Entre las que cabe citar la Ley 3/2001, de 26 de abril, de Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda de Extremadura. Publicada en DOE núm. 61 de 29 Mayo 2001 y BOE núm. 152 de 26 Junio 2001, cuyo Art. 28.2 establece: *"El futuro adquirente podrá conocer, si lo solicita, el proyecto técnico de carácter ejecutivo completo"*. Y, la Ley de la vivienda de Galicia de 8/2012, de 29 de junio. Publicado en DOG núm. 141 de 24 Julio 2012 y BOE núm. 217 de 8 Septiembre 2012.

²⁷⁰ El Art. 28.2 de la Ley 3/2001, de Extremadura.

²⁷¹ El Art. 18 de la Ley de la vivienda de Galicia de 8/2012, de 29 junio.

²⁷² Introducción del Decreto 218/2005. Sustituye en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, al RD 515/1989, sin perjuicio del mantenimiento de los Arts. 3.2 y 10.

²⁷³ El Art. 4 del Reglamento establece las características que debe cumplir la información que se ofrezca en la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas al indicar que será una información *"veraz, suficiente, actualizada y comprensible sobre las características de la venta o el arrendamiento y de la propia vivienda"*.

²⁷⁴ Introducción del Decreto 218/2005.

²⁷⁵ Este cartel deberá situarse junto al previsto para las hojas de quejas y reclamaciones, con igual tamaño, de forma perfectamente visible y, al menos, en castellano.

El contenido de este documento permite al consumidor hacerse una idea de la vivienda por la que se interesa, y será distinto según se trate de arrendamiento de vivienda (Art. 11),²⁷⁶ o venta, y en éste caso, según se trate de vivienda en proyecto o construcción (Art. 6),²⁷⁷ o ya construida en su primera transmisión (Art. 7).²⁷⁸

El DIA es un documento que hay que diferenciar de la Ficha informativa que se entregara al consumidor en segunda y, ulteriores transmisiones.²⁷⁹ Y, de la nota explicativa del precio y, de las formas de pago que, quien ofrezca aun a título de simple intermediario la venta de viviendas pondrá a disposición de los consumidores. En ella, se detalla el contenido del Art.8 del Reglamento.²⁸⁰ La copia de la nota explicativa, a diferencia del DIA, solo habrá que entregarla al consumidor que la solicite, quedando constancia escrita de que este la recibe.²⁸¹

El Art. 5 del Reglamento, establece que la información en la oferta, promoción y publicidad para la venta o arrendamiento de viviendas realizada al público en general, deberá contener los siguientes datos indicando, en su caso, el período de validez de los mismos: a) Si la vivienda se encuentra en proyecto o ya construida. b) Ubicación de la edificación. c) Datos identificativos del promotor. d) Número de viviendas. e) Superficie útil. f) El precio, los tributos, y otros gastos que deba pagar el consumidor. g) La renta, los gastos de comunidad si éstos van a ser por cuenta del consumidor. h) Cuando esté prevista la entrega de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, se mencionará expresamente que las cantidades anticipadas se garantizarán

²⁷⁶Conforme al modelo que se incluye en el Anexo VI, el DIA incluirá los extremos del Art. 11 del Reglamento, entre los que cabe destacar: identificación del arrendador, descripción del edificio y de la vivienda, con indicación de su superficie útil, de los servicios, instalaciones, y suministros de que dispone, inventario de enseres y mobiliario, renta contractual, especificando con claridad si incluye la de anejos y accesorios, fórmula de revisión, la forma de pago, la fianza y garantías adicionales. Coste mensual de los gastos para el sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que vayan a ser a cargo del arrendatario. Se hará constar si estos gastos ya se han incluido en la renta contractual y, la lista de los elementos de la edificación cuyo mantenimiento es a cargo del arrendatario.

²⁷⁷ Conforme al modelo que se adjunta en el Anexo II, el DIA indicara los datos que figuran en el precepto entre los que cabe destacar: la identidad del promotor, del proyectista, del director de obra y empresa constructora, la fase en la que se encuentran las obras, la fecha prevista de entrega, al menos el año y el trimestre, el plano de la vivienda, la superficie útil tanto de esta como de sus anejos, etc.

²⁷⁸El DIA conforme al modelo del Anexo III indicara los datos que figuran en este precepto, entre los que cabe destacar: Fecha de recepción por el promotor, todas las licencias administrativas necesarias para la ocupación de la vivienda, datos de la inscripción de la vivienda en el Registro de la Propiedad, En caso de no estar inscrita, los datos de inscripción del solar. En el caso de viviendas en régimen de propiedad horizontal, mención a los Estatutos y normas de funcionamiento de la Comunidad de Propietarios; información de los contratos de servicios y suministros de la Comunidad; extracto de cuentas; y cuota de participación que corresponde al piso.

²⁷⁹ Las personas que en el marco de una actividad empresarial o profesional intervengan en segundas o ulteriores transmisiones de viviendas entregarán a todo aquel consumidor que por su intermediación visite una vivienda una ficha, conforme al modelo que se incluye en el Anexo V, en la que, respondiendo de la veracidad de los datos, se especifique el contenido del Art. 10.

²⁸⁰ Tras su examen y comparación con el Art.6 del RD 515/1989, se advierte pocas diferencias. No obstante, en su letra b) en caso de aplazamientos del precio, se hace referencia al el tipo de interés aplicable y la tasa anual equivalente mediante un ejemplo representativo. Y, en la letra c) En el caso de preverse la posibilidad por parte del consumidor de subrogarse en la hipoteca concertada por el empresario, se indicará, en especial, si el tipo de interés es fijo o variable; en este último supuesto, el índice de referencia y el margen; el número de cuotas anuales; las fechas de vencimiento y cantidades; el plazo de amortización; y las comisiones por subrogación y amortización anticipada.

²⁸¹ Art.8.4. Deberá quedar constancia escrita, según modelo establecido en el Anexo IV, de que el consumidor recibe la documentación antes citada, siendo dicho documento medio de prueba de que la documentación referida fue entregada al consumidor.

conforme a ley, el nombre de la entidad garante, número de la póliza correspondiente, la existencia de una cuenta bancaria especial y exclusiva para los ingresos y su Código Cuenta Cliente. Deberá indicarse si el dinero se entregará como señal, como parte del precio o como parte del precio y señal. i) El derecho del consumidor a que se le entregue copia del DIA, los lugares donde se le facilitará dicha copia y cualquier información adicional.

Por último, hay que señalar que para comprobar el cumplimiento del Reglamento, se prevé en su Art. 14 competencias administrativas de control y vigilancia,²⁸² de los Servicios de Consumo,²⁸³ cuyo personal lleva a cabo campañas de inspección periódicas a empresarios inmobiliarios, promotoras y constructoras. En la inspección de 2015 se detectó que el mayor porcentaje de los incumplimientos estaba relacionado con la no disposición del cartel informativo de que el consumidor tiene derecho a que se le entregue una copia del DIA, con la falta de la etiqueta de eficiencia energética, con la falta de información sobre los tributos y gastos que debe a pagar el consumidor, y por último, con la ausencia de la nota explicativa del precio y formas de pago.²⁸⁴

8. Efectos y consecuencias del incumplimiento del deber de información por parte del empresario vendedor

Como hemos visto el legislador ha regulado con precisión el contenido de la información precontractual, incluso el modo en que este derecho debe ser satisfecho. Sin embargo, no ha regulado las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento. Esta laguna o carencia de la LGDCU no fue paliada por el TRLGDCU, ni por la Ley 3/2014. Si bien es cierto, que el Derecho comunitario no ha ayudado, y que la Directiva 2011/83/UE, tampoco lo hace.²⁸⁵

Para Picatoste Bobillo, J. (2009, p.13), la obligación de informar, desde la perspectiva de la buena fe objetiva, "*adquiere una especial utilidad como criterio de imputación de responsabilidad precontractual*", en el caso de que, se proporcionen datos falsos o se callen los correctos.²⁸⁶ A este respecto, como indica Cámara Lapuente, S. (2011) lo que si aclaro el Art. 60.1 del TRLGDCU, respecto a la LGDCU, es que el

²⁸² Art. 14. 1. Sin perjuicio de las competencias de la Junta de Andalucía y de otras Administraciones Públicas, los órganos de defensa del consumidor de Andalucía velarán por el cumplimiento de lo previsto en este Reglamento. 2. Para comprobar que se entregan los documentos y notas informativas el personal de los Servicios de Inspección de Consumo podrá realizar actuaciones inspectoras sin su previa identificación, en los términos y con las condiciones establecidos en el Art. 47 de la Ley 13/2003.

²⁸³ Las campañas de inspección se realizarán por parte del personal de todos los Servicios de Consumo de las Delegaciones Territoriales de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía. La última actuación se desarrolló desde el mes de septiembre hasta diciembre de 2016.

²⁸⁴ <http://www.consumoresponde.es/art%C3%ADculos/campa%C3%ADa-de-inspecci%C3%B3n-sobre-la-informaci%C3%B3n-en-la-compraventa-y-arrendamiento-de-vivienda>

²⁸⁵ La Directiva atribuye contenido vinculante y preceptivo a la información precontractual, dejando al arbitrio de cada Estado miembro la regulación de las sanciones y penalizaciones por el incumplimiento. Aunque propone en los ap. 6 y 9 del Art. 6, que si el empresario no cumple los requisitos de información sobre gastos adicionales, el consumidor no deberá abonarlos, y que la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos de información incumbe al empresario.

²⁸⁶ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2009). "El derecho de información en la contratación con consumidores".

empresario es el sujeto obligado y, por tanto, responsable del incumplimiento.²⁸⁷ Sin perjuicio de que, como señala Reyes López, M. J. (2012, p.162-191), *"cada uno de los implicados en el proceso de producción y de fabricación deben suministrar igualmente información sobre la parte del proceso que les incumba..."*. Pero, siguiendo a la anterior *"únicamente será responsable contractualmente frente al consumidor, el empresario"* que ha puesto a la venta o en alquiler la vivienda, pues, es éste quien ha contratado con el consumidor. Así, *"en el caso de no ser precisas las afirmaciones que se viertan"* sobre la vivienda *"la responsabilidad que nazca será exigible por parte del empresario frente al sujeto que las destacó pero ya en el ámbito de la relación interna"*.²⁸⁸

De conformidad con Larrosa Amante, M.A. (2009), el incumplimiento de los deberes de información precontractual genera responsabilidades en el ámbito administrativo y también en el ámbito contractual si la ausencia o insuficiencia de información afecta a la formación de la voluntad del consumidor, es decir a su consentimiento. En todo caso, habrá que estar al examen del caso concreto, y a lo que quede acreditado en el caso enjuiciado.²⁸⁹

En el ámbito administrativo: El TRLGDCU, regula la potestad de la Administración de consumo de sancionar con multas las conductas del empresario tipificadas como infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios.²⁹⁰ En concreto, el incumplimiento de los deberes de información.²⁹¹ Sin perjuicio, de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.²⁹²

Al elenco de infracciones y sanciones administrativas establecidas en el TRLGDCU, deben sumarse las contempladas en las Leyes autonómicas, o en sus estatutos de protección de consumidores y usuarios.²⁹³ Y, las recogidas en el RD 515/1989 cuyo Art. 11 se limita a remitirse al sistema sancionador, establecido en la actualidad en los Arts. 46 y siguientes del TRLGDCU.²⁹⁴

²⁸⁷ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Información previa al contrato".

²⁸⁸ Cfr. Reyes López, M.J. (2012). *Manual de derecho privado de consumo*.

²⁸⁹ Cfr. Larrosa Amante, M. A. (2009). "La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas: especial referencia a los mecanismos de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación".

²⁹⁰ Título IV "potestad sancionadora". Capítulo I "Disposiciones Generales" Art. 46 a 48. Capítulo II "Infracciones y sanciones" Art. 49 a 52.

²⁹¹ El Art. 49.1 del TRLGDCU establece que son infracciones por incumplir los deberes informativos, las recogidas en su letras: d) "cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del bien o servicio"; e) "El incumplimiento de las normas reguladoras de precios."; f) "El incumplimiento de las normas relativas a publicidad"; n) "El incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidos en esta norma y disposiciones que la desarrollen". Estas infracciones serán sancionadas con multas que establece el Art. 51 y sanciones accesorias, Art. 52 del TRLGDCU.

²⁹² Art. 46.1 y 2 "La instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos. En ningún caso se producirá una doble sanción por los mismos hechos."

²⁹³ En Andalucía, el Art 15 del Reglamento establece el Régimen sancionador remitiéndose en su ap. 1 a la Ley 13/2003 que tipifica, califica, y sanciona las infracciones del Reglamento. Y, en su ap. 2. al Decreto 103/2004, de 16 de marzo, de atribución de competencias sancionadoras en materia de consumo que establece los órganos competentes para iniciar, instruir y resolver los expedientes sancionadores iniciados por incumplimientos de lo dispuesto en el presente Reglamento.

²⁹⁴ En este sentido, el Art. 11 del RD 515/1989 en su ap. 1 indica: "Sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros departamentos ministeriales, dentro de sus atribuciones específicas, el incumplimiento de cualquiera de los preceptos contenidos en la presente disposición se considerará infracción en materia de protección al consumidor...". En su ap.2 "Las infracciones a que se refiere el

El incumplimiento de los deberes de información exigidos en los Art. 4 a 6 del RD 515/1989, constituye una infracción administrativa de consumo, regulada en el Art. 49 del TRLGDCU, pero no todas tienen el mismo valor. Así, la infracción de la información exigida en el Art. 2 y 3 (descripción del edificio, de la vivienda, superficie útil, así como de los servicios comunes) no permite impugnar el contrato por dolo omisivo, salvo que lo entregado no se corresponda con las expectativas legítimas del comprador.

En el ámbito administrativo, por último, hay que hacer referencia a las infracciones sancionables en materia de certificación energética.²⁹⁵ Estas se clasifican dependiendo de su gravedad en leves, graves y muy graves.²⁹⁶ Será falta leve, no mencionar el certificado en la oferta de la vivienda o incumplir la normativa relativa a su renovación; será grave no registrarlo o no entregarlo en vigor una vez registrado, y muy grave no contar con el certificado o haber falseado información para obtenerlo.

En el ámbito contractual, los efectos del incumplimiento de los deberes precontractuales de información, presentan más interés, al ser los que generan más litigios. Según Larrosa Amante, M.A. (2009, p.680-681), al no contener ni el TRLGDCU ni el RD 515/1989 referencia alguna a ellos "*será de aplicación el régimen general del incumplimiento de las obligaciones y contratos previsto en el Código Civil*", si bien para ello, "*este deber de información debe ser incluido en el contenido del contrato como un elemento del mismo, pudiéndose considerar sin ningún esfuerzo el mismo como una consecuencia, que según la naturaleza del contrato de compraventa, es conforme a la buena fe contractual, a los usos y a la propia ley*",²⁹⁷ en los términos del Art. 1258 del CC.²⁹⁸

Cámara Lapuente, S. (2011) indica que las sanciones civiles que pueden derivarse de este incumplimiento se contemplan en el Art. 61 y 65 del TRLGDCU, en el CC y, en leyes sectoriales de consumo.²⁹⁹

Para López Maza, S. (2013, p. 461-462), las sanciones civiles dependerán del "*supuesto concreto*". De este modo: Si el empresario a sabiendas y con ánimo de dañar al consumidor le suministra información falsa o inexacta. El consumidor tendrán dos opciones, integrar el contenido exigible del contrato con las afirmaciones, aunque sean

presente artículo se calificarán como leves, graves y muy graves", y por último, en su ap. 3 "*serán sancionadas con multa*".

²⁹⁵ el RD 235/2013, estableció la obligatoriedad del empresario de contar con el certificado de eficiencia energética incluso desde el anuncio de la vivienda para su venta o alquiler

²⁹⁶ La Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas. BOE núm. 153, de 27 de junio de 2013, estableció en su DA 3ª el listado de sanciones administrativas. Y, en su DA 4ª las multas van desde los 300 a los 600 euros en el caso de las infracciones leves, de los 601 a los 1.000 euros en el de las graves, y de los 1.001 a los 6.000 euros para las muy graves.

²⁹⁷ Cfr. Larrosa Amante, M.A. (2009). "La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas: especial referencia a los mecanismos de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación".

²⁹⁸ El Art. 1258 dispone que "*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*".

²⁹⁹ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Información previa al contrato".

falsas, (Art. 61 TRLGDCU) o anular el contrato por dolo.³⁰⁰ Y, si el empresario “omite, total o parcialmente, información relevante”, el consumidor, igualmente tendrá dos opciones, integrar las omisiones en el contrato, conforme al principio de buena fe objetiva (Art. 65 TRLGDCU); o si la información omitida es esencial para formar correctamente su consentimiento, anular el contrato por error o dolo omisivo, en el sentido de los Arts. 1266 y 1269, 1270 y 1300 y siguientes del CC. Igualmente, para el anterior autor cabría aplicar “la responsabilidad precontractual por culpa in cotrahendo”, con la consiguiente indemnización de los perjuicios causados, si el contrato no se llega a celebrar, o la responsabilidad contractual (Arts. 1101 y ss. CC), si finalmente se perfecciona.³⁰¹

Conforme al RD 515/1989, la descripción de la vivienda debe expresar la superficie útil, si se indica una superficie sin especificar nada, el adquirente tendrá derecho a considerar que es aquella y no la construida. Y, aunque la vivienda se venda como cuerpo cierto, hay resolución por vía de “*aliud pro alio*” cuando la superficie real es 20 metros inferior a la superficie (útil) contenida en el contrato.³⁰²

Si no se hace constar la fecha en que se termina la vivienda adquirida en construcción, se incurrirá en una infracción administrativa y, además, en una infracción de una obligación legal con eficacia contractual; aunque el comprador no podrá resolver el contrato por esta sola omisión, podrá acudir a la solución prevista en el Art. 1128 CC, fijándola los tribunales.³⁰³

En último lugar, como indica López Maza, S. (2013, p. 462), la información engañosa o las omisiones de información pueden llegar a calificarse como “*actos de engaño en el ámbito del Derecho de la competencia*” (Arts. 5 y 7 LDC).³⁰⁴

En consecuencia, como indica Larrosa Amante, M.A. (2009, p. 681-682), “*las sanciones civiles derivadas del incumplimiento del deber de información deberán ser examinadas a la luz de cada caso concreto y la incidencia que en la formación de la voluntad del consumidor haya tenido la ausencia o insuficiencia de la información que el empresario vendedor está legalmente obligado a facilitar*”, de tal manera que “*podría llegarse incluso a la resolución del contrato si dicho defecto de información tiene un carácter esencial y ha afectado al consentimiento del consumidor que adquiere la vivienda*”, lo que por otro lado habrá que poner muy en relación con el contenido de la publicidad, que se examinará a continuación.³⁰⁵

³⁰⁰ Art. 61.2 del TRLGDCU “*El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato*”

³⁰¹ Cfr. López Maza, S. (2013). “Información precontractual obligatoria en la compraventa al consumo”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 451-463.

³⁰² STS Sala de lo Civil de 20 marzo 2002.

³⁰³ El Art. 1128 dispone que “*Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél. También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor*”.

³⁰⁴ Cfr. López Maza, S. (2013). “Información precontractual obligatoria en la compraventa al consumo”.

³⁰⁵ Cfr. Larrosa Amante, M. A. (2011). “La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas: especial referencia a los mecanismos de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación”.

Sin embargo, de conformidad con Pertiñez Vílchez, F. (2013, p.381), las normas que imponen al empresario los deberes de información precontractuales, son normas de naturaleza administrativa, estatales o autonómicas, que no prevén expresamente las consecuencias jurídicas que en el plano contractual provoca su incumplimiento, por tanto, su consecuencia no puede ser otra, de acuerdo con su naturaleza, que una sanción administrativa, huyendo del automatismo en virtud del cual, el incumplimiento u omisión de estos deberes comporte la nulidad total o parcial del contrato. Pues, *“El consentimiento contractual no puede construirse simplemente sobre la base del cumplimiento de formalidades más o menos rigurosas en la fase precontractual”*.³⁰⁶

No obstante, coincidimos con el anterior autor (2013, p.382), que eso no quiere decir que *“los deberes legales de información precontractual que no tengan prevista una consecuencia negocial expresa en caso de incumplimiento sean un indiferente en el plano negocial”*. Antes bien, estos deberes están llamados a integrar, que no a sustituir, los supuestos de hecho de estas normas. Así, por ejemplo, *“el incumplimiento de estos deberes puede ayudar a conformar el juicio sobre la «excusabilidad» del error, puede motivar que una cláusula incorporada al contrato lastrando las expectativas legítimas del consumidor sobre la carga económica del contrato sea abusiva por un defecto de transparencia o simplemente ser la causa de un daño indemnizable conforme a las reglas de la responsabilidad contractual”*³⁰⁷

³⁰⁶ Cfr. Pertiñez Vílchez, F. (2013). “Información precontractual obligatoria, error y prácticas desleales”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 379-387.

³⁰⁷ Cfr. Pertiñez Vílchez, F. (2013). “Información precontractual obligatoria, error y prácticas desleales”.

CAPITULO V. LA PUBLICIDAD Y LA INTEGRACION DEL CONTRATO.

1. Legislación aplicable

En la actualidad, la publicidad, se sitúa en el origen del iter contractual. En base a sus contenidos, los consumidores seleccionan unas ofertas frente a otras, y proceden a la contratación de la vivienda publicitada. Por ello, como pone de manifiesto Camacho Pereira, C. y Tejedor Muñoz, L. (2014), debe garantizarse que tales contenidos sean veraces, y dotar al consumidor de la posibilidad de reclamar aquello que se le prometió u ofreció en el mensaje publicitario.³⁰⁸

De conformidad con Picatoste Bobillo, J. (2005, p.503-504) nuestro ordenamiento jurídico, con el propósito de proteger al consumidor y, evitar que los contenidos publicitarios le puedan inducir a error se ha venido ocupando, de los derechos y garantías de quienes aspiran a la adquisición o arrendamiento de una vivienda, desde "*el momento de un primer acercamiento*" con el empresario vendedor.³⁰⁹

El mecanismo más efectivo con el que cuentan los consumidores para quedar protegidos de los folletos publicitarios de las promotoras y los escaparates de las inmobiliarias son el conjunto de normas que vamos a exponer en este epígrafe y que están concebidas como un instrumento para la protección de aquellos. Normas que pueden ser alegadas directamente ante los tribunales de justicia, de ahí que resulte de gran utilidad conocerlas.³¹⁰

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad³¹¹ (en adelante, LGP) recoge en su Art. 2 una definición de publicidad,³¹² de cuyo análisis, Vilajoana Alejandro, S. (2011) concluye, que se propone un concepto amplio de la misma, al definirla como "*toda forma de comunicación*", restringiendo el concepto de anunciante a los empresarios y profesionales liberales, y su finalidad a la promoción de la contratación.³¹³ La publicidad se registrará conforme al Art. 1 de la LGP por esta Ley, por

³⁰⁸Cfr. Camacho Pereira, C. y Tejedor Muñoz, L. (2014). *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario: integración de la publicidad en el contrato*, Ed. Aranzadi, pp. 400.

³⁰⁹ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2005). "Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de viviendas".

³¹⁰ SAP Murcia (Sec. 5ª) de 2 enero 2012.

³¹¹BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988, páginas 32464 a 32467 (4 págs.)

³¹² El Art. 2 de la LGP dispone "*A los efectos de esta Ley, se entenderá por publicidad: toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*".

³¹³Cfr. Vilajoana Alejandro, S. (2011) *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Vol. 199, Ed. UOC, pp. 180.

la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD),³¹⁴ y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias.³¹⁵

Para incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y usuarios. Y, la Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, se promulgó la Ley 29/2009, de 30 de diciembre,³¹⁶ que con la finalidad de mejorar la protección de los consumidores, supuso una modificación del TRLGDCU, de la LGP, y de la LCD, unificando las acciones contra la publicidad ilícita, y evitando que la publicidad engañosa tenga una doble tipificación, al remitirse ahora la LGP a la LCD.

La Ley 3/2014 respeto íntegramente la redacción del Art. 61 del TR que regula la integración de la oferta, promoción y publicidad en todo tipo de contratos, incluidos los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda. De conformidad con López Maza, S. y García Vicente, J.R. (2015, p.864) en sus dos primeros apartados aquel establece una regla de alcance general, aplicable a cualquier contrato de consumo, que sustancialmente significa que *“las afirmaciones publicitarias integran el contenido contractual y vinculan al empresario o profesional”*.³¹⁷ El ap. 1, como indica Cámara Lapuente, S. (2011, p. 511) *“hace mérito al principio de veracidad”*³¹⁸, en cuanto viene en palabras de Picatoste Bobillo, J. (2011, p.32) a *“imponer la necesidad de ajuste o correspondencia”* entre lo ofertado o anunciado y la vivienda.³¹⁹ No cabe duda, como recuerda Reyes López, M.J. (2012), que él mismo está vinculado con el contenido del deber de información al consumidor,³²⁰ a ello responde que especifique: *“La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación”*.

El ap. 2 del Art. 61, tipifica el principio de integración publicitaria del contrato, y de conformidad con Cámara Lapuente, S. (2011, p. 511-518) contiene *“la parte esencial de la norma”*, en cuanto proclama el *“carácter vinculante del contenido de la oferta, promoción y publicidad así como las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los*

³¹⁴ BOE núm. 10 de 11 Enero de 1991, páginas 9599 a 962 (4 págs.). El Art. 1 de la LCD dispone que esta tiene por objeto *“la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita”* en los términos de la LGP. Constituyendo una publicidad ilícita la engañosa según el Art. 3 e) de LGP

³¹⁵ En el ámbito específico de la vivienda, esta Ley coexiste con el RD 515/1989.

³¹⁶ Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009, páginas 112039 a 112060 (22 págs.).

³¹⁷ Cfr. López Maza, S. y, García Vicente, J.R. (2015) *“Comentario al art. 61 del TRLDCU,”* en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto legislativo 1/2007*. Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 864-878.

³¹⁸ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). *“Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato”* en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Ed. Colex, pp.510-537.

³¹⁹ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2011). *“Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de viviendas”*.

³²⁰ Cfr. Reyes López, M.J. (2012). *Manual de derecho privado de consumo*.

consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato".³²¹

Finalmente, el ap. 3 de éste precepto como indica el anterior autor contiene una excepción a la integración de la publicidad en el contrato cuando éste contuviese cláusulas más beneficiosas que aquellas.³²² Para Reyes López, M.J. (2012, p.188), *"reitera el principio de cláusula más favorable para el consumidor"*³²³ en los siguientes términos: *"No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad"*.

En el ámbito específico de la vivienda, el RD 515/1989, viene a reafirmar la previsión contenida en la legislación general de protección de los consumidores. En este sentido, el Art. 1 del RD 515/1989 proclama expresamente que dicha norma será de aplicación a los supuestos publicitarios que tengan como objeto la venta o arrendamiento de una vivienda *"que se efectúe en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos actos vayan dirigidos a consumidores"*. Exigiendo, el Art. 2 del RD 515/1989, sin perjuicio del cumplimiento de la LGP que *"toda oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas"* se ajuste a las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda, *"expresando siempre si la misma se encuentra en construcción o si la edificación ha concluido"*. Y, el Art. 3.1 del RD 515/1989 que se haga *"de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma"*, confirmando la expresa exigibilidad de todo el contenido de la oferta, promoción o publicidad, aun cuando no figuren en el contrato.

Además, como indica Picatoste Bobillo, J. (2005, p.508) el Art. 3. 2 del RD 515/1989 *"se ocupa de proclamar la integración del contrato con los contenidos publicitarios"* al establecer que *"Los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato"*, como *"consecuencia lógica de la exigencia de veracidad"*.³²⁴

Cuando se entreguen folletos publicitarios o documentos similares, el Art. 8 del RD 515/1989, añade que se hará constar siempre en los mismos, al menos, *"los datos sobre ubicación y los contenidos en los números 1, 3, 4, 6, 7 del artículo 4 y los de los artículos 6 y 7, con indicación del período de validez que tienen las menciones expresadas. También se harán constar los lugares en los que se encuentra a disposición del público, la información a que se refieren los artículos anteriores"*.

³²¹Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato"

³²²Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato"

³²³Cfr. Reyes López, M.J. (2012). *Manual de derecho privado de consumo*.

³²⁴ Cfr. Picatoste Bobillo, J. (2005). "Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de viviendas".

Se advierte, además, que algunas comunidades autónomas han ido más allá, incluyendo medidas adicionales de protección al consumidor en materia de vivienda, indicando el contenido detallado que, como mínimo, debe contener la publicidad que se haga de ésta. Es el caso, de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la vivienda de la Comunidad Valenciana.³²⁵ Del Reglamento de Andalucía (donde se recomienda, al consumidor que guarde la publicidad, al ser los datos incluidos en ella exigibles en todo caso, incluso aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado). Y, de la Ley Foral 10/2010, de Navarra,³²⁶ que además en su Art. 36 indica de forma explícita que la publicidad deberá ajustarse a "*los principios de buena fe, objetividad y veracidad*". Principios que proclama también la Ley 8/2012, de Galicia, añadiendo a estos el novedoso y muy deseable, principio de transparencia en la publicidad de vivienda que redonda indudablemente en una mayor protección al consumidor.

2. El principio de veracidad de la oferta, promoción y publicidad

Como indica, Cámara Lapuente, S. (2011, p. 517) "*Es afirmación general en la doctrina que el art. 61.1 TR impone el respeto al principio de veracidad en la actividad promocional o publicitaria en relación con la contratación con consumidores*".³²⁷ El principio de veracidad tiene su reflejo en el Art. 61.1 del TR que requiere que todas las declaraciones publicitarias que se hagan sean ciertas, como manifiesta el mandato que implica el término "*se ajustaran*". Y, en el caso de la vivienda, el Art. 2 del RD 515/1989, se remite al cumplimiento de la LGP, y la exigencia de veracidad en la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de vivienda. Más difícil de concretar, evidentemente, resulta el concepto de veracidad y las consecuencias de su infracción en el plano de la eficacia contractual, a ello vamos a dedicar este epígrafe.

El principio de veracidad, de conformidad con Pasquau Liaño, M. (1992, p.144) es "*el concepto jurídico de mayor densidad dentro del Derecho sobre publicidad*". En efecto, según este autor "*La publicidad podrá ser lícitamente parcial, persuasiva, incitadora, incluso en cierto modo manipuladora, pero en todo caso ha de ser veraz*". Sin duda, otra cosa, será delimitar con precisión que ha de entenderse por veracidad como algo diferente de objetividad. La veracidad será "*el concepto clave que delimita, el campo lícito o inocuo de la publicidad: el que va desde el mínimo de veracidad hasta el máximo de la objetividad*". El derecho, para el anterior autor "*no puede imponer una exigencia de objetividad e imparcialidad en la publicidad, pero si puede exigir la veracidad de la misma*". Y, "*aunque es sabido que la publicidad tiene un carácter parcial, unilateral e interesado, la costea el empresario, y es el interés de éstos el que pretende proteger*", se insiste en analizar la publicidad desde la óptica de la información al consumidor, "*porque debe evitarse desinformación o confusión, es decir engaño, en su intento de persuadir u orientar interesadamente la libertad de decisión económica del consumidor; y, porque como una manifestación más de la función social de la libertad de empresa, cabe gravar el derecho a la actividad publicitaria con una carga*

³²⁵ Publicado en DOCV núm. 4867 de 21 de Octubre de 2004 y BOE núm. 281 de 22 de Noviembre de 2004.

³²⁶ Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra. BON núm. 60, de 17 mayo 2010.

³²⁷ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato"

de información mínima sobre determinadas cualidades esenciales³²⁸ de la vivienda, en nuestro caso.

En los mismos términos que el anterior, se pronuncian Reyes López, M.J. (2012) al indicar que la publicidad, no se puede basar en criterios objetivos, pero siempre debe estar presidida por el principio de veracidad, principio que está vinculado con el contenido del deber de información al consumidor.³²⁹ Y, Cámara Lapuente, S. (2011, p.517-518) al recordar que el principio de veracidad del Art. 61.1 del TRLGDCU, con su rotunda proclamación de que la promoción y la publicidad “*se ajustarán*” a la “*naturaleza, características, utilidad o finalidad*”, liga publicidad e información. Indicando como: Salvo contadas excepciones, la proclama de éste precepto “*no comporta que la publicidad tenga que contener siempre cierta información o ni tan siquiera información*”.³³⁰ No obstante, aunque no sea obligación del anunciante informar a los consumidores de todas y cada una de las características de la vivienda que oferta, si debe desvelar aquéllas que sean necesarias para no generar con el mensaje falsas expectativas en el público a que alcanza, teniendo muy presente el tipo de personas o círculo de destinatarios a que se dirige, a fin de conocer la interpretación que las mismas den al mensaje, conforme al criterio de un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, y que cause una impresión similar a los destinatarios en su conjunto y siempre, en relación con la información que contenga la publicidad, con su presentación.³³¹

Por ello, señala la STS Sala de lo Civil de 15 marzo de 2010 que “*la defensa del consumidor en la adquisición de una vivienda, se articula a través de un conjunto de normas previas y posteriores al contrato, que tienen que ver con garantía de una información precisa sobre lo que va a ser objeto de la venta y que va a obligar al vendedor a adecuarse a la normativa publicitaria en vigor, veraz y no engañosa, en el particular relativo a las características físicas y jurídicas de la vivienda*”. Se trata, en definitiva, de que el consumidor tenga una representación cumplida de la vivienda que va a adquirir o arrendar, y que el empresario asuma la obligación esencial y constitutiva de entregar al consumidor la vivienda ofertada en la publicidad que se integra en el contenido del contrato.

Es indudable, por tanto, que la publicidad emitida por el empresario debe ser veraz a fin de que a través de ella el consumidor pueda obtener la información indispensable para elegir la oferta más conveniente. Y, que la veracidad debe ser entendida de conformidad con Rubio Torrano, E. (2013, p.466), “*no como la exigencia de que la oferta, promoción y publicidad deban ser objetivas e imparciales, sino como que no puedan ser engañosas y conducir a error al contratante*”.³³²

La imposición del deber de información veraz en la publicidad está ligada a la prohibición de la publicidad engañosa (Art. 3.1 del RD 515/1989). La LGP establece en

³²⁸ Cfr. Pasquau Liaño, M. (1992). "Comentarios al artículo 8 párrafos 1º y 2º de la LGDCU" en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y, J. Salas Hernández (coords.), Civitas, Madrid, pp. 139- 178.

³²⁹ Cfr. Reyes López, M.J. (2012). *Manual de derecho privado de consumo*.

³³⁰ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). “Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato”.

³³¹ SAP Valencia, Sec. 7ª, de 23 enero de 2007.

³³² Cfr. Rubio Torrano, E. (2013). “Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 465-470.

su Art. 3. e) que es ilícita la publicidad engañosa, y el Art. 5 de la LCD, que la publicidad es engañosa cuando contenga "información falsa" o, cuando contenga "información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico", siempre que incida sobre alguno de los aspectos que en el precepto se señalan. De este modo, la literalidad de éste precepto, permite afirmar que existen una dualidad de supuestos o conductas que resultan prohibidas en la publicidad de una vivienda. El primer supuesto, comprende la publicidad que por encerrar afirmaciones falsas o inexactas de la vivienda, no se corresponde con la realidad de la misma. Y, el segundo supuesto, comprende la publicidad que aun encerrando afirmaciones veraces sobre la vivienda, sin embargo, por su contenido o presentación induce o puede inducir a generar lo que Vilajoana Alexandre, S. (2011, p. 70), denomina una "incorrecta interpretación" por parte de los consumidores,³³³ y en consecuencia, puede generar en ellos una impresión falsa de la vivienda o infundadas expectativas. Estos dos supuestos, conducen al mismo resultado, el consumidor se hace o puede hacerse una representación de la vivienda que no se ajusta o corresponde con la realidad de la misma. De conformidad con el anterior autor (2011, p. 70), en el segundo de estos supuestos, la tarea interpretativa del juzgador que debe valorar si la publicidad es o no engañosa, adquiere, si cabe, "una mayor relevancia". Por ello, a la hora de determinar si un mensaje es "apto para inducir a error", debe tomarse como referencia "el significado que el público destinatario de la publicidad pueda atribuirle al mensaje".³³⁴ Así, el juzgador siempre deberá interpretar el carácter engañoso de la publicidad poniéndose en el lugar del consumidor medio, representativo de los destinatarios a los que ésta se dirige.

En torno al concepto de publicidad engañosa, se derivan dos notas básicas, la primera de ellas es la innecesariedad de probar la concurrencia de dolo o culpa en la actividad del anunciante. Y, ello porque como ya indico Curto Polo, M. (2000) "aunque de forma abstracta la información contenida en la comunicación publicitaria pueda ser considerada veraz, la forma de presentación u otras circunstancias pueden determinar la posibilidad de inducir a error a sus destinatarios" sobre las características de la vivienda ofertada, en nuestro caso.³³⁵ Y, la segunda hace referencia a que no se precisa demostrar que las manifestaciones vertidas son falsas, sino que son susceptibles de inducir a error a los consumidores. Y, ello porque la sola "posibilidad de inducir a error" será suficiente para condenar como engañosa la publicidad, es decir "la potencialidad del resultado".

Por todo ello, la esencia para calificar la publicidad como engañosa, de conformidad con Reyes López, M.J. (2012, p.152) esta "no tanto en un juicio sobre la certeza del contenido como en su aptitud o capacidad para provocar engaño"³³⁶. En la misma línea, para Pasquau Liaño, M. (1992) la esencia está en la aptitud para inducir a error, bien por presentar como información objetiva lo que no es más que opinión propagandística, bien por silenciar datos fundamentales.³³⁷

³³³ Cfr. Vilajoana Alexandre, S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*.

³³⁴ Cfr. Vilajoana Alexandre, S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*.

³³⁵ Cfr. Curto Polo, M. (2000). "Notas sobre la publicidad engañosa y su tratamiento jurisprudencial" *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.3, pp. 1379-2414.

³³⁶ Cfr. Reyes López, M.J. (2012). *Manual de derecho privado de consumo*.

³³⁷ Cfr. Pasquau Liaño, M. (1992). "Comentarios al artículo 8 párrafos 1º y 2º de la LGDCU"

De lo expuesto, se deduce que para que la publicidad incurra, con carácter general, en el supuesto de publicidad engañosa resulta necesario el concurso de dos presupuestos que Vilajoana Alejandro, S. (2011, p. 69) resume en "*la aptitud para inducir a error a los destinatarios del mensaje*" y "*la aptitud para que ello se traduzca en una alteración de su comportamiento económico*".³³⁸

Respecto al primer presupuesto, efectivamente como indican Leñena Mendizabal, E. y, Iraculis Arregui, N. (2010), para calificar una publicidad como engañosa no es necesario que se produzca un error efectivo.³³⁹ Al contrario, será suficiente la simple aptitud de la misma para desencadenar una falsa creencia en el consumidor medio. Es decir, no se precisa la efectividad del engaño, bastando lo que García-Cruces González, J.A. (2011, p. 15) llama "*mera potencialidad*"³⁴⁰ o posibilidad de engañar.

En definitiva, para que la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas resulte prohibida no se requiere probar la realidad de un daño, en este caso, el engaño, sino tan solo que éstas puedan conducir a tal resultado. El carácter engañoso no resulta del carácter efectivo y actual de aquel (lo que ocurriría si las características de las viviendas hubieran cambiado respecto de lo publicitado), sino que basta con que el engaño sea potencial.

Ahora bien, para que la publicidad sea engañosa, es necesario, de conformidad con Leñena Mendizabal, E. y, Iraculis Arregui, N. (2010), que la difusión de información falsa o adecuada para inducir a error recaiga sobre alguno de los aspectos enumerados en el Art. 5.1 de la LCD, y además que sea apta para influir en la conducta de mercado de los consumidores.³⁴¹ Por consiguiente, el segundo presupuesto, que exige este precepto, para que una publicidad pueda ser considerada engañosa es la aptitud para alterar el comportamiento económico de los consumidores. Recordando, Vilajoana Alejandro, S. (2011, p. 71) "*que la publicidad solo podrá ser considerada engañosa si, además de ser apta para inducir a error a sus destinatarios, es susceptible de alterar su comportamiento económico*".³⁴² Es decir, la conducta desarrollada no sólo ha de ser apta para inducir a error sino que, también con carácter de posibilidad se exige que sea susceptible de alterar el comportamiento económico del consumidor. De modo que como indica García-Cruces González, J. A. (2011, p.15) la prohibición no viene a requerir la efectiva incidencia sobre la decisión del consumidor que le lleve a contratar la compra o el alquiler de la vivienda sino la "*mera potencialidad*". Por ello, no priva a su carácter de acto engañoso el hecho de que la información difundida en el anuncio y

³³⁸Cfr. Vilajoana Alejandro, S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*.

³³⁹Cfr. Leñena Mendizabal, E. y, Iraculis Arregui, N. (2010). "La reforma del Derecho Español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 6/2010, pp. 87 a 132.

³⁴⁰Cfr. García-Cruces González, J. A. (2011) "Actos de engaño y omisiones engañosas". en *Protección de los/as consumidores/as en un mercado competitivo (sobre la Ley de Competencia Desleal)*. Cuadernos Digitales de Formación, del Consejo General del Poder Judicial, núm. 11, pp. 1- 34.

³⁴¹ Cfr. Leñena Mendizabal, E. y, Iraculis Arregui, N. (2010). "La reforma del Derecho Español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009".

³⁴²Cfr. Vilajoana Alejandro, S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*.

que era engañosa no conduzca a la contratación o se evite el engaño como consecuencia de otras informaciones recibidas con carácter adicional.³⁴³

Además, hay que tener en cuenta que la publicidad de una vivienda puede ser engañosa, bien por acción o bien por omisión de información de los "*datos fundamentales*", de la vivienda objeto de la misma (Art. 3.1 del RD). Las omisiones engañosas se definen en el Art. 7 de la LCD.³⁴⁴ Y, de conformidad con Leñena Mendizabal, E. y, Iraculis Arregui, N. (2010), se configuran por referencia a su aptitud para llevar al consumidor a tomar una decisión económica sin conocer la vivienda, decisión que de otro modo no se tomaría.³⁴⁵

De lo establecido en el Art. 7 de la LCD, se desprende según Vilajoana Alejandro, S. (2011, p.73) que la publicidad engañosa por omisión de datos fundamentales, será considerada ilícita siempre que la omisión induzca a error a sus destinatarios y sea apta para provocar una distorsión significativa de su comportamiento económico. En consecuencia, según la anterior autora, se considera engañosa por omisión, y por tanto, ilícita: la publicidad de una vivienda que omita u oculte, de modo que resulte "*prácticamente imperceptible o ilegible*", información necesaria "*para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa*". Y, la publicidad que "*a pesar de incluir la información esencial de forma perceptible*" sea "*poco clara, ininteligible o ambigua para un consumidor medio*", o se ofrezca en un momento que no sea adecuado.³⁴⁶

Para determinar el carácter engañoso de la publicidad que omite información de la vivienda, Vilajoana Alejandro, S. (2011, p.74) indica que se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos: Primero, "*la relevancia de la información omitida*", esto es, su carácter sustancial, necesario o esencial en relación con el contenido del mensaje. Se considera engañosa por omisión la publicidad que omita un dato que, conocido por el público, haría cambiar de opinión al consumidor con respecto a la compra o arrendamiento de la vivienda; por tanto, el dato omitido inducirá a error cuando sea "*determinante en la elección*" que finalmente se realice. Segundo, "*el grado de conocimiento de la información omitida por parte de un consumidor medio, puesto que difícilmente será apta para inducir a error la omisión de una información generalmente conocida por éste*". Tercero, "*el contexto fáctico en el que se produce la publicidad, teniendo en cuenta sus características y circunstancias*". Y, cuarto, "*las limitaciones del medio de comunicación utilizado*".³⁴⁷

³⁴³Cfr. García-Cruces González, J. A. (2011). "Actos de engaño y omisiones engañosas".

³⁴⁴El Art. 7 de la LCD, modificado la Ley 29/2009, considera desleal "*la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa*". Considerando que es también desleal "*si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica cuando no resulte evidente por el contexto*".

³⁴⁵Cfr. Leñena Mendizabal, E. y, Iraculis Arregui, N. (2010). "La reforma del Derecho Español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009".

³⁴⁶Cfr. Vilajoana Alejandro S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*.

³⁴⁷Cfr. Vilajoana Alejandro, S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*.

En efecto, la norma impone a los empresarios o profesionales el deber de procurar la información necesaria para que los consumidores estén en condiciones de adoptar decisiones de mercado racionales. A estos efectos, la determinación de la información a la que debe atribuirse el carácter de necesario debe realizarse caso por caso. En el nuestro, la publicidad que contenga una invitación al contrato, esto es, la que indique las características de la vivienda, y su precio o renta de forma que permita al consumidor tomar una decisión sobre la contratación de aquella, debe procurar la información que versa sobre los extremos de los Arts. 4 a 7 del RD 515/1989. Así, los requisitos, para apreciar si una determinada publicidad es o no engañosa, en su modalidad clásica de engaño por omisión, guardan relación con el deber de diligencia del anunciante, obligado a desvelar aquéllas características que sean necesarias para no generar con el mensaje falsas expectativas en un consumidor medio.

En todo caso, la omisión de información en la publicidad solo es relevante si en el consumidor se generan falsas expectativas sobre la vivienda. Las omisiones de información que no generan error alguno son, de conformidad con García-Cruces González, J. A. (2011, p. 10 y 11) "*irrelevantes*",³⁴⁸ pues sin el error es muy difícil pensar que pueda afectarse la decisión económica del consumidor de modo que ésta se tome sin conocimiento de causa.

El Art. 7.2 de la LCD, establece a mi opinión con buen criterio, que para determinar del carácter engañoso de la publicidad por omisión de información, se atenderá al contexto fáctico en que se produce, "*teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado*". Y, que cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información "*se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios*". En consecuencia, las limitaciones del medio de comunicación utilizado por el empresario y, el hecho de que éste ponga a disposición del consumidor la información necesaria por otros medios son circunstancias relevantes para desestimar la existencia de una omisión engañosa.

En el caso de que la publicidad de vivienda sea engañosa. El RD 515/1989 no indica cuáles son las consecuencias del incumplimiento del principio de veracidad, limitándose su Art. 11 a establecer una remisión que se entiende hecha al actual régimen sancionador del TRLGDCU, considerando infracción administrativa de consumo, cualquier incumplimiento de lo dispuesto en las normas del RD 515/1989 que regulan la publicidad en la compraventa o arrendamiento de vivienda. Además, la publicidad que infrinja estos preceptos será ilícita,³⁴⁹ conforme al Art. 3.d) de la LGP.³⁵⁰

³⁴⁸Cfr. García-Cruces González, J. A. (2011). "Actos de engaño y omisiones engañosas".

³⁴⁹Contra la publicidad ilícita podrán ejercitarse las acciones previstas en el Art. 32.1 de la LCD "1.ª Acción declarativa de deslealtad.2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa.6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico". El Art. 6. 1 de la LGP establece la posibilidad de acumular a la acción de cesación prevista en la LCD, siempre que se solicite la de nulidad

De conformidad con López Maza, S. y, García Vicente, J.R. (2015, p. 865-866) la publicidad engañosa, al margen de su represión en sede propia (Arts. 5 y 7 LCD), encuentra en el Art. 61 del TRLGDCU, el remedio para su represión en el contrato. Pues *“con la regla de la vinculación contractual de las declaraciones publicitarias se asegura la protección contractual del interés del consumidor, cuya voluntad se formó a partir de las declaraciones inexactas o sencillamente falsas. Pese a su inexactitud o falsedad el consumidor puede exigir su contenido en la sede en que se satisface su interés: el contrato”*.³⁵¹

Las consecuencias de la infracción del principio de veracidad en el plano de la eficacia contractual, coincide con Cámara Lapuente, S. (2011, p.517- 518) *“son difíciles de concretar”*.³⁵² Al conectar el principio de veracidad con el derecho básico de los consumidores a la información correcta, el desajuste de la oferta, promoción y publicidad con las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda, supondrá infracción de los Arts. 18, 20 y 60 del TR y, *“amén de las consecuencias administrativas que tenga la infracción”*,³⁵³ desde el punto vista de las consecuencias jurídico-privadas para la relación contractual tiene su sanción no sólo en Art. 61.2 del TR, pues una declaración no veraz sobre una vivienda integra el contrato y vincula al empresario por las características, condiciones y utilidad anunciadas,³⁵⁴ sino también en el Art. 65 del TR, en caso de que la publicidad de la vivienda haya omitido o silenciado u ocultado información precontractual relevante sobre ella .

No obstante, los efectos del incumplimiento del principio de veracidad pueden llegar a la resolución del contrato de compraventa o arrendamiento, cuando el alcance de dicho incumplimiento suponga una auténtica frustración de los fines de éstos contratos para el consumidor,³⁵⁵ lo que impone un imprescindible e individualizado examen de cada contrato concreto, del alcance del incumplimiento y de las expectativas que el consumidor pueda tener en relación a la vivienda.

3. Delimitación de los términos oferta promoción y publicidad

En este apartado nos interesa encuadrar estas figuras, porque aunque el Art. 61 del TRLGDCU impone a todas el respeto al principio de veracidad, otorgando a las tres carácter vinculante, y en el ámbito específico de la vivienda, el RD 515/1989, reafirme ésta previsión (al regular la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de vivienda), son conceptos con matices diferentes, y como advierte

y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades, siempre que estas.

³⁵⁰Un ejemplo, de publicidad ilícita conforme a lo dispuesto en el Art. 3. d) de la LGP (que además, será desleal conforme al Art. 7.1 de la LCD) es el incumplimiento del Art. 2 del RD 515/1989 que junto al requisito de veracidad exige que la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de vivienda exprese, siempre, si ésta se encuentra terminada o en construcción. La publicidad que silencie este dato infringe lo dispuesto en este precepto y, constituye publicidad ilícita.

³⁵¹ Cfr. López Maza, S., García Vicente, J.R. (2015). "Comentario al art. 61 del TRLDCU".

³⁵² Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato".

³⁵³ Art. 49 del TRLGDCU.

³⁵⁴ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 30 mayo 2011.

³⁵⁵ SSTs Sala de lo Civil (Sec.1ª) 23 julio 2013 y, 12 julio 2011.

Zubero Quintanilla, S. (2016, p.69) algunas sentencias, al pronunciarse sobre la publicidad, se refieren a “*ofertas publicitarias*”, lo que “*no quiere decir que exista una plena coincidencia entre oferta publicitaria y oferta contractual*”. Dicha correspondencia de figuras dependerá de la interpretación del contenido de las declaraciones siempre que en la “*oferta publicitaria*” figuren “*todos los elementos esenciales propios de las ofertas en sentido estricto*”.³⁵⁶

El término oferta supone, como indica Reyes López, M. J. (2012, p. 189) “*una declaración de voluntad que contiene todos los elementos del contrato, de forma que será suficiente con que la otra persona acepte para que haya contrato*”. El problema que en su opinión, puede presentar en las relaciones de consumo es que “*se dirige al mercado, por lo que su aceptación irá dirigida a persona incierta o por definir*” siendo, en todo caso, el “*elemento decisivo, que no precisa de un contrato ulterior*”.³⁵⁷

De conformidad con Cámara Lapuente, S. (2011, p.512-513), dentro del amplio término de publicidad (dependiendo de que ésta contenga o no información, y si la contiene, dependiendo de que ésta comprenda todos o algunos de los elementos esenciales del contrato, o bien solo elementos accesorios), habrá que diferenciar tres realidades: la primera, es la que este autor denomina “*auténtica oferta publicitaria, que busca promover directamente la contratación*”, la segunda es la publicidad “*con contenido informativo*”, que contiene algunos elementos del contrato, sean esenciales o accesorios y, por último, la publicidad sin ningún contenido informativo “*sugerente, persuasiva, laudatoria, de puro reclamo*”.³⁵⁸

Para la dogmática tradicional, solo vinculaba al anunciante la primera. Sin embargo, frente a la anterior, de conformidad Rubio Torrano, E. (2013, p.466) las dos primeras vinculan al empresario, y quedan integradas en el contrato.³⁵⁹ En la misma línea, para Cámara Lapuente, S. (2011, p.518), la escueta alusión del Art. 61 del TRLGDCU a la “*promoción y publicidad*”, nos permite sostener, que la publicidad que no alcanza el rango de oferta también vincula al empresario. De modo que “*la integración del contrato en favor del consumidor se produce objetivamente en relación a cualquier publicidad con contenido informativo*”,³⁶⁰ con independencia de que “*por ser falsa, engañosa, desleal o, en general, ilícita en virtud de otras normas*”, merezca otros reproches y acciones para el ordenamiento jurídico. Evitando “*la traslación de los requisitos propios de esas otras normativas sobre publicidad*” al campo de aplicación del Art. 61 del TRLGDCU. Por tanto, de conformidad con el anterior autor (2011, p.519), el principal hallazgo de éste precepto, y donde éste revela su auténtica importancia, es que permite al consumidor “*exigir la integración en el contrato de toda declaración publicitaria con genuino contenido informativo, aunque no alcance la*

³⁵⁶Cfr. Zubero Quintanilla, S. (2016). “La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa” *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil* núm.6 pp. 63-92.

³⁵⁷Cfr. Reyes López, M.J. (2012). *Manual de derecho privado de consumo* .

³⁵⁸Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). “Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato”.

³⁵⁹Cfr. Rubio Torrano, E. (2013). “Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual”.

³⁶⁰Para la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 12 julio 2011: “*si cabe entender que no es oferta en sentido estricto, en cuanto no recoge todos los elementos esenciales, resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual (art. 1258 CC) dada su repercusión relevante en la formación del consentimiento*”.

categoría de oferta, por no contener todos los elementos esenciales del contrato o por excluir la voluntad de contratar a través de esas manifestaciones".³⁶¹

El RD 515/1989, se refiere indistintamente a la oferta, promoción y publicidad. No obstante, el término publicidad debe entenderse utilizado por éste en el sentido amplio que emplea el Art. 2 de la LGP, incluyendo la típica promoción de ventas, ya se incluya ésta en un mensaje publicitario en sentido usual, ya se haga llegar al consumidor de cualquier otra manera (folletos publicitarios, SSTS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) de 28 febrero 2013, 1 octubre 2012 y 12 julio 2011).

Los términos publicidad y promoción en el RD 515/1989 se refieren indistintamente a mensajes sugestivos dirigidos al consumidor en general, que se ofrecen o se localizan en una etapa previa y separada de la específica perfección contractual.³⁶² Por el contrario, el término oferta debe (a riesgo de quedar absorbido por los otros dos), ser referido a la oferta de contrato en sentido propio, como declaración de voluntad que contiene todos los elementos del contrato necesarios y precisos para que la aceptación del destinatario se produzca sin necesidad de nuevo concurso del oferente. Entendida en estos términos, no todas las normas del RD 515/1989 se pueden predicar como obligatorias para la oferta contractual, y deben quedar limitadas a la promoción y a la publicidad. Así, ocurre con lo dispuesto en el Art. 3 o con los contenidos informativos a que se refieren los Arts. 4 a 8. También, el término promoción ha sido utilizado en el Art. 5 del RD 515/1989, cuando hace referencia a la información que debe estar a disposición de los consumidores y usuarios en las promociones de viviendas.

4. Integración publicitaria del contrato

En la actualidad, el tratamiento jurídico de la publicidad está directamente relacionado con el replanteamiento que se hace del iter formativo del contrato en un sistema de contratación en masa, en el que la contratación y el contrato de consumo resultan promocionados o promovidos mecánicamente y a distancia por medio de la publicidad. La publicidad ha sustituido a los tratos previos de los que se ocupa el Derecho civil clásico, y ha alterado profundamente el proceso de formación del contrato. Del contacto personal e individualizado se ha pasado al contacto social mecanizado y anónimo de los mensajes publicitarios. De ahí, que se reivindique que el Derecho se ajuste a la realidad económica, y reconozca relevancia jurídica a la dimensión negocial de la publicidad, sujetándola a los deberes y responsabilidades precontractuales.³⁶³

Como se desprende de lo anteriormente expuesto, la razón de la eficacia vinculante de la publicidad está en que la misma ha sustituido en la actualidad a los clásicos tratos previos cuando se trata de contratación en masa en base a condicionados generales, y dado su carácter sugestivo y persuasivo, acentuado por las modernas técnicas publicitarias, el contenido de la misma es determinante en la formación del

³⁶¹Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato".

³⁶²SAP Cantabria (Sec.1ª) de 27 diciembre 2000.

³⁶³Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, núm. 10, de 19 Diciembre 2001, confirmada por la SAP Sevilla (Sec.5ª) 16 mayo 2002.

consentimiento del consumidor a la hora de decidirse a contratar, por lo que en primer lugar el TS y posteriormente la legislación positiva de protección de los consumidores, declararon que el contenido de la oferta publicitaria ha de considerarse integrado en el contrato celebrado posteriormente.

La publicidad es parte del contrato, pero no es el contrato,³⁶⁴ de forma que la eficacia jurídica de los folletos publicitarios de las promociones inmobiliarias, ha de estudiarse al amparo del Art. 61 del TRLGDCU y de otras leyes complementarias. De conformidad con Reyes López, M.J. (2012), el Art. 61 del TRLGDCU, establece dos condiciones a la publicidad, la primera, como hemos visto, es una pretensión concordante con el principio de veracidad que debe presidir la publicidad para asegurar que el consumidor que contrate en base a ella, lo haga con pleno conocimiento de causa y, la segunda condición o parámetro de control de la publicidad, es la exigibilidad de su contenido, aunque no se refleje en el contrato.³⁶⁵

En efecto, de las distintas facetas o vertientes en que se manifiesta la protección legal de los intereses de los consumidores, es particularmente relevante la incorporación del contenido de la *"oferta, promoción o publicidad"* al contrato, es decir, lo que se conoce como la figura de *"integración publicitaria del contrato"*.³⁶⁶ El carácter integrador y vinculante del contenido de la publicidad se desprende, de la premisa *"serán exigibles"* del ap. 2 del Art. 61 del TRLGDCU y, en el ámbito específico de la vivienda del Art. 3.2 del RD 515/1989 que permite al consumidor exigir su cumplimiento, aun cuando no figure en el contenido definitivo del contrato celebrado. El Art. 2 del RD 515/1989 delimita unos requisitos mínimos a los que deben ajustarse las inmobiliarias y los empresarios cuando promocionen sus viviendas. Tales condicionamientos componen, como ya indico Martín García, M. L. (2002, p.227-231) *"la obligación de realizar actividades publicitarias que se ajusten a la realidad proyectada o edificada, evitando que se deformen los datos y se creen falsas expectativas en los consumidores, cuyo cumplimiento puede exigirse"*.³⁶⁷

En nuestro ordenamiento, basta, con atender al tenor literal de los preceptos reseñados, y sin necesidad de labor alguna interpretativa para concluir que en los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda concertados entre un profesional y un consumidor, la obligación primaria de aquel de entregar la vivienda, no se reduce a las características de la vivienda recogidas en el contrato, sino que se extiende a todo aquello que se hubiese incluido en la oferta, promoción y publicidad, mediante folletos u otros documentos similares, referidos a la vivienda objeto del contrato. De tal manera que, el contenido de la oferta, promoción y publicidad (tanto escrita como gráfica), pasa a formar parte integrante del contenido del contrato, salvo que, en éste se hubieran pactado cláusulas más beneficiosas para el consumidor, las cuales deberán prevalecer respecto a las de la oferta, promoción o publicidad. Y, sin que, para ello, sea necesario considerar que el profesional hubiere actuado con dolo, engaño o fraude.³⁶⁸

³⁶⁴SAP Málaga (Sec. 4ª) 7 noviembre 2014.

³⁶⁵Cfr. Reyes López, M.J. (2012). *Manual de derecho privado de consumo*.

³⁶⁶SAP Córdoba (Sec.3ª) de 6 de marzo de 2009.

³⁶⁷Cfr. Martín García, M. L. (2002). *La publicidad: su incidencia en la contratación*. Madrid, Dykinson, pp.328.

³⁶⁸SAP Granada (Sec. 3ª) de 11 Julio 2011.

Las SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 23 de julio de 2013 y, 30 de mayo de 2011 destacan la importancia de la publicidad en la contratación y, su relevancia en el proceso de toma de decisiones de un consumidor medio. Esta importancia es cada vez mayor, como también es mayor la posibilidad de crear una falsa expectativa que prive al consumidor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de adquirir o arrendar una vivienda en unas determinadas condiciones. No obstante, la influencia publicitaria dependerá de la situación concreta de la vivienda. Efectivamente, como ya puso de manifiesto Martín García, M. L. (2002), no será igual la influencia de ésta si la vivienda está acabada que si se encuentra en fase de construcción o diseñada en un plano. En este último caso, el consumidor no puede tener un contacto directo y visual con la vivienda, y toma su decisión confiando en la información contenida en los folletos publicitarios, en los planos o en cualquier otra documentación relativa a la vivienda.³⁶⁹ El consumidor que confiando en la buena fe del empresario se embarca en esa "*aventura contractual*"³⁷⁰ queda protegido de eventuales incumplimientos de los vendedores al imponer el RD 515/1989 a quienes ofertan, promocionan o publicitan viviendas "*el cumplimiento de determinadas obligaciones en orden a clarificar y concretar los términos de su prestación*" a fin de que el consumidor tenga una representación cabal de la vivienda, lo que se obtiene del "*documento contractual*" y de "*otros que, fuera de él, debe entenderse que lo completan*", como los planos, las descripciones constructivas e incluso los folletos publicitarios.³⁷¹ Integrando todo ello "*el contenido negocial*" en los términos establecidos en el Art. 1285 del CC.

El folleto publicitario, sobre cuya base conoce el consumidor la vivienda, es un documento que forma parte integrante del contrato, y contiene información que vincula a quien la emite, por exigirlo así razones de seguridad del tráfico jurídico, el principio de confianza, la buena fe contractual, la legislación especial protectora de los consumidores y la reguladora de la publicidad.³⁷² Con ellos se puede medir la diligencia exigible del empresario, pues implican la obligación de que la vivienda tenga las características y condiciones con que se ha ofertado, y sobre cuya base el consumidor medio la conoce y contrata, teniendo derecho a exigir que se cumplan.³⁷³ Así lo ha declarado el TS, teniendo en cuenta además que el folleto publicitario no responde, o al menos únicamente, a una "*mera función de promoción*", sino que constituye una "*auténtica oferta publicitaria*"³⁷⁴ en tanto que se trata de "*una información concreta, que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes*" de la vivienda, y si bien cabe entender que no es oferta en sentido "*estricto*"³⁷⁵ (en cuanto que no recoge todos los elementos esenciales), resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual dada su repercusión relevante en la formación del consentimiento del consumidor medio que lo emite influenciado directamente por los contenidos publicitarios y promocionales de la vivienda.³⁷⁶

³⁶⁹Cfr. Martín García, M. L. (2002). *La publicidad: su incidencia en la contratación*.

³⁷⁰ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 4 diciembre 1998.

³⁷¹Según, la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 15 de marzo de 2010, se trata, de que el consumidor tenga una representación cabal de la vivienda y, que el vendedor asuma la obligación de entregarla, una vez que ésta ha alcanzado existencia real y física cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y en la publicidad que se integran en el contenido del contrato.

³⁷² SAP Barcelona (Sec.1ª) 14 mayo 2008.

³⁷³ SAP Málaga (Sec. 4ª) 7 noviembre 2014.

³⁷⁴ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 26 abril 2013.

³⁷⁵ SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 28 febrero 2013, y 1 octubre 2012.

³⁷⁶ SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 23 julio 2013, y 12 julio de 2011.

Por último, nos planteamos si podemos sostener el principio de integración publicitaria del contrato más allá de las estrictas relaciones de consumo, toda vez que la buena fe objetiva, que fundamenta y está detrás de este principio, debe estimarse como de carácter general y ha de salvaguardarse en toda relación negocial, y no sólo en las calificadas como de consumo. De conformidad con Zubero Quintanilla, S. (2016, p.69) la regulación de disposiciones específicas sobre la integración de la publicidad en los contratos celebrados con consumidores “no impide el reconocimiento de la operatividad del principio de integración en toda clase de relaciones negociales con independencia de la condición de las partes contratantes”.³⁷⁷ Así, lo constata la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 23 de julio de 2013, que declara la existencia de incumplimiento contractual por no haberse cumplido las condiciones contenidas en la publicidad, pese a que la relación jurídica del supuesto enjuiciado no puede ser calificada de consumo.

5. Origen de la integración publicitaria del contrato

Es importante, aunque sea de forma escueta, aludir en este epígrafe a los orígenes de los preceptos que proclaman, en la actualidad, el carácter vinculante e integrador de la publicidad. Esto nos puede llevar a la mejor comprensión de las sentencias que en la actualidad como advierte Zubero Quintanilla, S. (2016), se continúan apoyando en el Art. 8 LGDCU y en el Art. 1258 del CC, dada la lentitud de los procesos judiciales,³⁷⁸ a pesar de que ya han transcurrido más de nueve años desde que se promulgo el TRLGDCU.

En concreto, el Art. 61.2 del TR tiene su antecedente en el Art. 8 de la LGDCU, precepto pionero en la consagración del principio de integración de la publicidad en el contrato, que constituye la principal referencia legislativa que ha permitido en nuestro ordenamiento hablar de los efectos contractuales de la publicidad, si bien es cierto que cuando se redactó, este principio, ya se había introducido por vía jurisprudencial, pues contaba como indica Cámara Lapuente, S. (2011, p. 510) “con los conocimientos y aplaudidos precedentes de las SSTs 14 de junio de 1976 y 27 de enero de 1977”.³⁷⁹

Las SSTs Sala de lo Civil de 14 de junio de 1976, y de 27 de enero de 1977, aun antes de la entrada en vigor de la LGDCU (anticipándose a la misma), reconocieron este carácter, si bien utilizaron argumentos distintos para declarar vinculantes los folletos publicitarios que anunciaban ciertas prestaciones e instalaciones en unas viviendas en construcción que no se recogieron en el contrato. La primera a través de su consideración como oferta contractual, y la segunda invocando las exigencias del principio de la buena fe consagrado en el Art. 1258 del CC.

Como indica Cámara Lapuente, S. (2011, p.510) con estas SSTs la jurisprudencia introdujo la llamada “integración publicitaria del contrato” como

³⁷⁷Cfr. Zubero Quintanilla, S. (2016). “La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa”.

³⁷⁸Cfr. Zubero Quintanilla, S. (2016). “La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa”.

³⁷⁹Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). “Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato”.

"protección del interés contractual del consumidor"³⁸⁰ más allá de los cauces de tutela del contratante expresamente establecidos en el Derecho común de obligaciones y contratos.

Con anterioridad al reconocimiento legislativo del Art. 8 de la LGDCU, las instituciones del CC a las que había que remitirse para lograr la integración eran, de conformidad con Reyes López, M.J. (2012, p. 187-188) *"los vicios del consentimiento y la responsabilidad extracontractual"*. En concreto, *"se interpelaba que el consentimiento se había configurado de forma errónea, lo que provocaba la existencia de un vicio, causado por error o dolo"*. Para que pudiera apreciarse error éste tenía que ser *"relevante y excusable"*. En aquellos casos en que no lo fuera cabía invocar la protección a través de la *"imputación de dolo, valorado, no solo en el cumplimiento del contrato, sino con anterioridad al mismo y aplicable cuando el que lo padeciese fuera parte contratante o un tercero"*. En otros procesos, *"se entendió, que podía constituir un supuesto de responsabilidad extracontractual o de responsabilidad derivada de culpa in contrahendo ya que al no haber existido ni contrato ni tratos preliminares, el origen de la reclamación procedería de la relación de confianza generada a través de la oferta"*. En último lugar, los recursos que esgrimían eran, que *"la publicidad pasaba a integrar el contenido del contrato cuando en él no se especificaba nada sobre lo expresado en la publicidad"*, como entendió la STS Sala de lo Civil de 9 de febrero de 1981 al condenar a la inmobiliaria a ceder a los adquirentes de las viviendas las piscinas y zonas verdes contenidas en la publicidad que no se transmitieron junto con aquella; o, por último, *"que la oferta formaba parte del contrato por ser una consecuencia necesaria de la buena fe contractual"*,³⁸¹ proclamada y exigida objetivamente en los Arts. 1258 y 7 del CC, como puso de manifiesto la STS de 27 enero 1977.

Cámara Lapuente, S. (2011, p.510-511) señala, en mi opinión con acierto, al hacer referencia a las instituciones *"de los vicios del consentimiento (error o dolo) y la responsabilidad precontractual y extracontractual (culpa in contrahendo ex arto 1270.2 CC sobre dolo incidental)"*, como además, de la dificultad *"del cumplimiento de todos los requisitos exigidos"*, estas solo comportan, o bien *"la anulabilidad del contrato"*, o bien *"la indemnización"*, pero no suponen la incorporación de lo anunciado al contrato y, por lo tanto, no garantizan *"objetivamente, sin consideraciones especiales sobre la culpa o intención del empresario"*, como en cambio hace el Art.61, *"esa vinculación íntegra del empresario por sus declaraciones en la fase de promoción"*.³⁸²

Como estos remedios tradicionales del CC fueron insuficientes para satisfacer el interés del consumidor en el cumplimiento de las prestaciones publicitadas que le indujeron a contratar, la doctrina de forma mayoritaria alabo la importancia del Art. 8 de la LGDCU. Así, para Pasquau Liaño, M. (1992, p.155) con éste precepto el legislador esquivo el laberinto de los problemas típicos que implicaban los remedios tradicionales del Derecho de obligaciones y afirmo, sin más, por vía directa *"la posibilidad de los consumidores de exigir el contenido de la oferta, promoción y publicidad, aun cuando no figure en el documento contractual celebrado"*. Consagrando *"una eficaz y potente herramienta para la protección contractual de los consumidores"*. Aunque de conformidad con el anterior *"dejó abiertas importantes*

³⁸⁰Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). *"Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato"*.

³⁸¹Cfr. Reyes López, M.J. (2012). *Manual de derecho privado de consumo*.

³⁸² Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). *"Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato"*.

dudas hermenéuticas” que siguen existiendo en el actual Art. 61 TRLGDCU, “*como el valor de las cláusulas contractuales que expresamente contradicen la publicidad o la legitimación pasiva en ciertos supuestos*”.³⁸³ Y, para, Lasarte Álvarez, C. (2016), su importancia radicaba en el carácter imperativo de la norma directamente aplicable ante los Tribunales.³⁸⁴ Carácter que ha consolidado el actual Art. 61 del TR.

Con posterioridad al Art. 8 de la LGDCU, el TS siguió acogiendo, si bien es cierto que con más apoyo sustantivo, la integración publicitaria del contrato, de modo que fue reafirmando el carácter vinculante de la publicidad en varias sentencias. Muchas de estas sentencias encontraron su origen en contratos de compraventa de viviendas a raíz de los que era frecuente que los promotores o constructores ofrecieran a los consumidores todo lo que se les pasaba por la imaginación, despreocupándose del resultado final de las viviendas. Por ello, la STS de 9 febrero 1981 entendió incluidas en el contrato de adquisición de vivienda la zona deportiva y piscina argumentando que “*la pública oferta de venta lo comprendía*” y, “*lo que sirvió de público y general ofrecimiento indudablemente, y en tanto no se excluya expresamente, es comprendido con base a esa oferta*”.

La primera sentencia que de forma expresa menciona el Art. 8, fue la STS Sala de lo Civil de 7 noviembre 1988. En ella, tras alegar los consumidores “*que las condiciones de la oferta que suscribieron, basada en la publicidad precedente del documento contractual*”, no se ajustaban a las de las viviendas entregadas. Se declaró que “*La publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8, y origina responsabilidad en el oferente*”.

Esta posición, se fue reiterando en muchas sentencias de la Sala de lo Civil del TS (Sec.1ª) que por orden cronológico cabe citar: Así, la STS 20 enero 1989 tomo en cuenta la descripción de calidades de las viviendas en construcción que el promotor-constructor hizo en los repetidos anuncios publicitarios, para declarar “*la decisiva influencia de la publicidad sobre la conducta y voluntad*” de los consumidores al contratar y, la existencia de defectos y omisión de detalles en las viviendas entregadas, respecto de los ofrecidos públicamente y contemplados en las memorias descriptivas y contratos correspondientes.

Las SSTS de 3 julio y, 21 julio de 1993 precisaron “*la obligación de la promotora de finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores*”, conforme a lo que establecen los Arts. 1096, 1101, 1256, y 1258 del CC, y el Art. 8 de la LGDCU. Y, la STS de 2 noviembre 1994, añadió que “*Si el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la pactada ni un cumplimiento parcial, tampoco lo está a conformarse con una prestación que no se ajuste a la convenida*”.

La STS Sala de lo Civil de 8 noviembre 1996, citando alguna de las anteriores sentencias como resumen de la jurisprudencia que antecede, declara la integración del contrato con los folletos publicitarios y, que los folletos de propaganda deben valorarse a efectos probatorios como “*documentos que contienen actividad publicitaria, con intención de atraer a los clientes, constituyendo una clara oferta*”, de forma que al no

³⁸³ Cfr. Pasquau Liaño, M. (1992). "Comentarios al artículo 8 párrafos 1º y 2º de la LGDCU".

³⁸⁴ Cfr. Lasarte Álvarez, C. (2016). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*.

entenderlo así la audiencia infringió el principio de la buena fe *“debiendo tal publicidad integrar los contratos”*. Para que no fuese así, se dice: *“tenía que excluirse expresamente de los mismos el contenido de los folletos, sin que para tal consideración fuera necesario apreciar engaño o fraude, extremo que no requiere el art. 8 de la Ley de Consumidores que también ha de considerarse infringido, máxime si la interpretación se relaciona con el RD 515/1989, de 21 de abril”*.

Esta doctrina, fue mantenida por la STS Sala de lo Civil de 30 junio 1997, para condenar por incumplimiento contractual a un promotor que entregó una vivienda sin la calefacción central anunciada en los folletos publicitarios. En ella, el TS estima que: *“Mediante el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa determinada”*, añadiendo el Art. 1469 del CC, que la obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador *“todo lo que exprese el contrato”*; y el Art. 1091 del CC, que los contratos deben cumplirse a tenor de los mismos. Por ello, el TS al quedar acreditado que la propaganda que describía las viviendas hacía referencia a la calefacción, apreció la exigibilidad del contenido de la publicidad aunque no se reflejara en el contrato y, su integración en el mismo, al generar, la publicidad unas expectativas que como dice la sentencia, habrá que valorar de acuerdo al principio de buena fe. No obstante, en esta sentencia el TS advirtió que las posibles modificaciones previstas de la obra *“debieron llevarse al contrato definitivo de compraventa”*, por lo que plantea si hubiera sido otro el pronunciamiento de la Sala, si el contrato definitivo de compraventa, suscrito por los consumidores, hubiera excluido expresamente la instalación de la calefacción central.

La STS Sala de lo Civil de 26 junio 1999, para estimar el incumplimiento contractual de una inmobiliaria promotora que entregó una vivienda, sin la piscina ofrecida y, sin las calidades de materiales y, acabados anunciados en los folletos publicitarios, consideró que aquel legitimaba al comprador para ejercer la acción de resolución, con devolución del precio pagado, junto con los intereses. Resaltando, entre los hechos acreditados que: *“Ambas partes pactaron la entrega de una vivienda con las calidades especificadas y recogidas en los folletos publicitarios, que para la adquisición de la vivienda fue determinante la publicidad proporcionada al comprador y, que en dicha publicidad se ofrecieron una serie de calidades en la construcción de las viviendas, de las que sólo consta probado que se haya respetado la relativa a la pintura, además, que en el conjunto urbanístico en el que se emplazaba la vivienda se iba a construir una piscina, lo que no ha tenido lugar”*.

La STS Sala de lo Civil de 15 junio 2000, al igual que la mencionada STS de 20 enero 1989, resalta la *“decisiva influencia de la publicidad”* en la voluntad de los consumidores a la hora de contratar. Por ello, declara que *“no puede prescindirse de lo ofertado públicamente, ya que la publicidad ha de reputarse integrada en los contratos”*, y *“la parte recurrente al publicitar una piscina en la urbanización; y no llevar a cabo la misma causó un perjuicio a la parte compradora, susceptible de ser indemnizado”*. Estimando, la sentencia que la publicidad indujo a error al comprador en un elemento tan importante y, relevante como era, a tenor del clima de Sevilla, la existencia de una piscina en la urbanización donde se ubicaba la vivienda. De este modo, se sanciona, la naturaleza contractual de la publicidad *“pre-venta”*, alegando que se trata de un atractivo esencial para que un lego en materia constructiva pueda formar su consentimiento contractual, y por eso se ha de reputar integrada en los contratos. En idéntico sentido, se pronuncian las STS de 18 marzo, y 7 mayo de 2002.

Especialmente significativas fueron: La STS de 23 mayo 2003, al recoger el sentido general del Art. 8 LGDCU, en un supuesto en que la promotora pretendía enajenar por separado la que sería la tercera cancha de tenis de una promoción inmobiliaria, diciendo, del precepto que es una norma moderna que establece la integración del contrato basada en el principio de veracidad y, en el principio de buena fe, en relación al primero, *"no en el sentido de que la oferta, promoción y publicidad deben ser objetivas e imparciales, como si respondieran a una política de información y educación del público, sino que no pueden ser engañosos y llevar a error al particular"*, y, en relación al segundo *"que impone a cada contratante que cumpla lo pactado y lo que deriva, con un criterio lógico, de la buena fe: "sus derivaciones naturales", dice la sentencia de 26 de octubre de 1995, "cumplida efectividad" dice la de 17 de febrero 1996"*.

La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 29 septiembre 2004, al tratar de la falta de adecuación entre lo que ofrecía la publicidad dirigida a la venta de una promoción de viviendas en construcción y, lo ejecutado posteriormente en ellas, desestimó el recurso interpuesto por la promotora, al considerar *"integrado el contrato de compraventa"* con lo ofrecido en los folletos de propaganda acompañados con la demanda, viniendo obligada la promotora demandada a entregar lo ofertado en dichos folletos.

Las STS mencionadas reflejan la doctrina jurisprudencial que (anticipándose al TRLGDCU), reconoció el carácter vinculante que para el profesional tienen los contenidos de sus declaraciones publicitarias, y ello sin necesidad de que exista dolo o culpa de éste en dichas declaraciones. Como veremos en los siguientes epígrafes, con la entrada en vigor de aquel ésta doctrina jurisprudencial se fue manteniendo y enriqueciendo aún más.

6. Fundamento de la integración de las declaraciones publicitarias

Tradicionalmente, fue habitual que los empresarios inmobiliarios incluyeran en sus declaraciones publicitarias exageraciones, cuando no abiertas falsedades que, sin embargo, como dice Montes Rodríguez, M.P. (2013, p.196) *"eran justificadas y permitidas"*³⁸⁵ por la doctrina del denominado *"dolus bonus"*.³⁸⁶ No obstante, ésa permisibilidad, y el uso de nuevas tecnologías de comunicación aumento el número de engaños publicitarios, con la consiguiente reacción de la jurisprudencia del TS que (incluso antes de promulgarse la LGDCU) utilizando como instrumento las reglas objetivas de integración contractual del Art. 1258 del CC, en especial la buena fe, decidió dotar de relevancia contractual a las declaraciones publicitarias objetivas, aceptando el carácter vinculante de una declaración publicitaria con genuino contenido informativo sobre una vivienda, con la finalidad de proteger al consumidor que había

³⁸⁵ Cfr. Montes Rodríguez, M. D. (2013). "El precio de la vivienda en la legislación protectora del consumidor." *La protección del consumidor de inmuebles*. Ed. Dykinson, pp. 183-227.

³⁸⁶ En la actualidad no ha lugar al llamado *"dolus bonus"*, pues esta figura pudo tener su razón de ser en una época en que las relaciones contractuales eran personales e individualizadas, donde el vendedor y el comprador, en una relación directa, podían incurrir en ciertas inconcreciones o inexactitudes, pero no es admisible en un tiempo de contratación en masa, en el que se ha introducido un deber legal y genérico de información. SAP Córdoba (Sec.3ª) 6 marzo 2009.

confiado en el contenido de la publicidad, generando en él unas expectativas concretas que no podían verse defraudadas.

Este fundamento, se fue reiterando en las sentencias del TS Sala de lo Civil (Sec.1ª) desde la sentencia de 27 de enero de 1977, hasta la de 23 julio 2013, pasando por las de 8 noviembre 1996, 23 mayo 2003, 10 junio 2010, y de 17 diciembre 2010 con el mismo argumento jurídico, el cumplimiento de lo pactado conforme a la buena fe objetiva. Manteniendo que el fundamento lógico jurídico de la exigibilidad de la publicidad está en la confianza negocial, obligacional y económica generada en el consumidor.

Según, la STS Sala de lo Civil de 10 junio 2010 la doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del Art. 1258 del CC se concreta en la STS de esa misma Sala de 12 de julio de 2002, que declara que la buena fe a que se refiere éste precepto es un concepto objetivo, sobre el que interesa reflejar que alude a: *"un comportamiento honrado, justo, leal que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios"*. Y, que supone una exigencia *"de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena; de cumplimiento de las reglas de conducta insitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida"*. Aplicando éste concepto al contrato, integra su contenido en el sentido de que *"las partes quedan obligadas no sólo a lo que expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales, de tal modo que impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos"*

Del análisis de éste grupo de sentencias, Zubero Quintanilla, S. (2016, p.69) constata que la publicidad informativa es *"un elemento integrante del contrato"* dada *"la confianza que genera en los consumidores condicionando su voluntad contractual, pese a que las declaraciones no constituyan en sí mismas ofertas contractuales"*. Y, que los Tribunales llevan a cabo una interpretación *"objetiva"* de éstas declaraciones, y se sirven de ellas para *"completar el contrato final"* y satisfacer los intereses de las partes más débiles, los consumidores³⁸⁷.

Para, López Maza, S. y, García Vicente, J.R. (2015, p.867) el fundamento de la eficacia vinculante de las declaraciones publicitarias es *"la tutela de la confianza del consumidor"*, puesto que *"se protegen las expectativas del consumidor sobre la naturaleza y condiciones de las prestaciones, derivadas de las afirmaciones vertidas en las declaraciones públicas"*.³⁸⁸ De conformidad con éste autor, es justo que el consumidor no tenga que soportar *"el riesgo de la decepción"* que padecería *"si sólo fueran exigibles las prestaciones prometidas en el contrato y no las afirmadas a través de las declaraciones publicitarias"*. Y, que éste riesgo se asigne al empresario o profesional a través de un criterio de imputación *"objetivo"* porque *"basta la confianza creada por el mensaje publicitario"*.³⁸⁹

³⁸⁷ Cfr. Zubero Quintanilla, S. (2016). "La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa".

³⁸⁸ Cfr. Zubero Quintanilla, S. (2016). "La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa".

³⁸⁹ Cfr. López Maza, S., García Vicente, J.R. (2015). "Comentario al art. 61 del TRLDCU".

Por todo ello, podemos concluir que la publicidad tiene un papel fundamental en la formación del consentimiento del consumidor, consentimiento que en ningún caso puede tener una base errónea, por éste motivo se establecen medidas de protección del consumidor que se siente frustrado tras comprobar que la vivienda que ha elegido y contratado, no se corresponde con la que cabría esperar en virtud del contenido del mensaje publicitario que influyó de forma decisiva en su elección de contratar ésta, y no otra vivienda. Y, que la protección de las legítimas expectativas basadas en la confianza generada con las declaraciones publicitarias es el fin último tutelado por los Arts. 61 y 65 del TRLGDCU, de acuerdo con las exigencias de la buena fe objetiva establecidas en los Arts. 7.1 y 1258 del CC.

7. Contenido de la integración

A tenor del Art. 61.2 del TRLGDCU y del Art. 3.2 del RD 515/1989, el primer elemento que será exigible por el consumidor y que permite integrar el contrato es el contenido de la publicidad, el segundo son "*las prestaciones propias*" de la vivienda, y el tercer bloque, se refiere a las condiciones jurídicas o económicas, y a las garantías ofrecidas.

En relación al contenido de la publicidad, lo primero que hay que recordar de conformidad con López Maza, S. y, García Vicente, J.R. (2015, p.868) es que el consumidor no puede exigir la integración en el contrato de compraventa o arrendamiento de vivienda de toda la publicidad que se haga sobre ésta, sino solo y exclusivamente de aquella con "*genuino contenido informativo*" sobre la vivienda, aunque no alcance la categoría de oferta, puesto que dicha información "*es la única que puede generar expectativas concretas en el consumidor*", a cuya satisfacción contractual tiene derecho por imperativo legal.³⁹⁰ Así, si la publicidad sólo contiene declaraciones sugestivas o laudatorias de la vivienda en cuestión, el contenido de éstas no integra el contrato, pues el consumidor no puede extraer de ellas legítimamente ninguna consecuencia sobre la vivienda que se desea contratar.

La exigibilidad del contenido de la publicidad es independiente, no solo del carácter esencial o no de los elementos constructivos que menciona, sino también de los documentos en que se contiene, que pueden ir desde los clásicos anuncios, folletos, catálogos o carteles, hasta las modernas vallas publicitarias, fotografías, casas piloto o memoria de calidades.³⁹¹ Y, es que las nuevas tecnologías han aumentado los canales de acceso de los consumidores a las viviendas, siendo, en la actualidad, los portales

³⁹⁰ Cfr. López Maza, S., García Vicente, J.R. (2015). "Comentario al art. 61 del TRLGDCU"

³⁹¹ Así, son numerosas las sentencias que han fundado en el Art. 8 LGDCU, actual Art. 61 TR y, en el RD 515/1989, la integración en el contrato de compraventa de vivienda de la memoria calidades incluida en los folletos publicitarios exhibidos en la fase precontractual a título de ejemplo destaca la mencionada STS Sala de lo Civil de 30 mayo 2011, y las SSAP Alicante (Sec.9ª) de 1 octubre 2012 y, Asturias (Sec.7ª) de 11 diciembre 2012. En ellas se estima a favor de los consumidores, que presentaron demandas tras recibir una vivienda muy distinta a la publicitada que los contratos firmados y la memoria de calidades que unidos a ellos, detallaban las características de la vivienda, eran muy parcos, escuetos, o con información vaga y por ello la publicidad pasa a tener un papel relevante en el proceso de toma de decisiones del consumidor que se atiene a lo prometido en los anuncios y folletos de publicidad.

inmobiliarios en Internet,³⁹² uno de los medios publicitarios que los profesionales de éste sector utilizan con más frecuencia.

Para que la integración del contrato se produzca, la publicidad debe incorporar un contenido informativo, una vez que semejante contenido informativo ha sido probado por el consumidor, el empresario o profesional no podrá eludirla mediante la afirmación de que aquella publicidad no debía ser creíble, o que su exigibilidad sería desproporcionada en relación con el precio o renta que el consumidor ha satisfecho.³⁹³

El contenido informativo exigible, coincide con Cámara Lapuente, S. (2011, p. 519) puede derivarse incluso, "*indirecta, de la forma de presentación de la publicidad*". Pues, como este autor afirma, no es lo mismo "*aludir genéricamente a una vivienda de ensueño, con buenas vistas y excelentes materiales, que incorporar en los folletos o suministrar en la fase de promoción una circunstanciada memoria de calidades, alguno de cuyos extremos después se omite, retoca o incumple en el momento de celebración del contrato*".³⁹⁴

El TS ha establecido la obligación del promotor de aportar al adquirente de la vivienda los planos, proyectos básicos y de ejecución, y la memoria de calidades.³⁹⁵ Se trata, según la mencionada STS de 15 marzo 2010, de que el consumidor tenga una representación cumplida de la vivienda y, que el empresario asuma la obligación de entregarla, una vez que ésta ha alcanzado existencia real y física, cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y, en la publicidad que integran el contenido del contrato. En un caso de discordancia entre la documentación gráfica del proyecto y, las hojas o memoria de calidades anexas a los contratos y entregadas a los consumidores, la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 30 mayo 2011, declara que prevalecen estas últimas,³⁹⁶ otorgándoles un valor contractual y una eficacia jurídica que no se duda, en tanto son parte integrante del contrato.³⁹⁷

El segundo elemento que será exigible por el consumidor son "*las prestaciones propias*" de la vivienda. Esta expresión, coincide con Cámara Lapuente, S. (2011, p. 519-520) dota al contrato de un contenido obligacional que "*puede ir más allá de lo expresamente pactado o incluso de la voluntad de alguna de las partes*".³⁹⁸ Y, cubre "*dos posibles flancos de desprotección del consumidor*", por un lado, se integrarán en el contrato como prestaciones debidas "*las cualidades normales*" que tenga la vivienda

³⁹² Informe del Consejo Económico y Social 23 noviembre 2016 en www.ces.es/documents

³⁹³ Así lo reconoce el TS, desde la STS Sala de lo Civil de 8 noviembre 1996.

³⁹⁴ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato"

³⁹⁵ SSTs Sala de lo Civil (Sec.1ª) 8 marzo 2011, 18 febrero 2010 y 18 marzo 2002.

³⁹⁶ Las hojas de calidades, dice esta sentencia "*forman parte integrante del contrato, no así el proyecto del edificio que no integró el contenido negocial y que solo aparece por remisión para declarar que los compradores reconocen haberlo tenido a su disposición y examinado. No consta, por tanto, que este proyecto fuera aceptado por los compradores, con conocimiento de lo que compraban distinto de lo que se les entregó*". Por ello, en este caso, se declara que existe incumplimiento contractual al no haber colocado "*persianas enrollables de plástico con recogedor empotrado*", en las viviendas y, quedar acreditado que en el contrato se establece que "*la entrega de la vivienda terminada se hará a tenor de las calidades expresadas en hoja anexa*" y, que en el capítulo de carpintería de la hoja de calidades se decía que las persianas debían ser "*enrollables de plástico con recogedor empotrado*", sin matización, limitación o remisión a otro dato alguno.

³⁹⁷ En este sentido, la SAP Cádiz (Sec.2ª) de 30 julio 2010, declara el valor contractual de la Memoria de Calidades y el carácter normativo del plano.

³⁹⁸ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato".

"orientadas a satisfacer las funciones esenciales que les son propias", incluso "aunque no hayan sido manifestadas en la oferta o la publicidad" y, por otro lado "las cualidades concretas" que la oferta o la información publicitaria atribuyó a la vivienda en cuestión.

Como prestación propia o connatural a la vivienda se entiende por ejemplo, la entrega al consumidor de los "Planos, el Proyecto Básico y de Ejecución, la Memoria de Cualidades y el Libro del Edificio" de aquella.³⁹⁹ Si la vivienda tiene plaza de garaje el que tenga acceso y espacio suficiente para poder aparcar el vehículo sin especiales dificultades.⁴⁰⁰ Y, si la publicidad incluye una zona ajardinada junto a la vivienda, debe entenderse que ésta será uniforme y, sin inclinaciones o taludes que impidan el correcto disfrute del uso que le es propio.⁴⁰¹

Desde que el TS declarase que existe incumplimiento contractual cuando la vivienda entregada omite detalles ofrecidos públicamente que son contemplados en la memoria descriptiva y en el contrato correspondiente,⁴⁰² han sido numerosas las sentencias que han considerado exigibles por los consumidores una diversidad de prestaciones, por haber sido mencionadas en la publicidad. Así, en el ámbito de la compraventa de viviendas han prosperado reclamaciones, con diversas fórmulas para satisfacer el interés contractual, sobre diversas prestaciones que a modo de ejemplo se citan a continuación:

La construcción de las instalaciones deportivas o recreativas (piscinas, saunas, zonas ajardinadas, antena parabólica etc.) anunciadas en la publicidad. Desde antaño, el TS, las entendió incluidas en el contrato si la oferta pública de venta las comprendía y, "lo que sirvió de público y general ofrecimiento indudablemente, y en tanto no se excluya expresamente, es comprendido con base a esa oferta".⁴⁰³ En el mismo sentido, en el ámbito de las AP muchas sentencias lo han reiterado, por ejemplo las SSAP Burgos (Sec. 2ª) de 30 marzo 2012 y, Cuenca (Sec. 1ª) de 26 diciembre 2013.

La SAP (Sec.7ª) Valencia de 23 enero 2007, llega incluso a entender que el entorno adyacente a las viviendas es decisivo. Evidentemente, como declara, ésta sentencia no es lo mismo que se coloque al lado de la vivienda "un taller de reparación de vehículos o una gasolinera" que un complejo integrado "por un balneario con aguas termales, piscinas, gimnasio, cafetería y una amplia zona verde". Además, en éste caso, la publicidad utilizada para promocionar la venta de las viviendas, anunciaba que los compradores podrían usar esas instalaciones con "ventajas especiales".

En sentido similar, se pronuncian: La STS Sala de lo Civil de 30 mayo 2011 al quedar acreditado que en los carteles y anuncios se daba cuenta de las características del entorno que constituían "el núcleo del mensaje promocional de la vendedora a los potenciales clientes", como "conjunto urbanístico de gran calidad, con amplios viales, espacios verdes y una orientación perfecta para aprovechar el máximo cada hora de sol". La STS de la misma Sala de 23 de julio de 2013, al ser la oferta publicitaria

³⁹⁹ SSTs Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 28 febrero 2013, y 15 marzo 2010.

⁴⁰⁰ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 9 julio 2007 y, en el ámbito de las AP las SSAP Pontevedra (Sec. 6ª) 13 abril 2015, Murcia (Sec. 5ª) 21 marzo 2011.

⁴⁰¹ SAP La Coruña (Sec.5ª) de 29 noviembre 2007.

⁴⁰² STS Sala de lo Civil de 20 enero 1989.

⁴⁰³ SSTs Sala de lo Civil de 28 febrero 2013, 15 junio 2000, y 8 noviembre 1996.

determinante de la compra y del pago del precio de las viviendas que se vendieron con el atractivo de un cercano puerto deportivo y campo de golf. Y, la SAP Málaga (Sec.5ª) de 20 mayo 2013 al consistir el marco concreto en el que se anunciaba la vivienda un macro complejo que tenía *"tres campos de golf, casa club, un hotel de lujo, hípica, zonas verdes y de protección, etc."*, figurando en el catálogo de calidades esos servicios, como elementos de ocio y zonas deportivas, de futuro en el desarrollo urbanístico de la zona.

El emplazamiento, la orientación de la vivienda, y las vistas al mar prometidas en la publicidad, han sido decisivas: En las SSTS Sala de lo Civil de 12 de julio y, 30 de mayo de 2011. En la SAP Granada (Sec. 3ª) de 15 mayo 2009, en un supuesto que la publicidad anunciaba vistas *"directas"* al mar y las vistas eran a una pared y sólo oblicuamente al mar. Y, en las SSAP Murcia (Sec.4ª) 23 febrero 2012, y Málaga (Sec. 5ª) de 30 mayo 2011.

Sobre, las diferencias entre la calidad o cualidades de los materiales de las prestaciones anunciadas y las realmente entregadas se han pronunciado muchas sentencias entre las que cabe citar las SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 16 marzo de 2011, y 6 septiembre de 2010. Y, las SSAP Santa Cruz de Tenerife (Sec.3ª) de 28 octubre 2013, y Cáceres de 20 noviembre 2013.

Por último, la menor superficie construida ha sido objeto de pronunciamiento de la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 15 octubre 2012, y de la SAP Navarra (Sec. 1ª) de 11 octubre 2012.

El tercer bloque de contenidos con los que el Art. 61.2 del TRLGDCU permite integrar el contrato, hace referencia a las condiciones jurídicas o económicas y a las garantías ofrecidas. Según Cámara Lapuente, S. (2011, p. 520-521), la amplia dicción de esta expresión permite cubrir *"todo tipo de estipulaciones, cláusulas o reglas sobre los derechos y obligaciones de las partes que el empresario hubiese ofertado o anunciado para la futura relación contractual, así como sobre el contenido económico y no sólo jurídico del contrato."*⁴⁰⁴ De manera que la vinculación se produce no sólo, sobre elementos esenciales del contrato como el precio o la renta que irán normalmente incluidos en una auténtica oferta, sino también, a través de la publicidad, sobre elementos accesorios, como las modalidades de pago, aplazamientos, las cláusulas de penalización, los intereses moratorios, las fórmulas de financiación, o los gastos que conlleva el acceso a la vivienda.⁴⁰⁵

En relación, al precio fijado en los folletos publicitarios, catálogos, o en los escaparates de las inmobiliarias, Montes Rodríguez, M. D. (2013, p.200) no cree que pueda hablarse, en general, de publicidad engañosa porque *"un precio inferior o en el que no se incluyan determinados gastos es siempre información objetiva, concreta, clara, precisa y posible que en sí se puede cumplir, y por tanto si puede ser exigible"*.⁴⁰⁶ A su juicio, *"será exigible y no engañosa toda publicidad sobre el precio, gastos,*

⁴⁰⁴ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato".

⁴⁰⁵ En este sentido, ya el Art. 3.2 del RD concretaba entre las condiciones de la declaración publicitaria o promocional que se incorporaban al contenido del contrato de venta o arrendamiento de viviendas, su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición utilización y pago.

⁴⁰⁶ Cfr. Montes Rodríguez, M. D. (2013). "El precio de la vivienda en la legislación protectora del consumidor." *La protección del consumidor de inmuebles*. Ed. Dykinson, pp. 183-227.

formas de pago o medios de pago susceptible de ser cumplida por el oferente". En mi opinión, la anterior conclusión se puede extender a la renta en el caso de arrendamiento de vivienda.

8. Presupuestos de la integración

La regla de la eficacia vinculante de las declaraciones publicitarias exige que en éste epígrafe nos detengamos en sus presupuestos. Esto es, como indican López Maza, S. y, García Vicente, J.R. (2015, p.868) "*en qué casos cobra pleno vigor*" ésta regla.⁴⁰⁷ Así, dando por supuesto, como señala Cámara Lapuente, S. (2011, p.522), que el primer y único presupuesto expresamente establecido en el Art. 61.2 del TRLGDCU es que los contenidos de la publicidad, en los términos expuestos, serán exigibles "*aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado*",⁴⁰⁸ es decir, cuando exista una laguna contractual. De conformidad con el anterior autor, "*la cuestión hermenéutica más controvertida y trascendental*" que el precepto presenta, en relación a los presupuestos de la integración, es determinar si ésta se produce también, cuando el contrato contradice expresamente la publicidad en perjuicio del consumidor. Es decir, si el contrato se integra con la publicidad únicamente en los supuestos de laguna contractual, o si por el contrario, el consumidor puede exigir el cumplimiento de lo previsto en aquella, aun cuando conste que ha firmado un contrato que contiene condiciones que le son menos favorables que las ofrecidas en la publicidad.

Para Cámara Lapuente S. (2011, p.522), el problema conecta con dos corrientes, "*de filosofía antagónica*", que entienden que "*es preciso para integrar que exista una laguna que pueda colmarse a partir de la voluntad presunta de las partes*" o, por el contrario, conforme a la visión dominante del Art. 1258 CC, "*que la integración prescinde de la autonomía de la voluntad y permite corregir judicialmente las cláusulas contractuales conforme a la buena fe objetiva, más allá o incluso contra la voluntad de las partes*" o con la calificación de preceptos como el Art. 1258 del CC, el 3 del RD 515/1989 o el propio 61 del TRLGDCU "*como de carácter imperativo o de carácter dispositivo*".⁴⁰⁹ Esta cuestión, coincido con este autor, continua necesitando que en el futuro una ley la aclare, no solo porque no es resuelta por el Art. 61 del TRLGDCU, ni por la Ley 3/2014 (que respeta íntegramente el tenor literal de éste precepto, y podía haber aprovechado para hacerlo), sino también porque no está exenta de polémica doctrinal y, aunque ha sido tratada por la jurisprudencia, hasta la fecha no se han sentado pautas definitivas sobre la cuestión.

Por lo que respecta a la doctrina española, ésta se encuentra dividida. Así, mientras para parte de la doctrina,⁴¹⁰ en una interpretación del Art. 61 TRLGDCU y, del

⁴⁰⁷ Cfr. López Maza, S., García Vicente, J.R. (2015). "Comentario al art. 61 del TRLGDCU".

⁴⁰⁸ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato".

⁴⁰⁹ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato".

⁴¹⁰ Cfr. Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E., y González Carrasco, C. (2012). *Derecho de la construcción y la vivienda*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 7ª ed., pp. 1240; Miranda Serrano, L. M., Paniagua Zurera, M. (2012). "La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial", en *Derecho (privado) de los consumidores*, Pagador López, J. (coord.), Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 63-98; Pino Abad, M. (2011). "Comentarios a los artículos 61 y 65. La relevancia negocial de la publicidad comercial: integración publicitaria del contrato celebrado con consumidores", en *La Defensa de los consumidores y usuarios: (comentario*

Art. 8 de la LGDCU que Cámara Lapuente, S. (2011, p.522), define como "*más propicia al consumidor*",⁴¹¹ los contenidos de la publicidad no pueden ser excluidos del contrato, en perjuicio del consumidor, pues la información publicitaria, como la oferta, vincula a quien promovió la contratación en base a ella. Para otros autores,⁴¹² la integración contractual de la publicidad sólo será exigible en caso de lagunas en el contrato, no cuando las cláusulas contractuales contenidas en el documento y contrarias a los contenidos publicitarios han sido negociadas libremente por las partes.

Para los primeros, el Art. 1258 del CC es un precepto de carácter imperativo que impone a las partes la integración del contrato (de manera que la buena fe tiene un papel de control y limite a la autonomía de la voluntad), y si en éste precepto no se exige que el contrato tenga una laguna para proceder a su integración no sería lógico, según Pasquau Liaño, M. (1992, p.166) exigirla en el Art. 61 del TRLGDCU que es una norma especial, plasmada de aquel, y "*dirigida precisamente a proteger al consumidor*", pues "*excluir la eficacia vinculante de la publicidad*" por la regulación contradictoria de sus aspectos en el contrato celebrado supondría "*dejar en manos del vendedor dicha exigibilidad*" quedando, inmune la publicidad engañosa, utilizada por el empresario "*cuando el engaño que ha servido de reclamo para realizar el contrato, se desvanezca en el momento de su realización*".⁴¹³

Para estos autores, sin duda, uno de los remedios jurídicos más eficaces con los que cuenta el consumidor es el reconocimiento del derecho a poder exigir el cumplimiento del contenido de la información precontractual, en particular, de lo publicitado, promocionado u ofertado, cuando le sea más favorable que lo previsto en el contrato, aun cuando el contrato celebrado contenga cláusulas negociadas que difieran

*sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007) adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009, pp.1106-1131; Camacho Pereira, C. (2011). "Delimitación del contenido obligacional del contrato de compraventa de vivienda con consumidores, en caso de discrepancia entre documentación precontractual y contractual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15 de abril 2010 (Ar. 2347; MP: Sr. José Antonio Seijas Quintana)". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, pp. 16-12; Lasarte Álvarez, C. (2005). "La protección del consumidor como principio general del derecho", *Estudios sobre Consumo*, núm. 73, pp. 55-68; Gómez Pomar, F. (2007). "El incumplimiento contractual en Derecho español", *Indret*, núm. 3, pp. 48; Moreno-Luque Casariego, C. (2007). "La protección previa a la contratación de bienes y servicios", en *Derechos de los consumidores y usuarios:(doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 193-228; Miranda Serrano, L. M. (2006). "La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato", *Estudios sobre Consumo*, núm. 77, pp. 61-76; Coral García, E. (2000). "La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad", *Actualidad Civil*, núm. 4, pp. 1399-1416; Pasquau Liaño, M. (1992). "Comentarios al artículo 8 párrafos 1º y 2º de la LGDCU"; López Sánchez, M. A. (1989). "Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor", *Estudios sobre Consumo*, núm. 16, pp. 48- 80; Lasarte Álvarez, C. (1980). "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación", *Revista de Derecho Privado*, núm. 64, pp. 51-78.*

⁴¹¹ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato

⁴¹² Cfr. Zubero Quintanilla, S. (2016). "La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa"; López Maza, S., García Vicente, J.R. (2015) "Comentario al art. 61 del TRLGDCU"; Rubio Torrano, E. (2013). "Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual"; Díez-Picazo, L. y Ponce de León, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II*. Madrid. Ed. Civitas, pp. 1092; Algaba Ros, S. (2006). "La publicidad y la defensa de los consumidores en la compra de bienes inmuebles" en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Ed. Tecnos, pp. 52-70; Infante Ruiz, F. J. (2004). "La integración del contrato con el contenido de la publicidad. Comentario a la STS de 23 mayo 2003 (RJ 2003, 5215)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm.12, pp. 195-212.

⁴¹³ Cfr. Pasquau Liaño, M. (1992). "Comentarios al artículo 8 párrafos 1º y 2º de la LGDCU".

del contenido del mensaje publicitario. Argumentando que este derecho supone un límite a la autonomía de la voluntad para fomentar y proteger la confianza suscitada en el consumidor por los contenidos publicitarios más favorables, con la única excepción de que el contrato tenga cláusulas más beneficiosas, pero no a la inversa, si fuesen más perjudiciales.

En mi opinión, un consumidor medio no contratará de forma libre y consciente, peores condiciones respecto a las publicitadas, sin compensación alguna. Por ello, el hecho de que consten suscritas estas cláusulas, no debe suponer que la voluntad manifestada sea libre e inequívoca, ya que debería hacer pensar, incluso presumir, en beneficio del consumidor, que la suscripción de las mismas pueda deberse a un error, a la ignorancia, a un conocimiento equivocado, o a un defecto de información imputable al empresario, incluso a una voluntad coartada, o a una actitud de mera tolerancia o resignación por parte del consumidor y, no a una actuación plenamente libre y consciente de éste, que no tendrían ningún sentido al no beneficiarle los cambios respecto a lo publicitado. No obstante, en el caso de que la disputa llegue a los tribunales habrá que estar, en cada caso concreto, a la apreciación de la prueba. En principio, el empresario tendrá muy difícil acreditar que las cláusulas contractuales contrarias a la publicidad, y que perjudican al consumidor, han sido negociadas libre y voluntariamente por éste, o que tal alteración obedece a una justificación, ya porque la modificación haya permitido al consumidor obtener otra ventaja, aún fuera del propio contrato, o porque los cambios fueron resultado de circunstancias anormales, imprevisibles y ajenas a su voluntad, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse pese a toda la diligencia empleada.

Además, coincido con los primeros autores, que en virtud del principio "*pro consumatore*" se debe favorecer a la parte considerada más débil en la relación contractual, es decir al consumidor. De esta forma, el actual Art. 65 TRLGDCU determina que los contratos con consumidores se integrarán, "*en beneficio del consumidor, conforme a la buena fe objetiva*".

Pascuau Liaño, M. (2001), matizando sus planteamientos iniciales, considera que frente a una automática atribución de fuerza vinculante de las promesas publicitarias, fundamentar la exigibilidad de los contenidos publicitarios, en la protección de la confianza y de las legítimas expectativas del consumidor entronca con el principio de buena fe, que pasa a servir como un criterio para medir y valorar si las expectativas del consumidor, son razonables y legítimas. Es decir, si éste actúa o no de buena fe, exigiendo lo que la publicidad prometía, pero que excluyó del contrato.⁴¹⁴

En esta línea, para Morales Moreno, A. M. (1999), la incorporación de la publicidad al contrato debe tener como límite la autonomía de la voluntad.⁴¹⁵ Por ello, coincido con éste autor en que dicha protección, sólo será necesaria cuando las expectativas del consumidor, basadas en declaraciones publicitarias, factibles, creíbles, aptas para influenciar su conducta, y que dan contenido al contrato, no se hayan visto satisfechas. En cambio, si el consumidor ha sido debida y completamente informado no

⁴¹⁴ Cfr. Pasquau Liaño, M. (2001). "La protección de las legítimas expectativas del consumidor y la exigibilidad de las promesas publicitarias: una propuesta de superación del artículo 8 de la Ley de consumidores y usuarios." *Revista de autocontrol publicitario*. Núm. 56, pp. 24.

⁴¹⁵ Cfr. Morales Moreno, A. M. (1999). "Declaraciones públicas y vinculación contractual. Reflexiones sobre la Propuesta de Directiva", *Anuario de Derecho Civil*, Vol.52, núm.1, Enero-Marzo, pp. 265- 288.

cabe la posibilidad de que pueda tener unas expectativas frustradas, de modo que si éstas han desaparecido al negociarse las condiciones del contrato, prevalecería la autonomía de la voluntad como límite al principio de integración, aunque la carga de la prueba de que no se han frustrado las legítimas expectativas del consumidor, debe recaer en el empresario.⁴¹⁶

Indudablemente, hay que tener en cuenta, que el principio de la buena fe y la libertad contractual son fundamentales en el derecho contractual español, de ahí que para Reyes López, M.J. (2012), el contenido de la publicidad sólo será exigible, cuando exista laguna contractual.⁴¹⁷ Y, para Morales Moreno A. M. (1999), no parece adecuado restringir en exceso la autonomía de la voluntad teniendo en cuenta que la publicidad engañosa tiene sus propios cauces de corrección y sanción.⁴¹⁸

En la misma línea, coincido con Zubero Quintanilla, S. (2016, p.65) en que la imperatividad del Art.61 del TRLGDCU no prohíbe “*la validez de los pactos y negociaciones que hayan podido llevar a cabo las partes*” aunque contradigan lo publicitado, siempre que exista “*un consentimiento informado*” y, por tanto, “*no se vea limitada la voluntad ni defraudada la confianza del consumidor*. De otro modo, comparto con la anterior autora “*no sería entendible*”, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que prima la autonomía de la voluntad de las partes, “*excluir los acuerdos llevados a cabo entre ellas que han derivado en un contrato perfeccionado*” por la voluntad informada y concurrente del consumidor.⁴¹⁹ No obstante, discrepo de la anterior autora (2016, p.65) que defiende en caso de conflicto, es mejor que los tribunales sean, en última instancia, los que deban de “*otorgar una solución, caso por caso, sobre la operatividad del principio de integración en lugar de fijar una regla general*”.⁴²⁰ En mi opinión, el legislador debería haber aprovechado la reforma de la Ley 3/2014, para no dejar abiertas dudas hermenéuticas que no conllevan más que a opiniones y resoluciones dispares, pero no a la protección efectiva del consumidor.

Además, se considera exigible que los cambios estén justificados por las circunstancias concretas en que se producen, que los mismos se indiquen expresamente respecto a lo publicitado y, que conlleven una compensación o ventaja para el consumidor que en todo caso deberá aceptarlos consciente y voluntariamente, siendo los mismos objeto de una auténtica negociación individual, que debe probar el empresario o profesional. En caso contrario, de conformidad con Díez-Picazo, L. y Ponce de León, L. (2008), el consumidor podrá exigir el cumplimiento de las prestaciones prometidas en la publicidad y no incluidas o excluidas del contenido del contrato, cuando se le ofrezca un contrato unilateralmente predispuesto por el empresario.⁴²¹ Es decir, con condiciones prerredactadas por éste último, o cláusulas no negociadas individualmente, de modo que

⁴¹⁶ Esta línea, parece ser la que ha seguido el Art. 116 TR, en el ámbito de las garantías de los productos, al establecer, que el vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas hechas en la publicidad si demuestra que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato.

⁴¹⁷ Cfr. Reyes López, M.J. (2012). *Manual de derecho privado de consumo*.

⁴¹⁸ Cfr. Morales Moreno, A. M. (1999) "Declaraciones públicas y vinculación contractual. Reflexiones sobre la Propuesta de Directiva".

⁴¹⁹ Cfr. Zubero Quintanilla, S. (2016). "La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa".

⁴²⁰ Cfr. Zubero Quintanilla, S. (2016). "La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa".

⁴²¹ Cfr. Díez-Picazo, L. y Ponce de León, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II*.

se trate de una mera adhesión a un clausulado general. En éste supuesto, las cláusulas menos favorables al consumidor han de considerarse abusivas, por introducir un desequilibrio en sus derechos, defraudándose sus legítimas expectativas. En esta misma línea, coincido con Zubero Quintanilla, S. (2016, p.69) que las modificaciones “*unilaterales*” del empresario, no pueden ser consideradas “*pactos tácitos*”, ni siquiera en los casos que el consumidor suscriba el contrato que contenga en su clausulado la declaración unilateral del vendedor que le perjudique.⁴²²

En cualquier caso, de conformidad con López Maza, S. y, García Vicente, J.R. (2015, p. 873) la modificación contractual de las condiciones prometidas en la publicidad (que empeoren la posición del consumidor), es lícita y válida, siempre con las condiciones o límites referidos, pero debe ser “*excepcional*”. Además, según los anteriores autores, para que tengan eficacia respecto a las declaraciones públicas originales no es suficiente “*la reserva expresa de las eventuales modificaciones*”, aunque sí es válida “*la limitación temporal de la eficacia vinculante de los mensajes publicitarios, bien por duración o por remisión a otro criterio igualmente objetivo (las existencias)*”. Y, las modificaciones sobrevenidas “*en aquellos casos en que no se someta a límites temporales el mensaje publicitario*”, sólo serán posibles cuando el empresario o profesional las comunique antes de celebrar el contrato al consumidor y éste las acepte de forma expresa.⁴²³ En estos casos, no hay decepción posible y el consumidor no puede exigir la publicidad.

La jurisprudencia del TS ha tenido pocas oportunidades de pronunciarse sobre la interpretación del Art. 61 TRLGDCU, si lo hizo en cuanto al alcance del Art. 8 de la LGDCU, oscilando a la hora de dar preeminencia a la publicidad o al documento contractual,⁴²⁴ por lo que de conformidad con Rubio Torrano, E. (2013, p.470), nos encontramos con “*sentencias muy dispares en las que parece primar la solución del caso concreto frente al seguimiento de una doctrina jurisprudencial consolidada*”.⁴²⁵

Como indica Camacho Pereira, C. (2012), en los supuestos, en que estas sentencias resuelven casos de lagunas contractuales, el TS admite claramente la integración de la publicidad en el contrato, colmándose tal laguna con los contenidos del mensaje publicitario a los que se otorga cierta dimensión negocial y contractual.⁴²⁶ En cambio, en los que resuelven la discrepancia entre el contenido publicitado y lo pactado finalmente por las partes en el contrato con consentimiento expreso del consumidor, tras haber sido informado correctamente, el TS se inclina por dar mayor relevancia a lo expresamente pactado,⁴²⁷ haciendo prevalecer el principio de autonomía

⁴²² Cfr. Zubero Quintanilla, S. (2016). "La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa".

⁴²³ Cfr. López Maza, S., García Vicente, J.R. (2015). "Comentario al art. 61 del TRLGDCU".

⁴²⁴ Entre otras, por orden cronológico cabe citar: Las SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 7 noviembre 1988, 21 julio 1993, 8 noviembre 1996, 30 junio 1997, 5 abril 1999, 7 diciembre 1999, 15 junio 2000, 23 mayo 2003, 29 septiembre 2004, 15 marzo 2010, 30 mayo 2011 y, 12 julio 2011, que se refieren a incumplimientos de lo ofrecido con carácter precontractual en compraventas de viviendas.

⁴²⁵ Cfr. Rubio Torrano, E. (2013). "Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual".

⁴²⁶ Cfr. Camacho Pereira, C. (2012). "Comparativa de la regulación de la integración de la publicidad en el contrato con consumidores, en el TRLGDCU y en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea", *Indret* núm. 4, pp. 28.

⁴²⁷ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 30 mayo 2011 aboga por la defensa de los intereses de los consumidores, como parte más desinformada en la relación contractual. Por ello, no pueden ser admitidas manifestaciones unilaterales del empresario en contra de los intereses de los consumidores,

de la voluntad, como límite a la integración de la publicidad en el contrato, aun cuando lo pactado sea menos beneficioso para el comprador. Afirmación que prevalece pese a lo dispuesto expresamente en el Art. 61.3 del TRLGDCU cuando regula que las cláusulas contractuales que resultaran más beneficiosas para los consumidores prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad. Admitiendo la renuncia a lo publicitado más favorable al consumidor, si esta tiene lugar en el contrato de forma expresa y concreta,⁴²⁸ e incluso, en ocasiones, en las condiciones generales de la contratación,⁴²⁹ si bien en alguna sentencia ha señalado que tales renunciaciones han de ser interpretadas con carácter restrictivo.⁴³⁰

En todo caso, la jurisprudencia del TS no ha sentado un criterio consolidado y, si bien es cierto que existen sentencias, que declaran que en caso de se origine un desajuste o contradicción entre la publicidad y el contrato definitivo, la sanción procedente sería la nulidad de la cláusula contractual que contradice lo prometido en la publicidad, el TS parece estar más próximo a la tesis de la integración del contenido publicitario solo en el caso de lagunas contractuales. Así, desde que la STS Sala de lo Civil de 2 diciembre 1986 no estimara la integración del contrato de compra de una vivienda con el contenido de la publicidad al conocer el comprador, antes de su adquisición, la realidad de la misma, han sido más numerosas las sentencias que al plantear la cuestión, se han inclinado por estimar que el contrato de compraventa de vivienda con consumidores se integra con la información contenida en documentación precontractual únicamente en los supuestos de laguna contractual. Entre estas sentencias cabe destacar las SSTS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) de 15 octubre 2012, de 30 mayo 2011, y 15 marzo 2010.

Esta última, STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) de 15 marzo 2010, si bien, deja abierta al consumidor la posibilidad de impugnar las cláusulas aceptadas por el cauce del control de contenido de las cláusulas abusivas no negociadas individualmente, considera que en el caso planteado, la obligación contraída por la entidad promotora respecto de las calidades contenidas en las memorias iniciales, dejó de formar parte de lo que constituyó inicialmente elemento esencial del contrato, desde el momento en que los consumidores de las viviendas otorgaron escrituras públicas una vez construidas aquellas, a las que se incorporaron en un anexo otras memorias con nuevas calidades, distintas a las fueron inicialmente ofertadas.⁴³¹ El TS entiende que los consumidores al

reconociéndose solo los pactos o cláusulas contractuales que con plena información y conocimiento de éste que hayan permitido su adecuada negociación individualizada.

⁴²⁸ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 8 noviembre 1996.

⁴²⁹ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 15 marzo 2010.

⁴³⁰ Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 23 mayo 2003.

⁴³¹ En ésta STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 15 marzo 2010, el TS al plantear el problema de *"la eficacia que tiene el hecho de que los adquirentes de las viviendas suscribieron el contrato de compraventa al que se unió una memoria de calidades distinta de la que fue inicialmente ofertada"* declara, que no existe incumplimiento contractual, pues *"la obligación contraída respecto de las calidades contenidas en la memoria dejó de formar parte de lo que constituyó inicialmente elemento esencial del contrato desde el momento en que los adquirentes de las viviendas otorgaron escrituras públicas una vez construidas a las que se incorporaron las calidades en la memoria uniéndose todas ellas mediante anexo a cada uno de los contratos, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, y en adecuado cumplimiento de la previsión establecida en el artículo 9 del Real Decreto 515/1989"*, de tal forma, que una cosa es *"que en ausencia de esta memoria, los proyectos hubieran integrado necesariamente la oferta, haciendo exigible el acuerdo alcanzado"* y, otra distinta *"que el contrato haya expresado los cambios introducidos respecto al proyecto y que estos cambios fueran aceptados por los compradores, con conocimiento de lo que compraban, integrándolo normativamente en el mismo"*, sin

conocer las viviendas que compraban, aceptaron los cambios, primando por ello, el respeto al principio de autonomía de la voluntad.

Camacho Pereira, C. (2011, p. 10) al comentar la anterior sentencia no comparte *"el limitado alcance que ha dado el TS al derecho reconocido al consumidor en el actual art. 61 TRLGDCU"*, y no alcanza a comprender cómo el TS ha obviado en sus razonamientos jurídicos valorar *"si las modificaciones de las calidades de las viviendas, que resultaron ser perjudiciales para los consumidores, se encontraban justificadas"*.⁴³² Esta cuestión, coincido con esta autora, es trascendente y de suma importancia para la resolución de la cuestión litigiosa, pues en base a ella resolvió el caso, tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Sevilla, como su AP, estimando las pretensiones de los adquirentes de las viviendas al considerar, que se habían impuesto unilateralmente aquellas modificaciones, que no constaban justificadas, ni acreditada su notificación, ni contaron con el consentimiento de los adquirentes, y en su caso con las modificaciones oportunas sobre el precio⁴³³. Por ello, al igual que Camacho Pereira, C. (2011) entiendo que sino queda acreditado que las modificaciones son notificadas a los consumidores, antes del otorgamiento de las escrituras públicas, difícilmente puede considerarse que en el momento de su firma los consumidores actúen con una voluntad libre, consciente, e inequívoca, ya que se les impide la oportuna reflexión acerca de las modificaciones que se contienen en las memorias anexas a las escrituras públicas que suscriben, y sería más lógico, como entendió la AP de Sevilla, entender que los cambios se habían impuesto unilateralmente.

Asimismo, coincido con la anterior autora (2011, p.10) en que no procede, como hace el TS *"reprochar"* a los consumidores *"que no alegaran nulidad de cláusulas"*, o *"que no manifestaran reserva de derecho respecto de las diferencias entre la memoria y los proyectos, ya que nada de ello se requiere para ejercitar el derecho a exigir las mejores condiciones que inicialmente se les ofrecían"*.⁴³⁴ Y, que cuando durante la construcción de una vivienda *"se alteran las calidades de la misma, o se produce cualquier otra modificación unilateral por parte del promotor o del constructor de lo inicialmente ofrecido en perjuicio de los adquirentes, el hecho de que posteriormente los consumidores de las viviendas suscriban un documento contractual en que consten tales modificaciones, no debe interpretarse de forma automática en el sentido de que conocen y aceptan plenamente el contenido del contrato y que, por tanto, actúan con voluntad totalmente libre y consciente"*, ya que puede, *"que no cuenten con la necesaria información para contratar con pleno conocimiento de causa"*, o puede *"que se encuentren ante modificaciones que les son perjudiciales y que les han sido impuestas"*

que ninguno de ellos demandara la nulidad de alguna de sus cláusulas, o hiciera reserva de derechos por diferencias pactadas. En idéntico sentido, la STS de 17 diciembre 2010 dice que la memoria de calidades aceptada por los compradores pasa a formar parte del contenido obligacional del contrato y, en base a ello declara la inexistencia de incumplimiento habiendo quedado acreditado que el consumidor suscribió el contrato de compraventa junto a una memoria de calidades distinta de la que fue inicialmente ofertada y, que este cambio fue consentido en el momento de perfeccionarse el contrato.

⁴³² Cfr. Camacho Pereira, C. (2011). "Delimitación del contenido obligacional del contrato de compraventa de vivienda con consumidores, en caso de discrepancia entre documentación precontractual y contractual: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15 de abril 2010 (Ar. 2347; MP: Sr. José Antonio Seijas Quintana)." *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* núm. 2, pp. 13.

⁴³³ SAP Sevilla (Sec. 8ª) de 8 junio 2005.

⁴³⁴ Cfr. Camacho Pereira, C. (2011). "Delimitación del contenido obligacional del contrato de compraventa de vivienda con consumidores, en caso de discrepancia entre documentación precontractual y contractual: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15 de abril 2010 (Ar. 2347; MP: Sr. José Antonio Seijas Quintana)."

de forma unilateral sin haberse requerido previamente su conformidad”, por lo que aun cuando consten firmadas, esto no es óbice para privarles de instar la nulidad de las correspondientes cláusulas, y de exigir el cumplimiento de lo inicialmente ofrecido en la publicidad.

En mi opinión, en un análisis de naturaleza y rigor jurídico parece precipitado deducir que porque el consumidor conoce la vivienda y admite su entrega con el otorgamiento de la escritura pública, acepta los cambios, o renuncia al derecho de exigir el exacto cumplimiento de lo ofertado en la publicidad, lo único que cabe deducir es que, a pesar de las deficiencias, al consumidor le sigue interesando la vivienda. No debemos olvidar, que el consumidor no tiene por qué tener conocimientos jurídicos, y que se encuentra en una situación de debilidad y desigualdad frente al empresario. Por ello, deben ser especialmente protegidos, en un momento tan trascendente y decisivo como es la firma de la escritura pública de adquisición de su vivienda, garantizando que tengan pleno conocimiento del contenido de aquellas. Y, para ello, se debería obligar al empresario o profesional (como se hace en Andalucía, por el Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas) a que entregue al consumidor, con tres días hábiles de antelación a la firma del contrato, copia de toda la documentación descriptiva de la vivienda, incluida la calidad de los materiales. Además, el notario autorizante debería comprobar que los cambios han sido objeto de una auténtica negociación individual, que ha existido un consentimiento informado, emitido libre y voluntariamente, a cambio de alguna compensación o ventaja, de forma que no se han defraudado las legítimas expectativas ni la confianza del consumidor.

Efectivamente, en el ámbito de la vivienda en general, y en particular en las ventas sobre plano, como indica Camacho Pereira, C. (2011, p. 10) *"la determinación de si a la firma del contrato el adquirente actúa con una voluntad verdaderamente libre y autónoma es especialmente importante, y debe garantizarse y acreditarse de forma rigurosa, dada la relevancia económica y social del bien adquirido, teniendo en cuenta el respeto que merece la protección del consumidor que con antelación al otorgamiento de la escritura pública, probablemente ya habrá invertido una cantidad de sus ahorros, gestionado un contrato de hipoteca, y tomado importantes decisiones personales y familiares"*.⁴³⁵

De conformidad con Cámara Lapuente, S. (2011, p.525-526) a la vista de la disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales expuestos se puede concluir: Que el ámbito de la presente discusión se limita a la publicidad con contenido informativo que no llega a tener el rango de auténtica oferta pública, pues ésta última una vez que el consumidor manifiesta su voluntad de aceptarla vincula al empresario siendo ineficaz su revocación. Que la regla de protección de los consumidores prevista en el ap. 2 del Art. 61 del TRLGDCU, contempla solo una excepción en su ap. 3, que no se puede ampliarse por vía interpretativa. Que dado que la integración contractual deberá ser objeto de pronunciamiento judicial ante la negativa del empresario a cumplir sus declaraciones publicitarias, es preferible partir de que el Art. 61 no restringe la integración a las lagunas contractuales, pero que existen casos concretos en los que no

⁴³⁵ Cfr. Camacho Pereira, C. (2011). "Delimitación del contenido obligacional del contrato de compraventa de vivienda con consumidores, en caso de discrepancia entre documentación precontractual y contractual: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15 de abril 2010 (Ar. 2347; MP: Sr. José Antonio Seijas Quintana)."

se produce la exigibilidad de la publicidad en el contrato, bien porque el empresario pruebe que existió una auténtica negociación con el consumidor por la que este consistió fehacientemente modificar las cualidades de la vivienda, con "*renuncia justificada*" por otras compensaciones o ventajas, o bien, porque partiendo de la exigencia legal de integración, haya de aplicar algún límite al ejercicio de los derechos subjetivos del consumidor (buena fe, actos propios abuso de derecho) o, en su caso, enriquecimiento injusto, que el juzgador tendrá que valorar, en cada caso concreto.⁴³⁶

En todo caso, como advierte el anterior autor (2011), la publicidad se puede corregir, dejando las declaraciones publicitarias de vincular al empresario siempre que se haga antes de la celebración del contrato y, de una forma que sea suficiente para destruir válidamente la confianza del consumidor contratante, no siendo válida la corrección de la publicidad en el momento mismo de celebrar el contrato ni cuando se hace de una manera genérica y fácil de pasar inadvertida para aquel. De igual modo, se puede revocar la oferta antes de que exista aceptación por los destinatarios.⁴³⁷

Como Cámara Lapuente, S. (2011) indica pese a las sentencias que entienden consentidas por los consumidores las modificaciones en las calidades de las viviendas si antes de contratar visitaron y conocieron el estado de las mismas,⁴³⁸ no cabe desconocer las sentencias (si bien todas ellas de las AP), que rechazan que recibir la vivienda sin reservas, ni salvedades, implique una renuncia al derecho a la integración publicitaria del contrato.⁴³⁹ No olvidemos como apunta el anterior (2011, p.526) que, "*incluso en la tesis más liberal y favorable a la autonomía contractual, estas declaraciones de conformidad deben haberse consentido individualmente y no mediante condiciones generales*".⁴⁴⁰

Por todo ello, se puede afirmar que el tratamiento que hace la jurisprudencia de las AP de la integración de la publicidad en la contratación con consumidores, en general, es más beneficio y flexible para éstos que él que viene haciendo el TS. Como excepciones a esta conclusión se pueden citar las SSTS Sala de lo Civil de 16 de marzo de 2011 y 17 de octubre de 2005. En la primera, la firma por parte del consumidor de documentos de conformidad con la construcción y la calidad de los materiales en el momento de la entrega de las llaves de las viviendas, no implica una renuncia al ejercicio de las acciones para reclamar. Y, en la última, la cláusula de la escritura pública consistente en que "*la parte compradora toma posesión en este acto de las fincas transmitidas, después de haberlas examinado y haberlas encontrado de su conformidad*", en absoluto exime de responsabilidad al constructor o promotor, ni excluye la acción indemnizatoria pues, como con cabal acierto razona la sentencia recurrida, generalmente "*un primer y frecuentemente único examen de la vivienda*" no pone de relieve de forma inmediata el incumplimiento, sino que es una vez habitada la misma cuando el consumidor muchas veces advierte la disconformidad entre lo ofrecido en la publicidad y la vivienda realmente entregada.

⁴³⁶ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato".

⁴³⁷ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato".

⁴³⁸ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 15 octubre 2012 y 15 marzo 2010.

⁴³⁹ Cabe citar las SSAP Murcia (Sec. 5ª) de 2 enero 2012, Valladolid (Sec.3º) de 22 mayo 2003, Málaga (Sec.4º) de 29 septiembre 2003, y Granada (Sec.3º) de 16 febrero 2002.

⁴⁴⁰ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato".

⁴⁴⁰ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 15 marzo 2010.

Antes de pasar al análisis de otro presupuesto de la integración, se hace necesario citar la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea,⁴⁴¹ que tras las enmiendas⁴⁴² aprobadas el 26 de febrero de 2014, regula expresamente la consideración de ciertas declaraciones precontractuales como cláusulas del contrato. Para ésta Propuesta tales declaraciones, abarcan los contenidos publicitarios que no sean meramente sugestivos y, en virtud de su Art. 69 se integrarán en el contrato, como si de una cláusula más se tratara, pero con las excepciones siguientes: que el empresario demuestre que el consumidor, en el momento de celebrar el contrato conocía o podía esperarse que conociera, que la declaración no era exacta o que no se le podía dar crédito como cláusula del contrato; que la declaración se hubiera corregido en el momento de celebrar el contrato, o que la declaración no pudo influir en la decisión del consumidor de celebrar el contrato.

Camacho Pereira, C (2012), tras comparar ésta Propuesta con el Art. 61 del TR, para determinar si arroja alguna luz a los distintos planteamientos existentes en torno al alcance vinculante de la publicidad en la contratación con los consumidores, concluye que la Propuesta admite la integración en el contrato de los contenidos informativos de los mensajes publicitarios más favorables al consumidor (salvo, aquellos contenidos inexactos o increíbles que se aclaran al consumidor y este puede conocer, como muy tarde en el momento de contratar).⁴⁴³ Sin embargo, como además, permite en su Art. 99.3 que el empresario acuerde con el consumidor, incluso en detrimento de éste, la alteración de características esenciales de los bienes de consumo respecto de las contenidas en la publicidad, siempre que el consumidor en el momento de contratar conozca las condiciones, y las aceptase como conformes con el contrato en el momento de su celebración. De prosperar su Art. 99.3 como norma común para las compraventas europeas, en relación con sus Arts. 69 y 100, la Propuesta mermaría los derechos del consumidor español, porque supone una rebaja de la protección del consumidor respecto de lo dispuesto en nuestra norma interna, en concreto, en los Arts. 61 y 65 del TR, que protegen en mayor medida al consumidor.

Infante Ruiz, F.J. (2015) al igual que la autora anterior, tras realizar la comparación del Derecho español con el Derecho comunitario, y en especial con la Propuesta, concluye que el primero resulta más protector para los consumidores, en concreto, por las excepciones que admite la Propuesta que puede invocar un empresario para evitar la responsabilidad por el contenido de la publicidad.⁴⁴⁴

En esta línea, se posiciona el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 29 de marzo de 2012, al considerar inaceptable el Art. 99.3 de la Propuesta.⁴⁴⁵ No obstante, como explica Valpuesta Gastaminza, E. (2013) algunos aspectos relacionados

⁴⁴¹ Presentada por la Comisión Europea el 11 de octubre de 2011.

⁴⁴² <http://www.europarl.europa.eu/>

⁴⁴³ Cfr. Camacho Pereira, C. (2012). "Comparativa de la regulación de la integración de la publicidad en el contrato con consumidores, en el TRLGDCU y en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea".

⁴⁴⁴ Cfr. Infante Ruiz, F.J. (2015). "La promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria". *En Acceso a la vivienda y contratación*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 193-245

⁴⁴⁵ El Dictamen del Comité Económico y Social de 29 de marzo de 2012, sobre la mencionada Propuesta, y la Comunicación de la Comisión (DOUE C 181, de 21.6.2012), en el punto 5.2.3 señala como ejemplo de que la Propuesta no ofrece la mayor protección a los consumidores, su inaceptable Art. 99.3. <http://eur-lex.europa.eu/legal>

con su aplicabilidad a los contratos de consumo podrán ser mejorados, antes o después de su aprobación.⁴⁴⁶ Esperemos que así sea. Sin embargo, hasta tanto, como de acuerdo con el Art. 3 de la Propuesta de Reglamento las partes pueden de común acuerdo elegir aplicar a su contrato ésta norma o la legislación nacional, convendría de conformidad con Fernández Masia, E. (2012) informar de ello al consumidor, de manera que éste conozca las consecuencias de optar por una u otra, evitando que la rebaja en la protección no sea conocida por el consumidor.⁴⁴⁷

Otro presupuesto que la eficacia vinculante de las declaraciones publicitarias exige nos detengamos en analizar, es si para su integración se requiere el concurso de culpa o dolo del empresario o profesional inmobiliario. Coincido con Cámara Lapuente, S. (2011) que el Art. 61 del TR no lo exige, porque se protege al consumidor con independencia de la intencionalidad o negligencia de aquél.⁴⁴⁸ No obstante, puede ocurrir que el empresario trate de exonerarse de su responsabilidad alegando ausencia de negligencia. Así, uno de los supuestos más habituales se produce cuando por error en la publicidad, se indica un precio inferior al real. Si el contrato acaba celebrándose, el precio se integraría en el contrato conforme al Art 61.2 del TRLGDCU, lo que supone que el consumidor pueda exigir el precio más bajo. Por tanto, de conformidad con López Maza, S. y, García Vicente, J.R. (2015), si el consumidor ha pagado el precio superior, podrá pedir la devolución de lo pagado de más.⁴⁴⁹

Para evitar esta integración, el empresario suele utilizar en la publicidad una cláusula indicando que los precios son los que se muestran “*salvo error tipográfico*”. En caso de producirse, según López Maza, S. y, García Vicente, J.R. (2015, p.877), estaríamos ante un “*supuesto de error obstativo*”. Y, “*para que sea tenido en cuenta como vicio de la voluntad, deberá ser excusable y relevante*”. Sin embargo, de conformidad con los anteriores es “*cuestionable*” que el error alegado por el vendedor en estos casos sea “*excusable*”.⁴⁵⁰

En mi opinión, una cosa es que no exista una intención dolosa, y otra que no exista culpa del empresario negligente por no haber revisado adecuadamente el contenido de la publicidad antes de darle difusión pública, sobre todo, teniendo en cuenta que esta diligencia debería haberse extremado en un elemento esencial del contrato, como es el precio. Por tanto, los errores tipográficos implican una falta de control y precaución que revela, en todo caso, cuanto menos, negligencia. En estos casos, no se debería estimar la pretensión del empresario de invalidar el contrato pero no en base a ésta negligencia, que no es un presupuesto para la integración, sino porque como indica Infante Ruiz, F.J. (2015, p.194) la responsabilidad que generan los contenidos publicitarios, “*se aleja de cualquier consideración sobre la conducta de quien anuncia o pone el producto o servicio a disposición del consumidor*”.⁴⁵¹ Y, en la misma línea resume Cámara Lapuente, S. (2011, p.527) es de “*naturaleza contractual objetiva (atribución del riesgo justificada por la creación d confianza), basada en la*

⁴⁴⁶ Cfr. Valpuesta Gastaminza, E. (2013). "La Propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo, Vol. 5, núm. 1, pp. 199-216.

⁴⁴⁷ Cfr. Fernández Masia, E. (2012). "Optando por la normativa común de compraventa europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 23, pp.21.

⁴⁴⁸ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato".

⁴⁴⁹ Cfr. López Maza, S., García Vicente, J.R. (2015). "Comentario al art. 61 del TRLGDCU".

⁴⁵⁰ Cfr. López Maza, S., García Vicente, J.R. (2015). "Comentario al art. 61 del TRLGDCU".

⁴⁵¹ Cfr. Infante Ruiz, F.J. (2015). "La promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria".

ley”⁴⁵². Es decir, los contenidos publicitarios se exigen aunque su inexactitud no se deba ni a la culpa ni al dolo del empresario.

Sin embargo, de conformidad con López Maza, S. y, García Vicente, J.R.(2015) sería justo exonerar de responsabilidad al empresario, sin que éste quede vinculado por la publicidad errónea si una vez conocida, procede de inmediato a subsanarla por el mismo medio en que hizo aquella. En este caso, y en aquellos, donde por ejemplo exista una diferencia muy grande entre el precio indicado en la publicidad y el precio real, y la misma no se deba a una rebaja, no parece justo que el consumidor, consciente de que los precios publicados constituyen un error, pretenda lucrarse, aprovechando en su propio beneficio un error manifiesto, para intentar acceder a la vivienda a un precio o renta inferior al real. En tales casos, como no existe una confianza en la publicidad, el consumidor no merece protección y el que pretenda la integración lo hará con abuso de derecho,⁴⁵³ conforme al Art. 7 del CC.

Por último, hay que analizar la vinculación contractual cuando las declaraciones publicitarias son imputables a un tercero no contratante. En este sentido, hay que hacer constar que aunque la mayoría de los casos de publicidad realizada por promotores inmobiliarios que han llegado a los tribunales el anunciante o publicista y el empresario que contrata con el consumidor coinciden. En la actualidad, como dice Rubio Torrano, E. (2013, p.467), es frecuente que sean personas distintas, y que una efectiva protección de los consumidores nos permita trasladar la responsabilidad al empresario por declaraciones provenientes de un tercero que no es parte del contrato, siempre que la existencia de dicha oferta publicitaria resulte “*conocida o cognoscible por el contratante empresario*”, no quede “*manifiestamente*” excluida “*de su aplicación al contrato*”, y se refiera a “*un producto o servicio prestado por el empresario*”.⁴⁵⁴

Según López Maza, S., García Vicente, J.R. (2015, p.875), una de las consecuencias de asignar al empresario o profesional contratante el riesgo de decepción del consumidor es la imputación aquél de las declaraciones públicas de un tercero. Para los autores anteriores, este criterio de imputación “*plenamente objetivo*”, trata de atribuir las consecuencias de la creación de la confianza no a quien la generó (que también, aunque su responsabilidad no se satisfaga, en principio, en sede contractual) sino al “*tercero contratante que se aprovecha de ella*”.⁴⁵⁵ De modo que los fundamentos de la eficacia vinculante de las declaraciones de terceros se pueden resumir de conformidad con los anteriores autores (2015, p.875), en la buena fe contractual, en la presunción de que el profesional debe conocer el mensaje publicitario, en los beneficios que reporta a su actividad la promoción realizada por un tercero,⁴⁵⁶ y en mi opinión, la más importante, es que si negáramos ésta eficacia la posición del consumidor quedaría diluida y se dejaría, sin su protección principal, la contractual, cuando típicamente su confianza depende de las afirmaciones publicitarias.⁴⁵⁷

⁴⁵² Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato".

⁴⁵³ Cfr. López Maza, S., García Vicente, J.R. (2015). "Comentario al art. 61 del TRLGDCU"

⁴⁵⁴ Cfr. Rubio Torrano, E. (2013). "Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual".

⁴⁵⁵ Cfr. López Maza, S., García Vicente, J.R. (2015). "Comentario al art. 61 del TRLGDCU"

⁴⁵⁶ En este sentido como ya señaló Reyes López, M. J. (1997), el empresario que contrata con el consumidor dispondrá de “*una acción de regreso*” contra el anunciante. Cfr. Reyes López, M.J. (1997) "El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". *Estudios sobre consumo*, vol. 2, núm. 43, pp. 63- 86.

⁴⁵⁷ Cfr. López Maza, S., García Vicente, J.R. (2015). "Comentario al art. 61 del TRLGDCU".

Así, se pronunció la SAP Cádiz (Sec. 6.^a) de 16 noviembre 2006, en el caso de un consumidor que solicitó la integración en el contrato del folleto publicitario que anunciaba que al adquirir una vivienda y una plaza de garaje, el trastero era gratis, declarando que en este caso la doctrina del TS sobre la necesaria protección de la seguridad del tráfico y la buena fe de los terceros resultaba plenamente aplicable y, que partiendo de lo expuesto en SSTS de fechas 22-06-1989, 01-03-1990 y 27-09-1995, no cabía resolver en perjuicio de los consumidores que no tenían motivos racionales para desconfiar en que la actuación de la inmobiliaria que editó la publicidad no estaba amparada por la empresa promotora, que además de encomendarle esta última le encargó la promoción pública y gestión de venta de las viviendas, sin tener en cuenta si la inmobiliaria que ofreció el trastero con carácter gratuito pudo excederse en las facultades que al respecto le había conferido aquella.

Frente al consenso doctrinal expuesto, en principio puede llamar la atención la SAP León de 27 mayo 2008 que desestima las pretensiones ejercitadas en la demanda en cuanto a la existencia de incumplimiento contractual por parte de la promotora vendedora, al considerar acreditado que la publicidad ofrecida inicialmente para la promoción de las viviendas fue realizada por otra entidad y, no por la vendedora que era ajena a esta publicidad. Sin embargo, debemos de tener en cuenta, que en este supuesto, existió una modificación en la titularidad de la promoción de las viviendas y no se justificó, ni quedó acreditado que el folleto publicitario aportado con la demanda se integrase de una u otra forma en la oferta de la demandada vendedora.

9. Consecuencias del incumplimiento

Si bien, es cierto, como indica Cámara Lapuente, S. (2011, p. 529) que el Art 61 del TR *"no establece un elenco de acciones que puede emprender el consumidor para obtener la integración del contrato"*.⁴⁵⁸ Está claro, que al declarar exigibles el contenido de la oferta, promoción y publicidad, da lugar a la integración del contrato de compraventa o arrendamiento de vivienda con aquellos, de manera que la negativa del empresario a cumplir lo que se considera *"ex lege"* como parte del contenido contractual da lugar a un incumplimiento contractual y, por ende, el consumidor tendrá a su disposición las acciones derivadas del régimen de responsabilidad contractual.

En concreto, al pasar a formar parte integrante del contenido del contrato el contenido de la oferta, promoción y publicidad de la vivienda, el consumidor, en base a lo incluido en ellas, puede obligar al empresario a que le entregue la vivienda prometida, celebrando el contrato con el contenido expresado en las declaraciones publicitarias, exigiendo de conformidad con Zubero Quintanilla, S. (2016) su cumplimiento íntegro en forma específica, *"in natura"* y, si ello no fuese posible, ante la imposibilidad de dar cumplimiento efectivo al contrato integrado con el mensaje publicitario, exigiendo *"el equivalente pecuniario"*⁴⁵⁹, es decir, una prestación sustitutoria y, en ambos supuestos, el abono de una indemnización de daños y perjuicios, e incluso, si la desconexión o discordancia entre los datos objetivos de la

⁴⁵⁸ Cfr. Cámara Lapuente, S. (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato".

⁴⁵⁹ Cfr. Zubero Quintanilla, S. (2016). "La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa".

vivienda prometida en la publicidad y la realmente entregada fuera de tal envergadura que frustrara gravemente la expectativa o interés contractual del consumidor, podría éste exigir la resolución del contrato con devolución de la cantidad por él entregada y, la indemnización de daños y perjuicios. En este sentido, se pronuncia una constante y reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son fiel exponente las sentencias de la Sala de lo Civil del TS de 23 mayo 2003, 15 junio 2000, 26 junio 1999, 8 noviembre 1996, 21 julio 1993, 8 noviembre 1988, citadas en la SAP Granada (Sec.3ª) de 11 Julio 2.011.

Entre las sentencias que tras declarar incumplimiento contractual han condenado a hacer efectiva la prestación en los términos publicitados, obligando al cumplimiento específico, in natura, de las instalaciones deportivas o recreativas (piscinas, saunas, zonas ajardinadas, antena parabólica etc.) incluidas en la publicidad, podemos citar las SSAP Cuenca (Sec. 1ª) de 26 diciembre 2013, Salamanca (Sec. 1ª) de 5 julio 2010 y, Madrid (Sec. 12ª) de 10 octubre 2010. En ellas se obliga a dotar a las viviendas de estas instalaciones, sin que la ejecución íntegra del contrato implique un enriquecimiento injusto del consumidor, ni el empresario pueda excusarse alegando los altos costes de realización de las obras precisas.

El entorno adyacente a la vivienda en los términos anunciados fue decisivo, en la SAP Málaga (Sec. 5ª) de 20 mayo 2013 para obligar a la promotora a construir la totalidad del macro complejo anunciado. Señalando la sentencia que *"la vendedora no cumple sus obligaciones haciendo entrega de la vivienda sin más, una vez finalizada la obra, sino que al proyectar la misma en cuanto a su ubicación en un marco concreto que no ha sido desarrollado y del que era fiel exponente el folleto publicitario que difundiera, se presenta como correcta la resolución dictada al efecto"*, por lo que, en conclusión, cabe decir que *"la adecuación a lo pactado no se refiere exclusivamente al espacio físico concreto de la vivienda, sino al edificio y a la construcción y terminación de todos los elementos comunes complementarios"*. Para esta sentencia este incumplimiento contractual del promotor-vendedor justifica el incumplimiento temporal del comprador dejando de pagar el resto del precio.

Sobre, las diferencias entre la calidad o cualidades de los materiales de las prestaciones anunciadas y las realmente entregadas se han pronunciado muchas sentencias, condenando a la reposición de calidades de los materiales prometidos en la publicidad. Entre ellas, cabe citar la STS (Sala de lo Civil, Sec.1ª) de 26 junio 2008 y, las SSAP Cádiz (Sec.2ª) 30 julio 2010, Lleida (Sec. 2ª) de 25 abril 2002, que condeno a la restitución inmediata e íntegra de los revestimientos del suelo de las viviendas, por el mármol contratado en la memoria de calidades, viniendo obligada la demandada a abonar a las demandantes la indemnización que correspondiere (a fijar en ejecución de sentencia, para el supuesto de que la restitución del pavimento deviniere imposible).

En el mismo sentido, la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec.3ª), de 28 octubre 2013, condeno a reparar los daños existentes en las viviendas, y a efectuar los trabajos precisos para que tanto la puerta del garaje común, como las de acceso a cada una de las viviendas y las fachadas principales de las mismas resultaran acordes con las calidades ofertadas. Y, las SSAP de la Rioja (Sec. 1ª) de 1 diciembre 2011 y, de 12 septiembre 2011, condenaron a ejecutar las obras y a la reparación de los vicios constructivos y defectos de ejecución identificados en el informe pericial incluyendo el coste de los materiales, mano de obra y demás gastos precisos, con apercibimiento de realizarlo a su costa.

Sobre el aislamiento de la vivienda, se ha pronunciado la SAP Cáceres (Sec.1ª) de 20 noviembre 2013, condenando a efectuar las obras necesarias para dotar a la vivienda del aislamiento que figuraba en la publicidad.

No obstante, si no fuera posible el cumplimiento *"in natura"*, el consumidor puede solicitar el cumplimiento por equivalente. Esté, se puede producir bien, porque el consumidor lo solicite al ser inviable el cumplimiento *"in natura"* o bien porque esté lo solicite de forma subsidiaria (solo y exclusivamente, para el caso de que no sea factible el cumplimiento específico de lo prometido por el empresario en la publicidad). No obstante, y sin necesidad de que lo solicite el consumidor, el propio Juzgador puede estimar desproporcionada la obligación de hacer contemplada en el suplico de la demanda y, condenar al empresario a resarcir el perjuicio ocasionado indemnizando por el incumplimiento de lo publicitado.

Así, la falta de ejecución de determinados elementos constructivos publicitados, obliga a su cumplimiento por equivalencia concretamente en el caso, de inexistencia de las instalaciones deportivas o recreativas nombradas en los folletos publicitarios. A título de ejemplo, cabe mencionar las SSAP Burgos (Sec. 2ª) de 28 marzo 2012, Madrid (Sec. 12ª) de 10 noviembre 2010.

Otro ejemplo, de las numerosas ocasiones en que la falta de correspondencia entre las prestaciones de la vivienda anunciada y, las realmente entregadas sólo origina el ejercicio de pretensiones indemnizatorias, es la SAP Málaga (Sec. 5ª) de 22 abril 2010, en ella se declara que ante la imposibilidad de transmisión del dominio de las zonas e instalaciones deportivas a cuya adjudicación se había comprometido la promotora, por ser propiedad de un tercero, protegido legalmente, la cantidad resultante a indemnizar sería la del valor de mercado de aquellas, valor que se declara *"no puede centrarse exclusivamente en la valoración del terreno, sino que debe también extenderse a las instalaciones que en él iban ubicadas para que el hecho del incumplimiento de la obligación de la vendedora quede puntualmente acreditado, evaluado y calculado"*.

En la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 28 febrero 2013, los impedimentos urbanísticos, de los que iban a ser elementos comunes de titularidad privada piscinas, pista de tenis y club social que finalmente quedan sujetos a un régimen de utilización pública, fueron determinantes para condenar a pagar a los consumidores una indemnización que comprende el valor del suelo y el de las instalaciones construidas integradas en la publicidad del contrato.

En el caso enjuiciado, en las SSAP Burgos (Sec. 2ª) de 30 marzo 2012 y de 7 octubre 2010, fue precisamente, la comparación entre lo ofertado en la publicidad y la vivienda realmente entregada la que puso de manifiesto que la publicidad no se correspondía con la realidad finalmente entregada y, que un espacio, en el que se anunciaba una piscina, que aparecía como claramente vallado y de uso privado y exclusivo de los compradores se convirtió en un espacio sin valla y de libre acceso público, condenando por el incumplimiento de la oferta publicitaria a indemnizar la depreciación de la vivienda por pérdida de terreno común.

Sobre el entorno adyacente a las viviendas, se ha pronunciado la SAP de A Coruña (Sec. 4ª) de 30 marzo 2015 condenando a una rebaja de un 25% del precio total

de la vivienda en construcción pactado en el contrato, por el incumplimiento de la oferta publicitaria que incluía “*un derecho preferente a ser abonado*” y “*a disfrutar de un descuento especial*” en un campo de golf cercano que finalmente no se construyó. En este sentido, ya la SAP Valencia (Sec.7ª) de 23 enero 2007, condeno a indemnizar por el incumplimiento de la oferta publicitaria que incluía “*ventajas especiales*” para usar unas instalaciones recreativas colindantes a las viviendas. De este modo, dice la sentencia, la demandada, al incluirlas en la publicidad como reclamo, dio base a la existencia de una concreta relación jurídica, generando unas expectativas en los adquirentes que, en virtud de la integración publicitaria del contrato, se transforman en auténticos derechos accesorios al contrato, que aquellos pueden exigir y, la demandada está obligada a cumplir. El mero transcurso de más de tres años sin poder disfrutar de aquellas “*ventajas especiales*”, se entendió efectivo incumplimiento y, permitió a los consumidores, solicitar la correspondiente indemnización por el incumplimiento de la demandada con el consiguiente resarcimiento de daños. El importe adecuado de la indemnización estima la sentencia debía ser el valor de una cuota anual de suscripción y acceso a la utilización a un espacio similar.

En la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 30 mayo 2011 al quedar acreditado que “*en los carteles y anuncios se daba cuenta de las características del entorno*” y, que la empresa vendedora no entregó todo lo que en su actividad publicitaria había anunciado y prometido como objeto de los respectivos contratos de compraventa, declaró que ello causó a los adquirentes un perjuicio evidente cuyas consecuencias jurídicas “*son ajenas a las expectativas económicas que el incumplidor pretendía obtener con la actuación civilmente ilícita*”.

Sobre el emplazamiento de la vivienda, la SAP Valencia (Sec.9ª) de 4 febrero 2003, declaró el incumplimiento contractual y la obligación de indemnizar al comprador de una vivienda cuya orientación no se ajustó a la publicidad exhibida a la hora de contratar. En ella, se dice que al haber modificado la promotora la ubicación del último bloque perjudicó los derechos del comprador de la vivienda pues el cambio de orientación implicó un menoscabo de luz, vistas e intimidad. Esta sentencia, resultó muy clarificadora al otorgar eficacia jurídica a los folletos que la vendedora entregó a la compradora a la hora de concertarse el contrato de compraventa, y no compartir los razonamientos del Juez de Instancia que calificó su contenido de “*dolus bonus*” como “*mera proyección virtual de una configuración exagerada, habitual en el campo de la construcción y con finalidad de hacer atrayente la oferta para el futuro comprador*”. Este razonamiento, dice la SAP contiene una interpretación errónea del contrato concertado pues olvida, toda una normativa legal que resulta aplicable al caso enjuiciado por ostentar la demandante la cualidad de consumidor.

Sobre las vistas al mar prometidas, las SSAP Murcia (Sec.1ª) de 6 febrero 2012 y Valencia (Sec. 8.ª) de 23 marzo 2009 ante un supuesto de publicidad engañosa, “*en cuanto que el anuncio de las vistas al mar pudo inducir a error a sus destinatarios, generando unas expectativas, que de algún modo deben ser satisfechas, máxime cuando esta creencia, como los hechos demuestran, tuvo su efecto en los actores, quienes consideran que las vistas son un derecho adquirido y respecto del cual la vendedora no ha cumplido*” declara que “*la indemnización tiene que ser proporcional a la privación de vistas*”. Por ello, entiende ajustado el informe del perito judicial que de forma exhaustiva analiza las vistas de cada una de las viviendas y, la Sala en función de la mayor o menor privación de vistas llega a la siguiente conclusión, tanto en relación a la

procedencia de indemnización como a su cuantía entendiendo procedente que el porcentaje establecido lo sea respecto del precio de compraventa en virtud de la reciprocidad de prestaciones contractuales. En ésta sentencia, las circunstancias de cada consumidor modularon la rebaja del precio más la indemnización por daños.

Sobre, las diferencias entre la calidad o cualidades de los materiales de las prestaciones anunciadas y las realmente entregadas se han pronunciado muchas sentencias entre las que cabe citar la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 8 marzo 2011 y por orden cronológico, la SAP Valladolid (Sec.3ª) de 22 mayo 2003, donde el propio tribunal estimó desproporcionada la obligación de hacer contemplada en el suplico de la demanda que solicitaba cambiar el parque de la vivienda entregada por el que se ofrecía en la publicidad y, condenó a indemnizar para sancionar el incumplimiento de lo ofrecido en la publicidad. En idéntico sentido, se pronuncia la SAP Barcelona (Sec.16ª) de 23 junio 2004 que condenó a indemnizar el perjuicio ocasionado, por la falta de resistencia de las baldosas y peldaños a las inclemencias del tiempo, declarando que habría de consistir en la cifra postulada por el coste del material y por los trabajos de recolocación. La SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 4ª) 2 diciembre 2010, condenó a indemnizar los daños y perjuicios por el mobiliario de cocina sin las calidades exclusivas publicitadas. Y, la SAP Valencia (Sec.7ª) de 20 abril 2007, a indemnizar el incumplimiento contractual por vulneración de la publicidad en su día entregada a los compradores, al quedar acreditado que las puertas interiores de las viviendas eran de calidad inferior a la ofrecida, sin que se pueda limitar la condena, dice la sentencia, a reparar las puertas dañadas, puesto que no nos hallamos ante el ejercicio de una acción de reparación de daños, sino de cumplimiento del contrato en los estrictos términos pactados entre las partes.

Las características de la calefacción, también, han sido objeto de pronunciamiento desde que las SSTS Sala de lo Civil de 4 de diciembre de 1998 y 30 junio 1997 condenaron a indemnizar, en la cantidad que resultara, de la diferencia de valor de mercado de las viviendas en su estado actual, y las mismas, en el caso de que tuvieran instalada calefacción central. En igual sentido, la SAP Granada (Sec.3ª) de 15 abril 1997 declara que la demandada, debió dar cumplimiento a lo ofrecido, publicado y estipulado, y el no hacerlo, debe ser estimado como un claro incumplimiento de lo pactado, que obliga a condenar a indemnizar en la cantidad que resulte, de la diferencia de valor de mercado de la vivienda, en su estado actual y el que tendría en el caso de que tuviese instalada calefacción central.

El incumplimiento de la superficie de la vivienda prometida en la publicidad fue causa para que la SAP Navarra (Sec. 1ª) de 11 octubre 2012 apreciara incumplimiento contractual y declarase la obligación de indemnizar el perjuicio que supuso la entrega de una parte de la superficie adquirida con destino a uso público, impidiéndose al consumidor el uso privado de esa superficie que se ofrecía en los folletos publicitarios de la vivienda. En cambio, la STS de 15 octubre 2012 no apreció que la vivienda tuviera unas dimensiones inferiores a las pactadas, fracasando la pretensión de reducción del precio basada en la fuerza vinculante de la publicidad. En ella, aplicándose la doctrina de los propios actos se hizo prevalecer el conocimiento que el consumidor tenía al tiempo de adquirir la vivienda (según constaba acreditado en autos), de que esta tenía un altillo y que su superficie estaba incluida en el total de la pactada y, su renuncia a exigir un baño en él, sobre la información que aparecía en los folletos publicitarios de la promoción inmobiliaria.

Otra consecuencia del incumplimiento de lo ofrecido en la publicidad, puede ser la resolución del contrato prevista en el Art. 1124 del CC que autoriza a la restitución de la prestación y al resarcimiento de daños y perjuicios, si dicho incumplimiento supone una auténtica frustración de los fines del contrato para el consumidor, lo que impone un imprescindible e individualizado examen de cada contrato, del alcance del incumplimiento y de las expectativas que el consumidor pueda tener en relación a la vivienda.

En la actualidad de conformidad con Díaz Martínez, A. (2013, p.48) sigue siendo importante como fundamento de la acción resolutoria, “*el clásico aliud pro alio*”, que en los contratos de compraventa de vivienda suele estar relacionado con las diferencias, relevantes, entre lo construido y entregado y lo ofertado en publicidad.⁴⁶⁰

Sobre los efectos del incumplimiento de una obligación esencial en orden a la resolución del contrato, la STS Sala de lo Civil de 1 octubre 2012, declara que cuando la obligación incumplida es “*de mera gestión o de actividad, pero nunca de resultado*”, su incumplimiento no conlleva la resolución del contrato. Así indica que es doctrina reiterada que “*el incumplimiento de obligaciones accesorias o complementarias no es causa suficiente para generar la resolución y, por ende, para impedir la acción de cumplimiento, solo hay verdadero incumplimiento cuando se refiere a la esencia de lo pactado y no a prestaciones accesorias o complementarias que no impidan por su entidad el fin económico del contrato*”, aludiendo a la STS, del 17 Noviembre 1995. Añadiendo, “*el incumplimiento de la obligación accesoria no impide el ejercicio de la acción de cumplimiento, pero tampoco imposibilita al comprador al ejercicio de la acción tendente a la reparación de los perjuicios que le hubiere producido la inobservancia de la obligación accesoria por la vendedora (STS 6-9-2010)*”. Y, aludiendo a la frustración del fin del contrato que a veces se expresa con otras fórmulas, “*como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico*”. Tales criterios, para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento, dice la sentencia, han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, “*como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada quiebra de la finalidad económica*”. Pero, en definitiva, “*ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin*”. (STS, del 10 Noviembre del 2011)”. En este sentido la STS Sala de lo Civil de 13 de junio de 2014 fija los criterios para su determinación como esencial.

La STS Sala de lo Civil de 23 julio 2013, aprecio incumplimiento sustancial en la venta de viviendas en las que fue determinante la oferta publicitaria de un entorno paradisíaco, que incluía un cercano puerto deportivo y campo de golf, que no tuvo correspondencia con la realidad, entorno reflejado no solo en la publicidad sino también en el contrato. En ningún caso, dice la sentencia, el vendedor advirtió al comprador ni en la publicidad ni en un confuso contrato, que el promotor de las obras del puerto y su

⁴⁶⁰ Cfr. Díaz Martínez, A. (2013). “La Resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7 volumen 2, pp. 47- 64.

entorno era un tercero que no tenía las obras de aquellos siquiera iniciadas al terminarse la construcción y llegar el tiempo de entrega de las viviendas. Todos estos compromisos, dice la sentencia *"contraídos en el contrato y a través de la oferta publicitaria"*, fueron incumplidos y, dicha trasgresión debe calificarse de sustancial *"pues afectaba a circunstancias esenciales y definidoras del objeto contractual"*.

En esta sentencia se declara la existencia de incumplimiento contractual que determino la resolución del contrato por no haberse cumplido las condiciones contenidas en la publicidad, pese a que la relación jurídica del supuesto no puede ser calificada de consumo (al ser el comprador una sociedad). Sin embargo, esta declaración, como hemos indicado nos lleva a sostener que se podría llegar a aplicar el principio de integración publicitaria del contrato más allá de las estrictas relaciones de consumo, y que en éstas relaciones es importante la resolución recaída pues fueron muchos los consumidores que adquirieron en los momentos en la burbuja inmobiliaria viviendas en zonas costeras con la expectativa, refrendada publicitariamente, de la pronta construcción de un entorno paradisíaco que nunca se llevó a cabo. Para estos casos, la STS de 23 julio 2013 deja abierta la resolución por incumplimiento contractual, con la recíproca devolución de las prestaciones, lo que implica el derecho del adquirente (sea o no consumidor) a que le sea restituido el precio pagado en su momento, generalmente muy superior al que tendría en la actualidad una vivienda de similares características. Naturalmente, la solución será más compleja porque es frecuente que la empresa vendedora se encuentre en concurso o haya desaparecido.

La STS Sala de lo Civil de 18 de febrero de 2014 muestra también un buen ejemplo en el que se aplica el remedio resolutorio frente al incumplimiento del promotor. En este caso, la publicidad indicaba un plazo de entrega que fue incumplido. El TS integró el plazo en el contrato y declaró que el retraso determinó un *"incumplimiento grave o sustancial"*, que *"no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento, pero sí que su conducta origine la frustración del contrato"*.

La falta de la piscina ofertada y recogida en los folletos publicitarios fue en la SAP Toledo (Sec. 1ª) de 14 diciembre 2011 un incumplimiento recayente sobre un elemento esencial del contrato con trascendencia resolutoria del contrato, condenando a la devolución de la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta.

Sobre las vistas al mar prometidas, son interesantes las SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 22 noviembre 2012 y de 12 julio 2011. La primera al declarar que su incumplimiento constituye una merma grave y esencial de las expectativas de los consumidores. Y, la segunda al afirmar que la resolución del contrato por la carencia de vistas anunciadas en la publicidad, no es preciso que exista estipulación contractual expresa sobre la esencialidad de las vistas porque las exigencias de los compradores responden a parámetros objetivos y no a su mero capricho y, que ello constituye un incumplimiento relevante del vendedor, puesto que la convicción de que se disfrutarían influyó de manera decisiva en la adquisición y, *"pese a que la limitación de vistas no limita el uso de la vivienda, sí frustra las legítimas expectativas de los compradores, hasta el punto de que, de haber conocido las circunstancias reales, no hubieran adquirido la vivienda, incumplimiento que no puede ser compensado con una indemnización y que es causa que justifica la resolución del contrato"*.

En el ámbito de las AP son interesantes las SSAP Murcia (Sec. 4ª) de 23 febrero 2012, Málaga (Sec. 5ª) de 30 julio 2011, y 30 mayo 2011. Esta última, declara que *"hay incumplimiento contractual cuando la vendedora se aparta, en la entrega, sobradamente de lo ofertado en la publicidad específica de la promoción"*. En el presente caso, bastó observar las fotografías, las leyendas de los folletos publicitarios y, de la página Web donde se anunciaban las viviendas con *"maravillosas vistas al mar Mediterráneo"* para comprobar una oferta inveraz y absolutamente contraria al principio de buena fe contractual. Esta sentencia dice, que la buena fe *"no se observa cuando se falta a la verdad ofreciendo unas viviendas que luego no reúnen las características con las que se ofertaron, bien expresamente, bien dando lugar a equívocos"* y, que la infracción contractual tiene una especial relevancia, que justifica la calificación del incumplimiento como grave por insatisfacción total del comprador a efectos de conllevar la resolución contractual. Y, es que como se dice en ella, la falta de las vistas ofertadas no reduce el uso de la vivienda, sino que frustra las legítimas expectativas de los compradores. En los mismos términos, se pronuncian, la SAP Granada (Sec. 3ª) de 15 mayo 2009 en un supuesto en el que la publicidad anunciaba vistas *"directas"* al mar y, las vistas eran a una pared y sólo oblicuamente al mar, al estimar que se han frustrado las expectativas del consumidor y que con ello se ha producido un incumplimiento de entidad suficiente para provocar la resolución

Además, sobre las vistas al mar prometidas habría que mencionar la SAP de Cantabria (Sec. 2ª) de 14 marzo 1996 porque en ella se alude a la doctrina legal del TS sobre la resolución por incumplimiento de los contratos sinalagmáticos contemplada en el Art. 1124 del CC, manifestando que el Alto Tribunal, siguiendo el criterio mayoritario en la doctrina científica, *"ha abandonado hace ya años -aunque ocasionalmente siga aludiendo a ella la exigencia de que ese incumplimiento fuese «deliberadamente rebelde», expresión excesivamente reduccionista que prácticamente limitaba la posibilidad de resolución a los supuestos de incumplimiento doloso, reducción que no se encuentra en los textos legales"*, y por contra viene exigiendo tan sólo que el incumplimiento obedezca a una *"voluntad obstativa y sea pertinaz, prolongado, inequívoco y objetivo en términos tales que quepa considerar frustrado por su causa el fin económico del negocio y justifique razonablemente la resolución"*. En este sentido en ella se citan por orden cronológico las SSTS de la Sala de lo Civil de 20 junio 1990, 16 mayo y 19 diciembre 1991 y 4 marzo 1992, 2 abril 1993, y 26 septiembre 1994.

Por último, el incumplimiento de las dimensiones de la vivienda prometidas en la publicidad fue causa de resolución del contrato en la STS de la Sala de lo Civil de 19 enero de 2005 y en las SSAP Málaga (Sec. 5ª) de 30 junio 2011, y Valencia (Sec. 7ª) de 27 mayo 2010.

CAPITULO VI. LA ADQUISICION DE VIVIENDA EN PROYECTO O EN CONSTRUCCION

En este capítulo no ocupamos de los problemas que se presentan al consumidor que al adquirir una vivienda sobre plano, en proyecto o en construcción, anticipa cantidades a cuenta del precio. Describiendo la complejidad de este contrato y, las garantías que pueden exigirse antes de adquirir la vivienda, con especial referencia a las garantías sobre las cantidades anticipadas, tras la modificación operada por la DF 3ª de la Ley 20/2015 en la redacción de la DA 1ª de LOE. Para tratar de dar respuesta a si el sistema de las actuales garantías cubre todos los riesgos a los que se ve expuesto el consumidor adquirente de una vivienda sobre plano, si le proporciona más seguridad o si le beneficia.

1. Formalización y naturaleza jurídica del contrato de compraventa de vivienda en proyecto o en construcción

El contrato de compraventa de viviendas en proyecto o construcción, conocido según indica Pinto Andrade, C. (2013, p.63) como “*compraventa de vivienda sobre plano*”,⁴⁶¹ es una modalidad de compraventa de cosa futura, que carece de regulación específica en nuestro CC, y puede definirse según Echevarría Summers, F. M. (2013, p.1104) como aquel contrato en virtud del cual el consumidor se compromete “*a pagar un precio cierto en dinero o signo que lo represente*” y el promotor se obliga, a cambio, a construir o promover la construcción de la vivienda y a entregarla, una vez terminada la misma.⁴⁶²

Si bien, de conformidad con el anterior autor (2013, p.1104-1105), éste contrato “*como todo contrato de compraventa*”, es “*consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y recíproco*”, tiene unas características particulares que vienen dadas por el objeto del contrato, que al afectar a un “*bien esencial*” como es la vivienda, debe integrarse con lo determinado en “*las normas de protección de consumidores y usuarios*”. La vivienda, objeto de éste contrato, no es una vivienda terminada, sino una vivienda “*futura perfectamente determinada*”, cuya configuración viene dada en muchos casos por la elaboración de un “*proyecto arquitectónico que define convenientemente las características*” de la misma.⁴⁶³ Por ello, la obligación del vendedor no estriba exclusivamente “*en la entrega*” de la vivienda “*una vez que la misma haya alcanzado*

⁴⁶¹ Cfr. Pinto Andrade, C. (2013). *El contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento: controversias habituales entre compradores y promotores inmobiliarios*. Barcelona, Bosch, pp. 792.

⁴⁶² Cfr. Echevarría Summers, F. M. (2013). “El contrato de compraventa de viviendas sobre plano”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 1103-1113.

⁴⁶³ Cfr. Echevarría Summers, F. M. (2013). “El contrato de compraventa de viviendas sobre plano”.

existencia real y física”, sino que incorpora, “*de forma indefectible, el desempeño de la diligencia necesaria para la ejecución de la obra de construcción, en el tiempo y con las condiciones y calidades convenidas*”.⁴⁶⁴

Otro rasgo característico de éstos contratos, según Echevarría Summers, F. M. (2013, p.1105) es la “*frecuente*” inclusión en ellos de cláusulas de arras penitenciales, que permiten a las partes desistir del contrato, si se trata del consumidor “*perdiendo la cantidad entregada*”, y si se trata del empresario “*allanándose a devolver el duplo de la misma*”⁴⁶⁵ (Art. 1454 CC). Sin olvidar que las cantidades anticipadas, también pueden actuar como arras confirmatorias,⁴⁶⁶ y a menudo como señal o como parte del precio financiando los consumidores con sus propios recursos, el coste de la construcción, si se ha pactado que las entregas de dinero que se hagan periódicamente hasta la firma del contrato de compraventa sean parte del precio. En este caso, es importante, asegurarse que éstas se descontaran del importe total del precio de la vivienda.

La formalización de este tipo de contratos, es también una nota característica, ya que como indica Echevarría Summers, F. M. (2013, p.1106-1107) suelen formalizarse en dos documentos sucesivos que se corresponden con “*diversas fases del proceso de edificación*”. El primer documento es de “*carácter privado*” y se otorga “*en cualquier momento antes de la terminación de las obras*”. Y, el segundo documento lo constituye “*la escritura pública de compraventa*”, cuya suscripción se produce, cuando la vivienda está terminada y se han “*obtenido todos los permisos necesarios*” para que pueda destinarse a los usos que le son propios,⁴⁶⁷ o muchas veces después, si como indica Cabanillas Sánchez, A (1995, p. 10) “*aún hay pagos diferidos*”.⁴⁶⁸

Como expone Soler Pascual, L. A. (2008, p.97) en el documento privado el promotor asume la obligación de “*ejecutar la obra*” y “*entregar la vivienda en el plazo fijado*” y, como contraprestación, el adquirente asume la obligación de “*realizar pagos fraccionados que contribuyen a financiar el proceso constructivo*”. De manera, que el contrato formalizado mediante documento privado, “*sólo produce efectos obligacionales entre las partes*” y “*carece de efectos jurídico-reales*”,⁴⁶⁹ porque como indica Echevarría Summers, F. M. (2013, p.1106) tratándose de una vivienda futura, no suele transmitirse la propiedad hasta que la misma se termina de construir.⁴⁷⁰

El contenido que suele tener éste contrato de compraventa privado, queda resumido por el anterior autor (2013, p.1106-1107) del modo siguiente: a) “*la determinación*” de la vivienda; b) la “*fijación del precio con el calendario de pagos*”

⁴⁶⁴ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 19 julio 2012.

⁴⁶⁵ Cfr. Echevarría Summers, F. M. (2013). “El contrato de compraventa de viviendas sobre plano”.

⁴⁶⁶ Las llamadas arras confirmatorias suponen que el contrato queda ya establecido sin que las partes puedan, como ocurre con el caso de las arras de desistimiento, renunciar a la compraventa. Si el consumidor está absolutamente convencido de que quiere adquirir la vivienda y tiene la financiación totalmente asegurada puede que le interese pactar este tipo de arras para que el vendedor no pueda desistir finalmente de la venta de la vivienda.

⁴⁶⁷ Cfr. Echevarría Summers, F. M. (2013). “El contrato de compraventa de viviendas sobre plano”.

⁴⁶⁸ Cfr. Cabanillas Sánchez, A. (1995). “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de viviendas”, en *Derecho privado y Constitución*, Vol. 3, núm. 6, pp. 9-42.

⁴⁶⁹ Cfr. Soler Pascual, L. A. (2008). “Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción” *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*. Vol. I, núm. 3, págs. 94-106.

⁴⁷⁰ Cfr. Echevarría Summers, F. M. (2013). “El contrato de compraventa de viviendas sobre plano”.

hasta la terminación y entrega de la vivienda, haciendo referencia, a la posibilidad de subrogarse en la hipoteca que con frecuencia constituye el promotor para financiar la construcción; c) el plazo para terminar y entregar la vivienda “*en las condiciones de ser utilizada para el destino que le es propio*” y “*con todos los permisos y autorizaciones que sean pertinentes para ello, conforme a la normativa aplicable en el lugar de situación de la finca*”; y d) las “*garantías*” que se conceden a favor del comprador en caso de “*incumplimiento del vendedor*”.⁴⁷¹

Sin embargo, durante el curso de la construcción de la vivienda, se puede producir la novación modificativa del contrato privado, modificando el precio pactado en atención a determinadas circunstancias.⁴⁷² Lo que sin duda ocurrirá cuando un comprador solicite la realización de determinadas mejoras sobre lo inicialmente proyectado.⁴⁷³

El segundo documento lo constituye la escritura pública de compraventa. Por medio de ella, como indica Soler Pascual, L. A. (2008, p.97-98), el promotor cumple su obligación de entregar la vivienda “*transfiriendo el dominio*” al comprador y éste, como contraprestación, asume la obligación de pagar el resto del precio.⁴⁷⁴ De conformidad con Echevarría Summers, F. M. (2013, p.1107), lo relevante en esta segunda fase es determinar “*la incidencia*” que tiene “*en la relación inicialmente entablada mediante documento privado*”.⁴⁷⁵ Es decir, si como dice Soler Pascual, L. A. (2008, p.98), la escritura pública produce o no los efectos propios de una “*novación extintiva*” del documento privado. Coincido con éste autor que los dos documentos se suceden en el tiempo formalizando “*todo el iter de la relación contractual*” desde el momento que las partes constituyen las obligaciones hasta el momento que las consuman por su cumplimiento. Y, “*son complementarios*”, de manera que el segundo no es “*el único que contiene la reglamentación negocial entre las partes*”. Por ello, el hecho de que la escritura pública solo haga referencia a la obligación de entregar la vivienda construida y no a la obligación de ejecutar la obra conforme a un proyecto “*no exime de responsabilidad al promotor*” que incumpla la obligación de ejecutar la obra con los materiales indicados en el primer documento contractual donde se contenía la referencia a un proyecto técnico con una memoria de calidades determinada.⁴⁷⁶

Así, la Sala de lo Civil (Sec. 1ª) del TS en sentencia de 7 de diciembre de 2006, huyó de la naturaleza novatoria o constitutiva que se pretende dar a la escritura pública, concluyendo que se trata de una mera formalización en instrumento público de un contrato previamente perfeccionado sobre la vivienda futura. Es decir, de un acto en el que las partes consuman la compraventa concertada, mediante la transmisión de la propiedad de aquella por parte del vendedor y la entrega del resto del precio pendiente de pago por parte del comprador. Por ello, cualquier acuerdo novatorio que las partes quieran introducir en este segundo momento debe plasmarse de forma expresa, clara e inequívoca.

⁴⁷¹Cfr. Echevarría Summers, F. M. (2013). “El contrato de compraventa de viviendas sobre plano”.

⁴⁷²SSTS Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) de 26 marzo 2007, 19 diciembre 1989 y 23 septiembre 1986 y SAP Málaga (Sec.5ª) de 8 mayo 2008.

⁴⁷³Arts. 10. b. 1 y 2 del RD 515/1989.

⁴⁷⁴Cfr. Soler Pascual, L. A. (2008). “Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción”.

⁴⁷⁵Cfr. Echevarría Summers, F. M. (2013). “El contrato de compraventa de viviendas sobre plano”.

⁴⁷⁶Cfr. Soler Pascual, L. A. (2008). “Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción”.

Con respecto a la naturaleza jurídica de este contrato de compraventa de vivienda en construcción o “*bajo plano*”.⁴⁷⁷ Desde que la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 17 febrero 1967, calificará este contrato como de compraventa de cosa futura, no en el sentido de un objeto futuro indefinido (amparado en el Art. 1271 del CC cuya posibilidad admite), sino de una vivienda futura definida y determinada que no existe en el momento mismo en que se crea la obligación, pero respecto de la cual hay seguridad o gran probabilidad de que llegará a existir (rechazando otras calificaciones, tales como la de promesa de venta,⁴⁷⁸ contrato mixto o de ejecución de obra, y compromiso o arrendamiento de obra), han sido numerosas las sentencias del TS que se han pronunciado sobre esta cuestión.⁴⁷⁹ En ellas, se considera imprescindible y definitivo para calificar de cosa futura la compraventa de una vivienda determinada en construcción: que el vendedor asuma no solo la obligación “*esencial y constitutiva de entregar al comprador*” la vivienda vendida, “*una vez que ésta ha alcanzado existencia real y física*”, sino también la de desplegar la actividad o diligencia necesaria para que dicha vivienda “*llegue a tener lugar*”, en el tiempo y con las condiciones y calidades convenidas, y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en el que se obligó, que por ello no reviste naturaleza precontractual. Por tanto, se asume también la obligación preparatoria de construir o promover la construcción de la vivienda a entregar. De tal manera que el contrato queda plenamente desnaturalizado, como tal venta de cosa futura, si el supuesto vendedor no contrae o se desvincula de la expresada obligación esencial de entrega.⁴⁸⁰

El TS califica a este contrato de cosa futura en su modalidad de cosa esperada “*emptio rei speratae*”⁴⁸¹ (contrato conmutativo), de manera que no se trata de una inexistencia total, a modo de venta de esperanza “*venditio spei*” (contrato aleatorio) sino de la concurrencia de un acontecimiento futuro previsto, sin condicionalidades convenidas expresamente, pendiente únicamente de su consolidación mediante la efectiva y materializada ejecución de su construcción. Es decir, que la existencia material de la vivienda futura en el momento de perfeccionarse el contrato se da como posible, cierta, determinada y precisa. En este contrato, el consumidor adquiere la vivienda exclusivamente en función de su terminación, y el vendedor, una vez que la ha terminado, asume la obligación de entregarla al comprador, que deberá pagar, obviamente, el precio pactado.⁴⁸²

En cualquier caso, esta modalidad de contrato de compraventa, tan absolutamente común en el mercado jurídico-inmobiliario, tiene la particularidad de ser un contrato “*complejo*”,⁴⁸³ sometido a la aplicación de algunas normas propias de los contratos de ejecución de obra (en particular, del Art. 1591 del CC), combinadas con las de la compraventa, pues en ella se combinan en el vendedor la obligación de entregar la vivienda una vez construida, y la obligación de construir o promover la construcción de la vivienda, como obligación de hacer, preparatoria y previa de la primera.

⁴⁷⁷STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 19 julio 2012.

⁴⁷⁸SAP Valencia (Sec. 7ª) de 3 octubre 2007.

⁴⁷⁹ Por orden cronológico se pueden citar las SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 30 octubre 1989, de 13 marzo 1990, 18 mayo 1992, 22 marzo 1993 y 15 febrero 1994.

⁴⁸⁰SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 11 junio 2013, 19 julio 2012, 22 marzo 1993, 1 julio 1992 y 30 octubre 1989.

⁴⁸¹En este sentido, se pronuncian las SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 30 octubre 1989, 1 julio 1992.

⁴⁸² STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 19 julio 2012 y 22 marzo 1993, 1 julio 92.

⁴⁸³STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 11 junio 2013, 19 julio 2012 y 7 noviembre 2008.

Nuestra doctrina, como indica Pinto Andrade, C. (2013, p. 65), ha admitido que el vendedor asume tanto la obligación de construir o promover la construcción de la vivienda como la de entregarla, diferenciando, dentro de la primera obligación, dos tipos de tareas: la de gestión, que comprende “*la financiación de la obra, tramitación de permisos y Licencias y la contratación de la empresa constructora, si no se asume esa función, y de técnicos (Arquitecto Superior, Aparejador, proyectista, ect.)*”. Y, la ejecutiva, que comprende “*la programación y coordinación de todas las labores que producen el resultado*” de la vivienda terminada, tales como dirección facultativa, construcción estricta, conclusión y entrega de la obra al promotor.⁴⁸⁴

En definitiva, la naturaleza jurídica de este singular contrato de compraventa de vivienda futura, es de conformidad con Echevarría Summers, F. M. (2013, p.1104) “*compleja o mixta*”, ya que junto a las obligaciones propias de todo contrato de compraventa, concurren toda una serie de obligaciones más propias del contrato de ejecución de obra.⁴⁸⁵

2. Requisitos y documentación previa en la venta de viviendas en proyecto o en construcción

El proceso a través del cual se realizan las ventas de viviendas en proyecto o en construcción, en el marco de una actividad empresarial o profesional, se inicia con la adquisición de un terreno, a partir del cual se diseña el proyecto de la obra a ejecutar, tras su desarrollo, se llevan a cabo varias tareas conducentes a ejecutar la construcción,⁴⁸⁶ y a cumplir los requisitos exigidos para la promoción y venta de las viviendas. Entre estas tareas, destaca obtener la financiación, las licencias y autorizaciones administrativas para comenzar la construcción de la obra,⁴⁸⁷ y la garantía de la devolución de las cantidades anticipadas, a cuenta del precio con sus intereses. Esta garantía, conlleva la obligación de contratar un seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras o un aval solidario emitido por entidades de crédito,⁴⁸⁸ antes de la recepción de la obra por el promotor.⁴⁸⁹

Otro requisito previo a la promoción y venta de las viviendas consiste en aperturar en una entidad de crédito una cuenta especial en la que se deberán percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a cuenta del precio durante la construcción.⁴⁹⁰

Finalizada la construcción y obtenida la licencia de primera ocupación, la vivienda estará lista para su entrega. Las ventas sobre plano, se realizan, por lo general,

⁴⁸⁴ Cfr. Pinto Andrade, C. (2013). *El contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento: controversias habituales entre compradores y promotores inmobiliarios*.

⁴⁸⁵ Cfr. Echevarría Summers, F. M. (2013). “El contrato de compraventa de viviendas sobre plano”.

⁴⁸⁶ Con el objetivo prioritario de regular el proceso de la edificación se promulgo la LOE cuyo Capítulo II (Arts. 3 a 7) regula las exigencias técnicas y administrativas de la edificación.

⁴⁸⁷ Art. 5 de la LOE.

⁴⁸⁸ Ap. Uno 1. a) de la DA 1ª de la LOE. 6

⁴⁸⁹ Art. 6 de la LOE.

⁴⁹⁰ Ap. Uno 1. b) de la DA 1ª de la LOE.

en el intervalo que va desde la obtención de la licencia de la obra,⁴⁹¹ hasta antes de concluir la vivienda, y aunque jurídicamente no parece existir inconveniente en la promoción y venta de viviendas antes de obtener la licencia de obra, las exigencias de información impuestas por el RD 515/1989, lo hacen prácticamente inviable antes de obtenerla.⁴⁹²

La legislación de algunas CCAA sujeta a ciertos requisitos la puesta en el mercado de estas viviendas y los mismos condicionan también la percepción de cantidades a cuenta. Estas Leyes autonómicas, no solo continúan vigentes tras la modificación operada en la redacción de la DA 1ª de la LOE por la DF 3ª de la Ley 20/2015, sino que su interés se pone de manifiesto, más que nunca, cuando la DA 1ª de la LOE en su ap. Siete dedicado a las “*infracciones y sanciones*” que conllevan el incumplimiento de las obligaciones impuestas en esa disposición, se remite de forma expresa a la aplicación de lo previsto en la “*normativa propia de las Comunidades Autónomas*”. En cambio, con la redacción de la Ley 57/1968 no se establecía remisión alguna a ellas. Sin perjuicio, de que durante su vigencia coexistieron ambas regulaciones, lo cierto es que en ella no se encontraban remisiones a las regulaciones autonómicas, en relación con la garantía de anticipos a cuenta en la compraventa de viviendas, pero tampoco en la DA 1ª de la LOE encontramos referencias a la legislación autonómica en esta materia, más allá de la ya comentada.

En este epígrafe solo nos detendremos en mencionar detalles de algunas de las leyes autonómicas que nos parecen más destacables. Entre ellas, cabe citar en Andalucía, el ya mencionado Art. 6 del Reglamento de información al consumidor que establece el contenido del DIA cuando la vivienda se adquiere en proyecto o construcción.

En la Comunidad Valenciana, los Arts. 14 y 15 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda,⁴⁹³ regulan los requisitos que el vendedor debe acreditar cuando la venta de las mismas se produzca en proyecto o en construcción. El primero hace referencia a “*la disponibilidad de los terrenos, proyecto técnico y licencia de obras*”, a la “*escritura de declaración de obra nueva en construcción y constitución del régimen de propiedad horizontal, así como certificación registral en la que consten, las cuotas de participación en los elementos comunes y los estatutos de la comunidad de propietarios o proyecto de estatutos de la junta de comunidad de propietarios*”. Y, por último, a “*la previsión de los plazos de finalización y entrega de las viviendas una vez acabadas*”.

En Cataluña, la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la Vivienda establece en su Art. 63, los requisitos previos para poder suscribir un “*contrato de transmisión de vivienda en construcción*” o para “*recibir cualquier cantidad a cuenta*”, entre los que cita: disponer de la licencia de edificación, ostentar la titularidad de un derecho sobre la finca que faculte para construir en la misma o para rehabilitarla, así como para transmitirla, tener otorgadas las garantías y los seguros legalmente exigibles y, por último, individualizar el crédito hipotecario para cada finca registral, en su caso.

⁴⁹¹ Art. 5 de la LOE.

⁴⁹² No obstante, antes de obtener la licencia de obra, en Extremadura el Art 30.1.1. de la Ley 3/2001, de la Vivienda, permite firmar documentos de “*señal y reserva*” y, en Galicia el Art. 21 de la Ley 8/2012, de vivienda, permite pactar la reserva de una vivienda de futura construcción.

⁴⁹³ BOE núm. 281, de 22 de Noviembre de 2004.

Entre estos cuatro requisitos, no se hace referencia alguna a la necesidad de haber redactado el proyecto técnico completo de carácter ejecutivo de la edificación, ni a los plazos de finalización y entrega de las viviendas terminadas, requisitos a los que aludía el Art. 21 de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de vivienda,⁴⁹⁴ que hacía necesario prever el régimen jurídico de la edificación proyectada, incluyendo el régimen jurídico de protección al que pretendía acogerse la vivienda, las servidumbres, las cargas y los gravámenes que la afectarían, las condiciones económico-financieras de la compraventa, los coeficientes de participación de la vivienda en el inmueble, en su caso. Y, el proyecto de estatutos de la futura comunidad de propietarios o, si no había sido elaborado, la consignación de que faltaba.

En Extremadura, la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda, establece en el Art. 30 los requisitos previos a la venta de viviendas en proyecto o construcción. Su ap. 1.1 permite que, antes de la obtención de la licencia de obra, se puedan firmar documentos de "*señal y reserva*", y "*recibir las correspondientes cantidades a cuenta*", para ello se exigen dos requisitos al promotor, el primero es que tenga necesariamente "*disponibilidad de un terreno debidamente calificado*" y el segundo que haya solicitado la "*Licencia Urbanística de obras*". Y, el ap. 1.2 establece que "*en el caso de que la Licencia Urbanística de Obras no se conceda en el plazo de tres meses desde el momento en que se formalizó la reserva de la vivienda y se entregó la señal*", o "*cuando la concesión de aquélla implicase modificaciones en el proyecto que afectasen a la vivienda objeto de reserva*", el titular de la reserva podrá optar entre mantener la señal y optar a la compra de la vivienda o retirarla, desistiendo en este caso de la compra. Según Cordero Lobato E. (2006, p.19) los documentos de "*señal y reserva*" no son una "*promesa de compraventa*", pues el consumidor titular de la reserva, tiene reconocido el derecho a elegir si quiere "*mantener la señal y optar a la compra de la vivienda*" o si quiere "*retirarla, desistiendo en este caso de la compra*" en los casos que al promotor no se le haya concedido dentro de plazo la Licencia de Obras, o cuando la licencia concedida implique modificaciones en el proyecto que afecten a la vivienda objeto de reserva.⁴⁹⁵ En todo caso, el Art. 30.2 de esta Ley 3/2001 considera necesario para formalizar "*contratos de compraventa, y para recibir cantidades a cuenta de una vivienda que esté en proyecto o en construcción*" disponer de los siguientes requisitos: licencia urbanística de obras inmediatamente ejecutiva, disponibilidad de los terrenos, debidamente justificada,⁴⁹⁶ proyecto de ejecución con el visado que sea preceptivo y presentado en el Ayuntamiento, previsión de plazos de terminación y entrega de las viviendas, y por último, previsión del régimen jurídico de la edificación.

En Galicia, el Art. 20 de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda, establece la correspondencia que debe existir entre la construcción de la vivienda y el proyecto de obra, sin indicar, como si hacía en cambio el Art. 19 de la Ley 4/2003, los requisitos previos que debe cumplir la compraventa de este tipo de viviendas.⁴⁹⁷ No obstante, su

⁴⁹⁴ Vigente hasta el 9 de abril de 2008.

⁴⁹⁵ Cfr. Cordero Lobato, E. (2006). "La legislación civil autonómica relativa a la construcción ya la vivienda". *InDret*, vol. 2, pp. 26.

⁴⁹⁶ Cuando este artículo se refiere a la disponibilidad de los terrenos, debidamente justificada, se entiende que es necesario un título que justifique de la disponibilidad de los terrenos sobre los cuales se ha proyectado la vivienda.

⁴⁹⁷ El Art. 19 de la Ley 4/2003, vigente hasta el 20 de abril 2009 fecha de entrada en vigor de la Ley 18/2008, vigente hasta el 13 de agosto de 2012, disponía que, para formalizar contratos o precontratos de compraventa de viviendas en un edificio o percibir cantidades a cuenta del precio, el promotor debía

Art. 21, al hacer mención al pacto de reserva de una vivienda de futura construcción, establece que siempre que el promotor reciba cantidades de dinero en concepto de reserva deberá formalizarse por escrito, en éste escrito es obligatorio señalar "*las fechas estimadas de inicio y final de obra, así como la prevista para que pueda formalizarse el contrato*", además "*las características esenciales de ubicación*" de la vivienda dentro del edificio, "*la superficie aproximada y el precio máximo de venta en que se considera que podrá ofrecerse finalmente en el mercado*". En virtud de este pacto de reserva, el promotor, a cambio de un anticipo, que en ningún caso podrá superar el 1 % del precio máximo de venta estimado, descontando impuestos, se comprometa a no enajenar la vivienda a terceros y a conceder al reservista la facultad de decidir la celebración del correspondiente contrato de compraventa, una vez disponga de la documentación indicada en el Art. 18. En el escrito, se debe especificar el plazo dentro del cual, en su caso, el reservista podrá ejercitar dicha facultad, que no podrá exceder de quince días hábiles, a contar desde la fecha en que sea requerido por el promotor de forma fehaciente para ejercitar su derecho. En caso de que el consumidor interesado en la adquisición de la vivienda decida finalmente perfeccionar la compraventa, las cantidades abonadas se consideran, en todo caso, adelantadas a cuenta del precio total de esta. Pero si decide no formalizar el contrato de compraventa dentro del plazo establecido, perderá la señal entregada. No obstante, procederá la devolución duplicada de las cantidades anticipadas, con los correspondientes intereses legales, cuando no pudiese formalizarse el contrato de compraventa dentro del plazo previsto por no cumplir el promotor las obligaciones impuestas en la presente ley. Y, cuando el precio de venta definitivamente establecido por el promotor supere el precio máximo inicialmente estimado, salvo que se trate de mejoras de calidad solicitadas o aceptadas expresamente por la persona interesada en la compra.

Según, Cordero Lobato, E. (2006) los documentos de "*reserva*" de vivienda futura mencionados en el Art. 21 de la Ley 8/2012 de Galicia no son una "*promesa de compraventa*", pues, al igual que en la mencionada Ley 3/2001 de Extremadura, el consumidor titular de la reserva, tiene reconocido el derecho a elegir si formaliza o no la compraventa.⁴⁹⁸

Con el cumplimiento de estos requisitos previos a la puesta en el mercado de viviendas en proyecto o en construcción se tiende a proteger al consumidor adquirente de vivienda futura. Sin embargo, como pone de manifiesto, Cordero Lobato, E. (2006, p.19) no todos afectan al interés contractual de éste en el mismo momento. La disponibilidad de la licencia de obra y de los terrenos sobre los que se pretende edificar afectarán al interés contractual del consumidor en el momento de la entrega de la vivienda (porque sin la licencia de obra "*no será posible solicitar la licencia de primera ocupación*" ni, por tanto, utilizar la vivienda; y si se ha edificado de mala fe en terreno ajeno los adquirentes se verían expuestos a perder la vivienda a resultas de la aplicación del Art. 362 CC). Antes de ése momento, la protección del consumidor no parece que pueda resultar menoscabada por el hecho de que el promotor carezca de licencia o de disponibilidad sobre los terrenos. Lo mismo sucede, con la exigencia de que el proyecto técnico esté completo, siempre que finalmente la vivienda se ajuste a la información

cumplir previamente los siguientes requisitos: Tener derecho sobre el suelo en que se vayan a emplazar, haber obtenido las pertinentes licencias de edificación y disponer del proyecto técnico de la obra y por último, otorgar la escritura de obra nueva.

⁴⁹⁸Cfr. Cordero Lobato, E. (2006). "La legislación civil autonómica relativa a la construcción ya la vivienda".

ofrecida al consumidor, a éste le es indiferente que el proyecto concluya después. Por el contrario, desde la puesta en el mercado de la vivienda en proyecto o en construcción, tiene que estar fijado el plazo de finalización y entrega de esta, y su régimen jurídico, pues sólo de esta forma podrán cumplirse obligaciones de información sobre la vivienda referentes por ejemplo a su entrega, servidumbres, cargas y gravámenes, y condiciones económico-financieras del contrato de compraventa.⁴⁹⁹

3. Garantías exigibles antes de la adquisición de la vivienda sobre plano

En la compraventa de vivienda sobre plano, el hecho de que la propiedad no se transfiera hasta su terminación expone al consumidor adquirente, durante el largo periodo en el que la construcción se prolonga, a una serie de riesgos. Coincido con Echevarría Summers, F. M. (2013, p.1103) que si la vivienda durante su construcción se encuentra en el patrimonio del promotor, “*la misma seguirá afecta al pago de sus deudas*” y por tanto, (a pesar de haber satisfecho aquél importantes cantidades a cuenta de la adquisición de la vivienda), la misma podrá embargarse por los acreedores del promotor, y si el promotor entra en concurso de acreedores, se podrá adjudicar en virtud de los créditos preferentes que se ostenten.⁵⁰⁰ A estos primeros problemas, hay que añadir unos segundos peligros o riesgos dimanantes de que el promotor no destine las cantidades anticipadas a la construcción de la vivienda, o bien no llegue a iniciarse la misma o no se concluya en la fecha convenida.

Estruch Estruch, J. (2009), al recordar como en los años 60 se produjeron situaciones gravísimas (en las que numerosas familias que anticiparon cantidades a cuenta para la adquisición de viviendas en construcción se quedaron sin vivienda y sin recuperar las cantidades que habían entregado, debido en algunos casos, a la comisión de auténticas estafas, como el caso de la constructora Esperanza, S.L.), llama la atención sobre el hecho de que en estos casos (en los que el comprador no tiene derecho a que se le entregue la vivienda, en tanto la misma no haya sido construida y finalizada) el comprador no tiene ningún privilegio o preferencia ante la insolvencia del vendedor, y desde luego, tampoco adquiere derecho real alguno sobre la vivienda hasta que se otorgue la correspondiente escritura pública a su favor o, en su caso, se le entregue la posesión física de la misma.⁵⁰¹

En estos casos, el comprador que no pueda llegar a adquirir la propiedad de la vivienda, tendrá que exigir a la promotora la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio, pero existe el riesgo de que ésta se encuentre en concurso de acreedores o en quiebra, y sea insolvente, situación que será tremendamente injusta, delicada, e insegura para el consumidor. Estos problemas, junto con los frecuentes incumplimientos que se producen en la entrega de estas viviendas, hicieron, necesario aprobar leyes tanto en el ámbito autonómico (a las que ya hemos hecho mención) como

⁴⁹⁹Cfr. Cordero Lobato, E. (2006). "La legislación civil autonómica relativa a la construcción ya la vivienda".

⁵⁰⁰Cfr. Echevarría Summers, F. M. (2013). "El contrato de compraventa de viviendas sobre plano".

⁵⁰¹Cfr. Estruch Estruch, J. (2009) "La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada por la Ley 57/1968, de 27 de julio, de Percepción de Cantidades Anticipadas en la Compra de Viviendas en Construcción", en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009, pp. 157-168.

en el estatal, que protegieran y establecieran garantías a favor de los consumidores evitando o paliando las consecuencias de los riesgos expuestos.

Con el objetivo de prevenir el riesgo de que el promotor no destinase las cantidades anticipadas a la construcción de la vivienda, o bien esta no llegase a iniciarse o no se concluyera en la fecha convenida se promulgo la ya derogada Ley 57/1968, pionera, antes de la CE, en la protección de los consumidores de viviendas.⁵⁰²

La Jurisprudencia cataloga a la Ley 57/1968 como una norma de aplicación imperativa o de “*ius cogens*”.⁵⁰³ Y, su Art. 7 establecía el carácter irrenunciable de los derechos recogidos por la misma. Como indica Casado Casado, B. (2016), la Ley prohibía los pactos que supusieran un menoscabo a la protección que otorgaba la norma, limitando la autonomía de la voluntad para evitar abusos por parte del empresario a los consumidores que se encuentran en una clara situación de desventaja.⁵⁰⁴

Precisamente con la intención de dotar “*de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor*”, entro en vigor el día 1 de enero de 2016, la Ley 20/2015 dando su DF 3 una nueva redacción a la DA 1ª de la LOE que regula la “*percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción*”.

De conformidad con Echevarría Summers, F. M. (2013, p.1105) “*el carácter futuro*” que tiene la vivienda comprometida en el momento de la perfección del contrato “*otorga mayor relevancia*”, si cabe, “*a las garantías que puedan establecerse a favor del comprador*”, que en la inmensa mayoría de los casos, y siempre en nuestro trabajo reúne la condición de consumidor. Estas garantías, para el anterior autor (2013, p.1106) se encaminan “*fundamentalmente en una doble dirección*”: por un lado, la relativa a la información a suministrar por el vendedor y, por otro, a “*la restitución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio de la vivienda*”.⁵⁰⁵

3.1. La publicidad y la información

La protección del consumidor adquirente de una vivienda sobre plano se manifiesta (como en todo contrato de compraventa de vivienda), aún antes de la celebración del contrato, desde el momento mismo de los denominados tratos preliminares. En este epígrafe, como ya hemos hecho referencia a la información previa al contrato,⁵⁰⁶ y a la idea de que los términos de la oferta en sentido amplio, incluida la publicitaria, se integran en el contrato y tienen carácter vinculante para el empresario,⁵⁰⁷ solo nos detendremos en destacar las modificaciones introducidas por la DF 3ª de la Ley 20/2015 en la redacción de la DA 1ª de la LOE, para dilucidar si estas garantías

⁵⁰²La jurisprudencia del TS en Sentencias de la Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 20 enero 2015 y la del Pleno de 30 abril 2015 han avanzado en la línea de esa interpretación.

⁵⁰³ SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 23 mayo 2014, 13 septiembre 2013.

⁵⁰⁴ Cfr. Casado Casado, B. (2016). Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4. pp. 23.

⁵⁰⁵ Cfr. Echevarría Summers, F. M. (2013). “El contrato de compraventa de viviendas sobre plano”.

⁵⁰⁶ Art. 60 del TRLGDCU

⁵⁰⁷ Art. 61 del TRLGDCU.

exigibles por el consumidor antes de la adquisición de la vivienda se pueden considerar suficientes para su protección.

La integración de publicidad en el contrato y su carácter vinculante para el empresario, es una garantía que cobra verdadera importancia para el consumidor en la publicidad de la promoción de estas viviendas, por ello se obliga al promotor a cumplir unos requisitos previos a la fase contractual.

Al respecto, ya disponía el Art. 5 de la Ley 57/1968 que sería “*requisito indispensable*” que se hiciera constar en la publicidad que “*el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley*”. En los mismos términos, sin añadir nada nuevo, se expresa, en la actualidad, el ap. Seis de la DA 1ª de LOE, indicando, además que en ella se deberá hacer “*mención expresa de la entidad aseguradora o avalista garante, así como de la entidad de crédito en la que figura abierta la cuenta especial en la que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas*”.

La modificación operada por la Ley 20/2015 en la DA 1ª de la LOE, y la derogación de la Ley 57/1968 no afectan en nada al RD 515/1989 que sigue en vigor, por lo que serán de aplicación los Arts. 2, 3.1, y 8 que disponen que la campaña publicitaria de captación de potenciales compradores de viviendas sin construir, de un lado debe ser veraz y no engañosa y, de otro lado, tiene carácter vinculante o contractual para el promotor aun cuando después no se refleje expresamente en el contrato, y se deberá hacer referencia a las garantías constituidas para garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores.⁵⁰⁸ Sobre los efectos de la publicidad en la determinación del contenido obligacional de los contratos de compraventa de viviendas en construcción ya se pronunció la STS Sala de lo Civil, Sec.1ª, de 18 febrero 2014.

Asimismo, hay que destacar que en estas compraventas en la fase previa a la entrega de la vivienda y consiguiente transmisión de la propiedad, como hemos expuesto, se firma un contrato privado cuyo contenido y efectos, en mi opinión presentan gran complejidad para un consumidor medio. En estos casos, el desequilibrio informativo existente entre promotor y consumidor, e incluso la inexperiencia negocial del consumidor adquirente, se han tratado de paliar por el legislador, imponiendo a los promotores unos deberes de información precontractual a los que se aplican las normas ya expuestas del TRLGDCU, del RD 515/1989, y de la normativa autonómica, tratando que el comprador pueda realizar antes de que quede vinculado por el contrato correspondiente lo que Soler Pascual, L. A. (2008,p.99) llama una “*valoración correcta sobre las características físicas, económicas y jurídicas de la vivienda a adquirir*”.⁵⁰⁹

Por ello, entre las garantías exigibles, antes de la adquisición de la vivienda debemos incluir la información que se debe hacer constar expresamente en el contenido mínimo de estos contratos privados. El ap. Tres de la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015), en términos parecidos, al Art. 2 de la Ley 57/1968, se ocupa de ella (con independencia del tenor literal de su rúbrica “*información contractual*”). Así, entendemos, de conformidad con Sanjuán y Muñoz, E. (2015, p.11)

⁵⁰⁸ SAP Alicante (Sec.9ª) de 23 mayo 2012.

⁵⁰⁹Cfr. Soler Pascual, L. A. (2008). "Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción".

que se refiere a ella como: “*información previa a la formalización de contrato privado*”.⁵¹⁰

El ap. Tres de la DA 1ª de la LOE, establece que en “*los contratos para la adquisición de viviendas en que se pacte la entrega al promotor*”, de cantidades anticipadas “*deberá hacerse constar expresamente*”: a) que el promotor se obliga a devolver al adquirente “*las cantidades percibidas a cuenta*”, incluidos “*los impuestos aplicables*” más “*los intereses legales*” en caso de que “*la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda*”; b) la referencia al “*contrato de seguro o aval bancario*” con indicación de la “*denominación de la entidad aseguradora o de la entidad avalista*”. Y, c) “*la entidad de crédito*” y el número de la cuenta “*a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado*”. Además, se establece, que en el momento del otorgamiento de este contrato se hará entrega al adquirente del documento que acredite la garantía de las cantidades anticipadas.

Comparando la nueva regulación, con el Art. 2 de la Ley 57/1968, concluimos que en ella no se añade nada nuevo, salvo que las cantidades que habría que devolver son “*las cantidades percibidas a cuenta*”, incluyendo “*los impuestos aplicables*” a los que antes no se hacía referencia y “*los intereses legales*” que ahora son más beneficiosos para el consumidor, que el interés punitivo del 6% de interés anual de las cantidades percibidas, fijado inicialmente por la Ley 57/1968, y que al ser más bajo que el interés legal del dinero, beneficiaba el incumplimiento del promotor, en perjuicio del consumidor, por ello, fue objeto de modificación por la letra c) de la DA 1ª de la LOE que establece que el interés será el legal del dinero.

En mi opinión, estas garantías impuestas a la publicidad y a la información previa, por sí solas no parecen suficientes. El legislador pretende proteger al consumidor imponiendo al promotor el deber de aportarle una información, cada vez más técnica, precisa, y compleja. Pero, toda esta extensa información, no protege al consumidor si éste no la puede comprender, o no puede cumplirse. Por ello, se considera que sería recomendable que le informase un tercero imparcial y ajeno al contrato privado, por ejemplo, un letrado o un notario que no interviene en la formalización del mismo, y le podrían, no solo informar de forma más eficaz y transparente que el promotor, sino también asesorar jurídicamente de forma gratuita.⁵¹¹

Pero, además como indica, Calatayud Sierra, A. (2015, p.31-32) nada impediría “*adelantar el otorgamiento de la escritura pública de carácter obligacional, en la que se acuerde que la entrega de la vivienda y la adquisición de la propiedad se retrasen hasta determinado momento*”⁵¹². Para el anterior, la intervención notarial en esta fase precontractual, sería una “*solución idónea, que contribuiría a dotar de mayor seguridad jurídica la contratación*”, sobre todo para el adquirente, porque adelantar el otorgamiento de la escritura pública evitaría la peligrosa fase del documento privado, a

⁵¹⁰ Cfr. Sanjuán y Muñoz, E (2015). “Prólogo” en *Compra sobre plano. Cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Regulación y comentarios*. Ed. Ley 57, pp. 106.

⁵¹¹ <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/compraventa-de-vivienda>

⁵¹² Cfr. Calatayud Sierra A. (2015). Introducción *Acceso a la vivienda y contratación*. Parra Lucan, M., Valencia. Tirant Lo Blanch, pp. 30-32.

la que este último, acude en muchas ocasiones sin el debido asesoramiento y se ve compelido a firmar documentos cuyo contenido y efectos no siempre comprende bien. Téngase en cuenta que, una vez celebrado el contrato en documento privado, lo pactado en él es obligatorio para las partes, sin que la posterior intervención notarial en el momento de otorgarse la escritura pública pueda modificar su contenido, si no hay acuerdo entre las partes; y que es precisamente la fase previa a la entrega de la vivienda la que genera más conflictos.

No obstante, si con esta escritura pública tampoco se trasfiere la propiedad al adquirente, podríamos pensar que el riesgo que implica que la vivienda durante la fase de construcción permanezca en el patrimonio del promotor y no se transfiera hasta su terminación, no queda cubierto por ninguna garantía, y persiste el carácter arriesgado⁵¹³ de estas adquisiciones. Pero lo cierto, es que la escritura pública, en la que se pacte que la entrega de la vivienda, y la adquisición de la propiedad se retrasen hasta determinado momento, parece que no privaría al adquirente de la protección registral, y con ella se lograría una protección más eficaz del consumidor.

3.2. Garantías sobre las cantidades anticipadas a cuenta del precio

Seguidamente, hemos de abordar las garantías de que dispone el consumidor que anticipa determinadas cantidades al promotor a cuenta del precio final de la vivienda, antes de iniciar su construcción o durante la misma, es decir, sin estar en posesión de la misma. Coincido con Soler Pascual, L. A. (2008, p.102) Soler, en que estas garantías también deben incluirse entre las garantías anteriores a la adquisición de la vivienda porque normalmente vienen establecidas “*en el contrato privado*”, y cuando la construcción de la vivienda no se ha iniciado o iniciada, no ha concluido, de tal manera que “*aún no se ha adquirido el dominio*” sobre la vivienda.⁵¹⁴

La principal garantía que tiene el consumidor de estas viviendas, vino representada por la derogada Ley 57/1968. No en vano, esta norma se promulgo de conformidad con el anterior autor (2008), en primer lugar, con la finalidad de prevenir que el promotor se gastase las cantidades recibidas a cuenta del precio, sin invertirlas en la construcción. En ella, se trató de garantizar su aplicación a la misma, imponiendo al promotor la obligación de abrir una cuenta especial en una Entidad de crédito en la que deberían depositarlas, con separación de cualquier otra clase de fondos, y de las que únicamente podrían disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Y, en segundo lugar, para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas, en caso de que la construcción no se llevara a efecto o no llegase a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido, se impuso al promotor la obligación de concertar un contrato de seguro o aval solidario.⁵¹⁵

Con estas garantías, la Ley 57/1968, inicio un sistema de protección del consumidor adquirente de vivienda sobre plano, que fue seguido por la DA 1ª de la

⁵¹³ STS (Sala de lo Civil) de 8 marzo 2001, de 22 septiembre 2005 y, de 7 febrero 2006.

⁵¹⁴ Cfr. Soler Pascual, L. A. (2008). "Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción".

⁵¹⁵ Cfr. Soler Pascual, L. A. (2008). "Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción".

LOE. De ahí, que las modificaciones introducidas por ésta en el régimen de la Ley 57/1968 quisieran mantener la vigencia de sus mandatos y, gran parte de su virtualidad, al establecer que la percepción “*de cantidades anticipadas*” por los promotores se cubrirá mediante “*un seguro*” que indemnice el incumplimiento del contrato “*en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968*”. Y, que “*Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias*”, se aplicarán con las siguientes modificaciones: a) su aplicación a la promoción de toda clase de viviendas,⁵¹⁶ b) la extensión de la garantía citada en la Ley 57/1968 a cualquier efecto cambiario cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley,⁵¹⁷ c) la devolución garantizada comprendió las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución,⁵¹⁸ y d) las multas por incumplimiento a que se refiere el Art. 6 de la citada Ley, se impondrá por las CCAA, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25% de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de éstas.

Al analizar estas modificaciones, lo primero que llama la atención, en la redacción de la DA 1ª de la LOE es que sólo contemplase, una modalidad de garantía, el seguro de caución. No obstante y, sin que se pueda razonar ésta omisión, en la práctica siguió siendo posible la prestación de la garantía legal por medio de un aval o fianza solidaria prestada por una entidad de crédito.

En mi opinión, como con las modificaciones introducidas por la DA 1ª de la LOE, se continuaba garantizando, solo la devolución de las cantidades anticipadas con el correspondiente incremento, en caso de incumplimiento del promotor, dejando sin cobertura el resto de los riesgos antes descritos a los que se exponía el consumidor. Podemos afirmar que, a pesar de las mejoras introducidas por aquella, persistía el carácter arriesgado de estas adquisiciones. Por tanto, las modificaciones introducidas por la LOE en la Ley 57/1968, no fueron suficientes para subsanar sus deficiencias y el consumidor continuaba sin contar con una protección eficaz.

Con la intención de dotar “*de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor*” se promulgo la Ley 20/2015, que indica en su Preámbulo que, como “*alternativa a la suscripción obligatoria de un seguro*”, se introduce en la LOE “*la obtención de una garantía financiera*” que permita cubrir “*el mismo riesgo*”. Eliminando, entre otros aspectos, el régimen actual basado en un sistema dual de pólizas (pólizas colectivas y certificados individuales de seguros de caución), y llevando a cabo otras modificaciones referidas a la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción.

Para el logro de ese objetivo su DF 3ª establece que se modifica la LOE, en los siguientes términos: Uno. Se da una nueva redacción al Art. 19 para establecer que

⁵¹⁶ A diferencia de la Ley 57/1968, del tenor literal de la letra a) de la DA 1ª de la LOE, no se desprende que queden excluidos de su ámbito de aplicación la adquisición de vivienda cuyo destino final no sea destinar la misma a residencia familiar o domicilio precisamente del adquirente. Protegiendo, por tanto, al consumidor inversor particular.

⁵¹⁷ La entrega de efectos cambiarios ya se equiparaba al pago, en el Art. 1170 del CC y en la STS Sala de lo Civil de 22 septiembre 1997 que venía imponiendo el régimen de garantía de la Ley 57/1968 a los pagos adelantos realizados mediante letras de cambio. En este sentido, hay que citar las SSTS Sala de lo Civil de (Sec. 1ª) de 18 junio 2015, 25 noviembre 2014, 24 abril 2014 y la del Pleno de 20 enero 2015.

⁵¹⁸ Suprimiendo el interés punitivo del 6%, fijado inicialmente por la Ley 57/1968. En las SSTS, Sala de lo Civil (Sec1ª), de 9 y 17 marzo 2016, se incide en esta reforma.

además de “*los seguros de daños y de caución*”, es posible garantizar el resarcimiento de los daños materiales causados por vicios o defectos mediante una “*garantía financiera*”. Dos. Se modifica la DA 1ª dándole una nueva redacción.⁵¹⁹ Tres. Se añade una DT 3ª, para que “*las entidades aseguradoras*” se adapten al régimen introducido en la DA 1ª. Para ello “*deberán, antes del 1 de julio de 2016 y para las cantidades que se entreguen a cuenta a partir de esa fecha, adaptar las pólizas vigentes a 1 de enero de 2016 al régimen introducido*” en aquella. Y, cuatro. Se añade una disposición derogatoria 3ª que deroga la Ley 57/1986, el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas, y la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, en lo que pudiera estar en vigor.

La modificación que más interesa al objeto de este estudio, es la nueva redacción de la DA 1ª de la LOE que lleva por rubrica “*Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción*”.⁵²⁰ Con esta reforma Cómite Couto, C. (2015, p.26-41) indica que la garantía de las cantidades a cuenta “*perderá su regulación específica y pasa a integrarse*”⁵²¹ en la LOE, derogando la Ley 57/1968 y las Ordenes Ministeriales que la desarrollan, cuando el tema hubiera merecido una norma “*ad hoc*”.⁵²²

En la actualidad, el régimen de estas garantías ostenta una nueva regulación en la DA 1ª de la LOE, que de conformidad con Almarcha Jaime, J. (2015, p.163-164) es “*más exhaustiva*”, aunque “*no por ello menos problemática*”.⁵²³ En mi opinión, se respeta en un alto porcentaje la anterior regulación contenida en la derogada Ley 57/1968, introduciendo algunos cambios que como veremos a lo largo de este estudio se expresan en términos jurídicos ambiguos e imprecisos que lejos de aclarar cuestiones dudosas generan más confusión, por lo que continuamente se hace necesario recurrir a la interpretación a favor del consumidor, para de este modo conseguir continuar con la línea proteccionista comenzada en la Ley 57/1968 y seguida por la numerosa jurisprudencia que les da la razón a estos últimos.

El alcance del régimen de estas garantías se establece en el ap. Uno de la DA 1ª de la LOE que señala las “*Obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas*”. Indicando en su punto 1, que aquellos deberán cumplir dos condiciones: la primera se recoge en su letra a) y consiste en garantizar, la devolución de las cantidades entregadas, mediante un contrato de seguro de caución o mediante aval

⁵¹⁹La propuesta de reforma de la DA 1ª de la LOE, que fue aprobada, se encuentra en la enmienda núm. 73 al Proyecto de la Ley 20/2015 formulada por el Partido Popular.

⁵²⁰ Su texto proviene de la enmienda núm. 45 que hizo el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de esta ley. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 12 mayo 2015.

⁵²¹ Cfr. Comite Couto, C. (2015). *Compra sobre plano. Cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Regulación y comentarios*. Ed. Ley 57, pp.106.

⁵²²la Orden -del Ministerio de Vivienda- 5 de octubre de 1968 (que constituye un desarrollo del Art. 5 de la Ley 57/1968) y la Orden -del Ministerio de Hacienda- de 29 de noviembre de 1968, que establecía determinadas condiciones para las entidades aseguradoras, respecto al seguro de afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta en la compraventa de viviendas BOE núm. 282, de 5 diciembre 1968.

⁵²³ Cfr. Almarcha Jaime, J. (2015). "Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)." *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 15, pp. 152-177.

solidario.⁵²⁴ Y, la segunda se recoge en su letra b) y consiste en abrir una cuenta especial en una entidad de crédito con la finalidad de percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de ellas, con separación de otra clase de fondos del promotor.⁵²⁵

A continuación, vamos a exponer las novedades que nos parecen más destacables en la nueva redacción de la letra a) del ap. Uno. 1 y 2. Lo primero, que llama la atención, es que se vuelva a mencionar de forma expresa las dos garantías que introdujo la Ley 57/1968. De manera, que podríamos pensar que ahora el promotor puede volver a elegir entre contratar un seguro de caución o un aval solidario. Sin embargo, en la práctica, nunca ha dejado de hacerlo, aun cuando la DA 1ª de la LOE antes de la modificación operada por la Ley 20/2015, lo omitiese.

Entre las verdaderas novedades de la DA 1ª de la LOE, se encuentra que el ap. Dos, establece de forma expresa y por separado, los requisitos que deben cumplir los seguro de caución y los avales solidarios, eliminando el sistema dual de pólizas (pólizas colectivas y certificadas individuales de seguros de caución), de los que nos ocuparemos en los siguientes epígrafes.⁵²⁶

Otra de las novedades más importantes, y también una de las que sin duda más controversias ha suscitado, se encuentra en que se establece, por primera vez, el momento a partir del cual el promotor está obligado a garantizar la devolución de las cantidades entregadas, indicando que se deben garantizar “*desde la obtención de la licencia de edificación*”.

La Ley 57/1968 establecía la obligación sin indicar el momento desde el cual había que constituir la garantía. Por ello, como indica Almarcha Jaime, J. (2015, p.163) se planteó la duda sobre “*si la garantía se extendía a las cantidades anticipadas antes de la fase de construcción*” o si, por el contrario, “*se iniciaba al inicio de dicha fase*”.⁵²⁷ Esta duda, originó un gran debate en los tribunales, pero afortunadamente la Jurisprudencia del TS al amparo de la Ley 57/1968, garantizó a los adquirentes, en perjuicio de las entidades aseguradoras, la devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas,⁵²⁸ incluso antes de iniciarse la construcción.⁵²⁹ De ahí, que no se alcance a

⁵²⁴ Ap. Uno. 1. a) de la DA 1ª de la LOE “*Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda*”.

⁵²⁵ Ap. Uno. 1. b) de la DA 1ª de la LOE “*Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior*”.

⁵²⁶ La Ley 57/1968, no regulaba los requisitos que debía reunir la garantía prestada mediante seguro de caución, puesto que la Orden de 29 de noviembre del mismo año, sobre el Seguro de Afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, ya lo establecía.

⁵²⁷ Cfr. Almarcha Jaime, J. (2015). “Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)”.

⁵²⁸ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 1 de junio 2016, y (Pleno) de 30 abril 2015. Esta última declara que “*Las cantidades objeto de protección por mor de la Ley 57/1968, son todas aquellas que fueron*

comprender como para el anterior autor (2015, p.163) con la nueva redacción “*el tema queda zanjado*”, en el sentido de garantizar las cantidades adelantadas solo “*desde la obtención de la licencia de edificación*”, quedando excluidas de la garantía las cantidades entregadas antes de obtenerse la licencia de obra.⁵³⁰

En mi opinión, la nueva redacción no parece clara. De conformidad con Sillero Crovetto, B. (2016, p.76) consideramos que lo que establece el ap. Uno. 1.a) es el momento en que “*nace*” la obligación para promotor de prestar garantía.⁵³¹ Y, con Casado Casado, B. (2016, p.6) que lo que la nueva redacción pretende realmente es establecer el momento desde el cual sería conveniente que el promotor recibiera cantidades anticipadas, momento que coincide con el cumplimiento de la legalidad urbanística que es cuando se obtiene la licencia de obra, y se puede comenzar a construir.⁵³² Por ello, pensamos que la finalidad de la ley es obligar al promotor a contratar la garantía desde “*la obtención de la licencia de edificación*”. Pero, una vez constituida, en caso de incumplimiento, aseguradora o avalista están obligadas a restituir al consumidor la totalidad de las cantidades anticipadas.⁵³³ En mi opinión, la garantía una vez constituida cubre la totalidad de las cantidades anticipadas incluso las entregadas antes del inicio de la construcción de la vivienda.

Se considera, que solo con esta interpretación realmente, y de forma efectiva se protege al consumidor que anticipe cantidades, ajeno a si se tiene o no la licencia para construir, ya que en caso de incumplimiento del promotor, solo con esta interpretación se podrá exigir la restitución de la totalidad de las cantidades anticipadas independientemente del momento de la entrega, antes o después de obtenerse aquella.

En caso contrario, podríamos pensar como hace Almarcha Jaime, J. (2015), que no se garantizan las cantidades entregadas antes de obtenerse esta licencia.⁵³⁴ Y, esta última interpretación, supondría abandonar a su suerte al consumidor, dejándolo sin cobertura alguna precisamente en el momento que está más necesitado de protección por encontrarse más expuesto, si cabe aún, a los riesgos antes denunciados. Protección que por otra parte, ya le brindaba la Ley 57/1968, y la jurisprudencia que la avala les da

anticipadas por el comprador mediante el correspondiente ingreso en una cuenta bancaria, sea o no la cuenta especial concertada entre el promotor-vendedor y la entidad bancaria como cuenta ligada a la línea de avales”.

⁵²⁹STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 7 de julio 2016 y 13 septiembre de 2013.

⁵³⁰Cfr. Almarcha Jaime, J. (2015). "Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)".

⁵³¹ Cfr. Sillero Crovetto, B. (2016). “La protección del comprador de vivienda Ley 57/1968 versus Disposición Adicional Primera de la LOE”, *Revista de Derecho Civil* vol. III, núm. 3 (julio-septiembre, 2016) *Estudios*, pp. 49-92.

⁵³² Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

⁵³³Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

⁵³⁴Cfr. Almarcha Jaime, J. (2015). "Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)".

la razón,⁵³⁵ garantizando la devolución de todas las cantidades. Protección que no debemos ignorar, ni permitir que los consumidores pierdan en beneficio de las entidades. Y, a lo que parece no estar dispuesto tampoco el TS.⁵³⁶

A más abundamiento, solo con la interpretación que apoyamos, cobra sentido la Ley 20/2015 cuando proclama en el preámbulo que pretende dotar “*de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor*” Y, solo con ella se casa lo dispuesto en el ap. Uno. 1. a) con lo dispuesto en los apartados Uno. 2, y Dos. 1. b) y 2.a) de la DA 1ª de la LOE.

Por tanto, concluimos de conformidad con Casado Casado, B. (2016, p.6-7), que el ap. Uno. 1. a) de la DA 1ª de la LOE, impone de forma imperativa al promotor la obligación de constituir el seguro de caución o el aval solidario “*a partir de la obtención de la licencia de edificación*”. Pero, “*una vez constituida la garantía, aseguradora o avalista se obligan por la totalidad de los importes entregados*” con independencia de si se entregaron antes o después de obtenerse aquella licencia.⁵³⁷ De hecho, de conformidad con la anterior autora, y con Comitre Couto, C. (2015, p. 47), se debería “*anticipar la contratación de la garantía*”, pero “*condicionada siempre a la obtención de la licencia*” de obra, sin que ello signifique que las cantidades anticipadas antes por el consumidor no puedan ser devueltas y no queden garantizadas.⁵³⁸

No debemos olvidar que según el ap. Tres de la DA1ª en el momento del “*otorgamiento del contrato de compraventa*” en que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas, se deberá entregar al adquirente el documento que acredite la garantía. Por ello, coincido con Carrasco Perera, A. (2015), que se debería anticipar la contratación de la garantía al momento mismo de la primera entrega de cantidades.⁵³⁹ En mi opinión, solo de esta manera, en la actualidad, se continuara garantizando a los adquirentes, en perjuicio de las entidades aseguradoras, la devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas, sin límite cuantitativo, de igual modo a como lo viene haciendo la Jurisprudencia del TS al amparo de la Ley 57/1968.

Otra novedad, que se introduce en el ap. Uno. 2 de la DA 1ª de la LOE es que se indica expresamente que la garantía se extenderá a “*las cantidades aportadas*” por los adquirentes, incluidos “*los impuestos aplicables*”, a los que no se hacía referencia con anterioridad, más “*el interés legal del dinero*”. Sin que se establezca como indica Sillero Crovetto, B. (2016, p.78) “*límite cuantitativo*” a la garantía.⁵⁴⁰ Ni, en mi opinión a los intereses de esta.⁵⁴¹ Así, lo confirman el ap. Dos. 1. b) y, 2. a) cuando establecen que la suma asegurada por el seguro de caución y por el aval solidario incluirá “*la*

⁵³⁵STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 24 junio, 8 abril, y 9 marzo de 2016.

⁵³⁶ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 7 julio 2016 y 17 marzo 2016.

⁵³⁷ Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

⁵³⁸ Cfr. Comitre Couto, C. (2015). *Compra sobre plano. Cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Regulación y comentarios.*

⁵³⁹ Cfr. Carrasco Perera, A. (2015). “Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda” Disponible en <http://www.uclm.es/centro Noticias Consumo>.

⁵⁴⁰ Cfr. Sillero Crovetto, B. (2016). “La protección del comprador de vivienda Ley 57/1968 versus Disposición Adicional Primera de la LOE”.

⁵⁴¹ SSTS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) 30 abril 2015, y 5 mayo 2014.

cuantía total de las cantidades anticipadas” incrementada en el interés legal del dinero “desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor”. Además, si realmente de lo que se trata es de hacer una interpretación a favor del consumidor, el interés legal de las cantidades anticipadas, se debe computar de conformidad con Gallego Domínguez, I. (2015), desde el momento efectivo de su entrega,⁵⁴² y no como pretende Casado Casado, B. (2016), desde la obtención de la licencia de edificación.⁵⁴³

Mencionadas las novedades introducidas por la DF 3ª de la Ley 20/2015 en la obligación de garantizar las cantidades anticipadas, vamos a dedicarnos a continuación al estudio de la segunda exigencia impuesta al promotor en la letra b) del ap. Uno. 1 de la DA 1ª de la LOE. En esta, se mantiene la obligación de percibir las cantidades anticipadas en cuenta especial. Y, decimos se mantiene, porque en modo alguno constituye una novedad. El Art. 1.2 de la Ley 57/1968 ya establecía en los mismos términos, y con la misma finalidad, la obligación del promotor de abrir una cuenta especial separada de cualquier otro fondo perteneciente a éste, en un banco que bajo su responsabilidad exigía la garantía (seguro de caución o aval solidario) para su apertura. Tratando, de evitar el riesgo de que aquellas cantidades pudieran ser destinadas a otros fines distintos de los que le son propios.

Sillero Crovetto, B. (2016, p.75), de forma acertada indica que en la actualidad “no se distingue”, como sí se hacía en la Ley 57/1968, “entre cantidades entregadas a cuenta del precio de la compraventa” y “entregadas por otros conceptos, tales como reserva, opción, arras, etc.”, pero “siempre que dichas cantidades finalmente constituyan precio de la compraventa”.⁵⁴⁴

El ingreso en esa cuenta especial, se ha intentado concebir, en la praxis aseguradora, por las entidades que comercializan seguros de caución o avales, como una condición necesaria de la exigibilidad de la garantía, limitando su cobertura a las cantidades ingresadas por los compradores en la cuenta especial que el promotor debe disponer. No obstante, jurisprudencia consolidada,⁵⁴⁵ entre la que cabe citar las SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 1 junio de 2016, 16 y 13 enero 2015 y (Pleno) 30 abril de 2015, han declarado, que la existencia de esta cuenta especial, no es una condición de la exigibilidad de la garantía, porque los compradores no pueden controlar ni su apertura ni su mantenimiento, y que esta se extiende a todas las cantidades abonadas por el adquirente a cuenta de la vivienda, con independencia de si se ingresaron o no en la cuenta especial, al concebir el ingreso en esa cuenta especial como una obligación legal que corresponde cumplir al promotor a quien se le impone sea cual sea el medio o

⁵⁴²Cfr. Gallego Domínguez, I. (2015). “Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968 a la Ley de Ordenación de la Edificación reformada por la Ley 20/2015”, *Revista de Derecho Privado*, nº 6, pp. 23-74.

⁵⁴³ Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

⁵⁴⁴Cfr. Sillero Crovetto, B. (2016). “La protección del comprador de vivienda Ley 57/1968 versus Disposición Adicional Primera de la LOE”.

⁵⁴⁵La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 7 de julio de 2016 y 29 de junio de 2016 declararon que la apertura de la cuenta bancaria y el ingreso de las cantidades anticipadas en ella, en modo alguno es responsabilidad de los asegurados, y que sobre éstos no pueden recaer las consecuencias del incumplimiento del promotor. En idéntico sentido, ya se pronuncian, las de 30 diciembre 1998, y 8 marzo 2001.

forma en que las percibió. Es decir, *“no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial”*.

Por ello, coincido con Sillero Crovetto, B. (2016, p.77), cuando pone de manifiesto que según la doctrina jurisprudencial consolidada, *“se trata de una obligación impuesta al promotor, no al adquirente”* y que la única condición exigible a este sigue siendo *“la efectividad de las entregas”*.⁵⁴⁶ Y, con Casado Casado, B. (2016, p.7), en que para que las entidades con las que se contrató el seguro o el aval procedan a la devolución de todas las cantidades entregadas, en caso de incumplimiento del promotor, será necesario que el consumidor acredite sus entregas.⁵⁴⁷ Así, lo establece el ap. Dos 1. i) de la DA 1ª cuando establece que en ningún caso serán indemnizables *“las cantidades que no se acredite que fueron aportadas”*, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato. De ahí, que en mi opinión, el consumidor deba exigir cuando entrega cantidades algún documento o recibí a cuenta. Sin embargo, de conformidad con la anterior autora no debiera exigirse al consumidor *“un nivel de diligencia mayor como el que supone depositar el importe en cuenta especial abierta para esta finalidad, pues la existencia de esta cuenta especial escapa al control del adquirente”*.⁵⁴⁸

Por ello, en mi opinión, la inexistencia de una cuenta especial o la falta de ingreso en ésta, no deben obstar a la validez del contrato de seguro o aval solidario, ni debe exonerar de sus obligaciones a las entidades aseguradoras, ni a las de crédito que en caso de incumplimiento del promotor deberán indemnizar al adquirente restituyendo las cantidades entregadas y efectivamente acreditadas, independientemente de cómo se realizaran aquellas entregas, siempre que queden acreditadas. Se considera, intolerable que aquellas pretendan hacer valer que el ingreso en cuenta especial sea condición necesaria para proceder a la devolución de las cantidades entregadas, cuando tanto la redacción de la Ley 57/1968, como sus posteriores modificaciones, han sido contundentes, y claras, en el sentido de imponer a los promotores que perciban cantidades anticipadas dos obligaciones distintas que cubren riesgos distintos, siendo así obligación del promotor contratar una garantía para la devolución de las cantidades anticipadas, y una vez constituida esta garantía abrir una cuenta especial en una entidad de crédito que exigirá aquella, para a través de ella, y la debida separación percibir las cantidades anticipadas de las que solo deben disponer para atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Estas garantías, se conceden a favor, y en beneficio de los adquirentes, y son condiciones impuestas por la ley a los promotores para proteger a aquellos. Por ello, en caso de incumplimiento del promotor, aunque este no haya abierto la cuenta especial a la que está obligado, los adquirentes deberán ser siempre indemnizados por la entidad garante, porque la ley, ni los hacía, ni los hace responsables del incumplimiento del promotor.

⁵⁴⁶ Cfr. Sillero Crovetto, B. (2016). “La protección del comprador de vivienda Ley 57/1968 versus Disposición Adicional Primera de la LOE”.

⁵⁴⁷ Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

⁵⁴⁸ Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

De igual modo, como es obligación de la entidad de crédito, comprobar la existencia del seguro de caución o aval solidario, antes de proceder a la apertura de la cuenta especial, sería intolerable que si no la exigen, pretendan eludir sus responsabilidades, cuando el promotor no lleve a cabo la construcción, y no exista garantía. En estos casos, son ellas las que deben responder, al haber incumplido su deber de especial vigilancia, diligencia y control, indemnizando al comprador como lo hubiera hecho la entidad garante de estar suscrito el seguro o el aval.⁵⁴⁹ De modo, que la inexistencia del seguro o aval no impida al comprador poder reclamar su dinero a una entidad de crédito solvente como puede ser un banco.⁵⁵⁰

Afortunadamente, el ap. Uno, 1. b) de la DA 1ª junto, con la obligación impuesta al promotor de habilitar una cuenta especial, como medida de protección de los consumidores, continúa imponiendo obligaciones a las entidades de crédito que perciban las cantidades. Así, ya desde el momento de la apertura de esa cuenta especial, se impone a éstas, *“bajo su responsabilidad”*, la obligación de comprobar que el promotor ha suscrito la garantía. De modo, que no deberían abrir la cuenta sin que les sean aportados los seguros de caución o el aval solidario. Y, en caso contrario, si la abren sin exigir la garantía, deben asumir las responsabilidades que ello conlleve, al igual, que deben hacerlo cuando abriéndola no controlen sus movimientos ni el destino de las cantidades, o cuando conociendo el origen y naturaleza de los ingresos no abran una cuenta especial, sino una ordinaria.⁵⁵¹

⁵⁴⁹ En este sentido, la SAP de Alicante (Sec.9ª) de 25 junio 2010, aludiendo a la STS de 9 abril 2003 (RJ 2003, 2957) y a la (Sentencia de 15-11-1999 (RJ 1999, 8217)) declara que *la entidad financiera debe “asumir plenamente la garantía cuando se produce el siniestro, pues los compradores son terceros beneficiarios de una garantía prestada entre la promotora y la entidad financiera, y dicha entidad financiera cubre el alea derivado de la insolvencia o defectuoso cumplimiento del promotor...y es ella la que debe velar por el correcto discurrir de la relación de afianzamiento, vigilando su cumplimiento, exigiendo al promotor el ingreso en la cuenta especial, y requiriendo en caso de incumplimiento la posible cancelación del aval o la relevación de la fianza”*.

⁵⁵⁰ Así lo vienen reiterando la STS Sala de lo Civil de 19 de julio de 2004.

⁵⁵¹ En este sentido llama la atención la SAP de Burgos (Sec. 2ª) de 25 octubre 2012 cuando declara que *“la falta de prestación de las garantías impuestas legalmente también puede acarrear la responsabilidad de la entidad de crédito”*. Y que *“las entidades de crédito pueden convertirse en deudoras frente a los compradores por las cantidades percibidas por los promotores aun cuando no hayan sido avaladas”*. Nos encontramos ante una responsabilidad que se califica *“ex lege”* y que permitirá a los compradores, ante la insolvencia de la promotora, reclamar a la entidad de crédito la devolución de las cantidades anticipadas. Será requisito para el ejercicio de esta acción la producción de un *“daño”* que vendrá representado por el perjuicio económico del comprador que no puede obtener la restitución de las cantidades anticipadas en pago del precio. Esta acción encuentra su causa en la falta de diligencia de la entidad de crédito por la omisión de la obligación legal de exigir al promotor la constitución de las garantías para la apertura de cuentas o depósitos en la entidad y, muy especialmente, si se trata de la única entidad financiadora de la promoción inmobiliaria. El fundamento de derecho 3ª.- Razona su justificación en el beneficio que a estas proporciona la cuenta especial. Nótese que *“ciertas entidades, resultan muy favorecidas financieramente, pues no solo recibirían la prima del seguro o aval que debe abonar el promotor, sino que usualmente se benefician también financiando la promoción misma y subrogando a los compradores en una hipoteca concertada con el promotor, lucrándose en todo el proceso de promoción”*. En consecuencia, es la entidad que financia la promoción la que debe velar por el correcto discurrir de la relación de afianzamiento, vigilando su cumplimiento, y exigiendo al promotor el cumplimiento de las garantías debidas a los adquirentes de la vivienda que entregan cantidades a cuenta y esa exigencia será *“bajo su responsabilidad”*. En este caso, quedo acreditado que la entidad era la única entidad que financiaba la promoción en la que hicieron sus aportaciones los adquirentes, que era la única que se encargaba de toda la tramitación y gestión económica de la promoción y que, por lo tanto, actuaba como responsable única de la relación entre la entidad financiera y la promotora.

En este sentido, ya se pronunció la STS Sala de lo Civil Pleno de 23 marzo 2015 declarando que la entidad de crédito que abre la cuenta especial, asume la responsabilidad de que las cantidades ingresadas en dicha cuenta se destinan a los fines propios de la construcción, no pudiendo el promotor disponer libremente de ellas.

Además, no hay que olvidar que en la publicidad de la promoción inmobiliaria y en la información contractual hay que hacer mención expresa de estas garantías y de la denominación de la entidad garante, así como de la entidad de crédito en la que figura abierta la cuenta especial, generando en los compradores una confianza en la solvencia y seriedad del promotor que después no puede quedar defraudada, y en modo alguno cabe imputar a aquellos, ni hacerlos responsables de estas omisiones.

En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma, la garantía perderá toda su eficacia. Por esta razón, como consideran las sentencias mencionadas,⁵⁵² precisamente porque la entidad de crédito supo, o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, incurre en la responsabilidad.

En este sentido, tratando de determinar el alcance de la expresión “*bajo su responsabilidad*” cuando, las cantidades anticipadas, no se hayan percibido en una cuenta especial, sino en la única que el promotor tenía en la entidad de crédito codemandada, resuelve la STS Pleno de 21 diciembre de 2015. Fijando como doctrina jurisprudencial que “*las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad*”.⁵⁵³ Por tanto, las entidades no pueden negarse a indemnizar al consumidor adquirente si el promotor no depositó los anticipos en la cuenta especial o no suscribió la garantía. Este tipo de incumplimientos no pueden perjudicar al consumidor quien, en todo caso, debe cobrar su indemnización.

En mi opinión, serán excepcionales y difíciles de acreditar los casos en los que se pueda estimar el desconocimiento por parte de un banco de los ingresos de cantidades anticipadas y del destino de estas,⁵⁵⁴ porque como indican las SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) antes citadas y la de fecha 8 abril 2016, se impone al banco una obligación legal de vigilancia y control sobre el promotor cuyo incumplimiento determina la responsabilidad de éste frente al comprador, y más aún cuando, con frecuencia el banco en el que el promotor tiene abierta la cuenta especial es el mismo que se constituye en garante de las cantidades anticipadas por los compradores.

⁵⁵²La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 15 septiembre 2015, 30 abril 2015 y 13 enero 2015.

⁵⁵³La doctrina jurisprudencial fijada en la STS 21 diciembre 2015 se reitera en las SSTS, (Sec.1ª) de 9 marzo 2016 y 17 marzo 2016 en un caso en el que la entidad de crédito receptora de las cantidades anticipadas en una cuenta que no era la cuenta especial había avalado solamente una parte de esas cantidades y se oponía a responder de la otra por la inexistencia de cuenta especial y aval.

⁵⁵⁴ Un ejemplo fue la SAP Cádiz (Sec. 1ª) 27 marzo 2000. Se consideró que la única entrega que se hizo fue en metálico a la firma del contrato privado y que se pagó directamente al promotor que emitió el recibo, sin que ni siquiera conste que este dinero entregado se ingresara posteriormente en la cuenta que aquél mantenía abierta en la entidad desde hacía unos dos años aproximadamente, antes de suscribirse el contrato privado de compraventa

Por todo lo expuesto, no se alcanza a comprender como para Carrasco Perera, A (2015) y Almarcha Jaime, J. (2015, pp. 165-166) la operatividad de la cuenta especial se hace depender de que la entidad conozca que el promotor la abre para ingresar las cantidades adelantadas. Tampoco, se entiende como para el primer autor (2015) "*poco importa si la entidad financiera vigila que se concierte aquella garantía cuando se abra la cuenta*", si no se puede controlar que las cantidades se sigan ingresando en esta cuenta, ni que el saldo de la cuenta se aplique exclusivamente a atender la construcción.⁵⁵⁵ No se comparte, con los anteriores autores que la cuenta especial no suponga "*ningún tipo de garantía para los adquirentes*", o que sea objeto de crítica negativa que el legislador quiera hacer "*participe de cierto control a las entidades financieras*".⁵⁵⁶ Pues estas, no son terceros ajenos a la relación entre consumidor y el promotor.

En mi opinión, la cuenta especial, no ha constituido ninguna novedad, pero su mantenimiento tal y como se concebía en la Ley 57/1968 se valora de forma positiva. Sin perjuicio, de que se propongan soluciones para mejorar la gestión económica y el destino que el promotor de a las cantidades anticipadas, de forma que se minimicen los riesgos a los que se ve expuesto el consumidor. Esto, puede conllevar mejorar el tratamiento que la normativa bancaria haga del régimen operativo de estas cuentas o de las certificaciones de obra que los promotores podrían presentar a la entidad bancaria. Normativa que no es objeto de estudio, por lo que opinar de ello sería aventurado.

Por último, tampoco, se coincide con Carrasco Perera, A (2015), ni con Almarcha Jaime, J. (2015) en que la responsabilidad civil de estas entidades deba ser subsidiaria para el caso de que de que el promotor no cumpla con la constitución de la garantía exigible.⁵⁵⁷ En esta investigación, defendemos que la responsabilidad exigible a la entidad de crédito es directa, y por tanto solidaria respecto de la responsabilidad predicable del promotor. De forma que en base a lo declarado por la STS de 21 de diciembre de 2015, antes mencionada, se podría, dirigir la acción, de forma solidaria, contra la entidad bancaria, por considerarla responsable del daño o perjuicio causado al consumidor, al no haber exigido la garantía al promotor.

A continuación nos vamos a ocupar de la exigencia legal que se impone a los promotores de viviendas en proyecto o construcción, obligandolos a garantizar a los compradores la devolución de las cantidades anticipadas con sus intereses legales para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda. Esta garantía, puede prestarse por medio de un contrato

⁵⁵⁵ Cfr. Carrasco Perera, A. (2015). "Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda".

⁵⁵⁶ Cfr. Almarcha Jaime, J. (2015). "Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)".

⁵⁵⁷ Cfr. Carrasco Perera, A. (2015). "Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda"; Almarcha Jaime, J. (2015). "Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)".

de seguro de caución, o un aval bancario. El ap. Uno. 1 a) de la DA 1ª de la LOE al igual que hacía la Ley 57/1968, se refiere éstos, como las únicas garantías validas, de modo unitario e indistintamente, dejando en manos del garante la elección de la modalidad que se estime más adecuada.

La DA 1ª de la LOE establece en su ap. Uno. 1 a) que es una obligación del promotor que perciban cantidades anticipadas garantizar, su devolución, mediante un contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante un aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas. Y, en su ap. Dos de forma expresa y por separado indica los requisitos que deben cumplir estas garantías, eliminando el sistema de doble póliza (colectiva e individual), establecido en la Ley 57/1968 que como veremos no protegió de forma eficaz al consumidor.

a). El seguro de caución

El contrato de seguro de caución, del que nos vamos a ocupar aparece definido en el Art. 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS),⁵⁵⁸ como aquel contrato de seguro por cuenta ajena, por el cual *"el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato"*⁵⁵⁹. Además, de conformidad con éste precepto *"todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro"*.

Como indica López y García de la Serrana, J. (2011, p.34) el régimen de estos seguros se articulaba en la Ley 57/1968, y en las normas que la desarrollaban, como un *"sistema de doble póliza"* que distinguía entre *"contrato de seguro colectivo"* o de grupo y *"póliza individual de seguro."*⁵⁶⁰ El primero se celebraba entre la entidad aseguradora y el promotor de las viviendas (tomador del seguro) en relación a una promoción inmobiliaria concreta, mediante la contratación de una póliza colectiva que establecía las condiciones exigidas para la emisión de las pólizas o certificados individuales a favor de los consumidores. Emitida está, a medida que el promotor iba celebrando contratos de compraventa, enviaba copia a la aseguradora para proceder con los datos de aquellos a la emisión de las pólizas individuales, en las que constaba asegurado, cada uno de los compradores. Para este sistema, la cobertura de la garantía, solo tenía vigencia desde la fecha de emisión de las pólizas individuales, por lo que la misma quedaba supeditada a que el promotor comunicara al asegurador la celebración de los contratos de compraventa.

⁵⁵⁸ BOE 17 octubre 1980.

⁵⁵⁹ En esta definición aparecen las tres partes que configuran el seguro de caución, que son el contratante o tomador del seguro (que es el promotor inmobiliario que vende la vivienda y recibe de los consumidores cantidades a cuenta) deudor garantizado que contrata el seguro y paga las primas; el asegurado o beneficiario (que es el consumidor que adquiere la vivienda con pagos anticipados, de cuyo reintegro queda garantizado) y el asegurador.

⁵⁶⁰Cfr. López y García de la Serrana, J. (2011). "El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución directa de las pólizas colectivas". *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, pp. 34 a 39.

El problema del sistema de doble póliza, coincidimos con Mondéjar Peña, M.I. (2007, p.213), era que la Ley 57/1968, establecía que en el mismo momento de celebrar el contrato de compraventa de vivienda el promotor debía entregar al adquirente "*la póliza individual y no una simple fotocopia de la póliza colectiva*".⁵⁶¹ Y este procedimiento, ya observo Benavente Sogorb, R.J. (1998, p.14658), era "*demasiado rígido*".⁵⁶² Porque en la práctica, como indica Maldonado Molina, F.J. (2011, p.11) era "*difícil*" entregarla en ese momento,⁵⁶³ habida cuenta que el asegurador sólo la emitía cuando el tomador le remitiera firmado el contrato.

En estos casos, no se podía achacar al promotor que no cumpliera la ley entregando al adquirente la póliza individual al tiempo de firmar el contrato, lo que sí resultaba, en cambio, especialmente reprochable, era la actitud de los promotores que despreciándola, para ahorrarse el pago de la prima correspondiente a cada una de ellas, aparentaran disponer de todas las garantías exigidas legalmente con tan sólo mostrar la póliza colectiva, queriendo hacer valer que entendían cumplida su obligación de garantía con tan sólo la constitución de esta última,⁵⁶⁴ y que por ello, no solicitaban la emisión de la póliza individual, cuando ésta era la única que cumplía la función de garantía de las cantidades anticipadas. Algo, que vino sucediendo en la práctica comercial como puso de manifiesto el informe anual del año 2009 del Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.⁵⁶⁵

El "*sistema de doble póliza*" coincidimos con Maldonado Molina, F.J. (2011, p.10) que en un principio fue "*singularmente nefasto*",⁵⁶⁶ para la protección eficaz de los consumidores adquirentes que ignoraban que la póliza colectiva, a pesar de la apariencia de cobertura que le pretendían dar los promotores, no era más que es un contrato marco que fijaba las condiciones en las que la entidad aseguradora estaba dispuesta a emitir las pólizas individuales, pero realmente no aseguraba el incumplimiento de las obligaciones del promotor siendo necesario para el inicio de la cobertura que se emitiera el certificado individual a su favor. Además, la Ley 57/1968, no indicaba a requerimiento de quién la entidad aseguradora podía emitir los certificados individuales, o si esta podía negarse a emitirlos a requerimiento del adquirente. Lo que si quedó claro es que el asegurador no podía denegar la devolución de las cantidades al consumidor alegando que el tomador no pago la prima, lo que no parece resuelto con ello es si podía negarse a la emisión del correspondiente certificado individual.

Así, de conformidad con el anterior autor (2011, p.12) a la dificultad práctica de conseguir que la firma del contrato de compraventa y la entrega de la garantía

⁵⁶¹Cfr. Mondéjar Peña, M.I. (2007). "El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas." *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm.16, pp. 209-221.

⁵⁶²Cfr. Benavente Sogorb, R. J. (1998) "Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura". *Revista General de Derecho*, núm. 651, pp. 14625-14666.

⁵⁶³ Cfr. Maldonado Molina, F.J. (2011). "Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas". *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 37, pp. 9-24.

⁵⁶⁴ A pesar de que en los contratos de seguro colectivo se advertía que éstos carecían de validez ante los compradores de viviendas hasta que no eran emitidas las pólizas individuales.

⁵⁶⁵ <http://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/>

⁵⁶⁶Cfr. Maldonado Molina, F.J. (2011). "Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas".

individualizada se hicieran en "*unidad de acto*",⁵⁶⁷ deben sumarse otros obstáculos, que llevaron al incumplimiento generalizado de este régimen legal. Lo que en mi opinión, evidencia, que realmente había una necesidad de mejorar el régimen jurídico aplicable a éste seguro. Y, ello pese a que el sistema de doble póliza, que en principio fue nefasto para los consumidores, finalmente termino por no suponerles un problema, puesto que como indica Casado Casado, B. (2016), la Jurisprudencia, en los últimos años, otorgo protección al adquirente amparándose únicamente en la póliza genérica, dotándola de validez para reclamar la garantía.⁵⁶⁸

En ese sentido, el TS en las SSTS Sala de lo Civil (Pleno) de 23 septiembre 2015, de 21 diciembre de 2016, y (Sec. 1ª) de 22 abril 2016, llegan a la conclusión, de que los compradores de vivienda con póliza colectiva serán asegurados incluso si falta un certificado individual.⁵⁶⁹ Declarando, que la falta de un certificado individual por culpa del promotor en los casos en los que se haya suscrito una póliza colectiva para el aseguramiento de las cantidades entregadas a cuenta en la construcción de vivienda, no impide tener por cubierto el riesgo del asegurado.

A continuación, vamos a indicar los requisitos que según el punto 1, del ap. Dos de la DA 1ª de la LOE deberá cumplir un contrato de seguro de caución para que pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

El promotor debe suscribir una "*póliza de seguro individual*" por cada uno de los adquirentes, en ellas se debe identificar la vivienda para cuya adquisición se entregan cantidades anticipadas. El promotor, solo está obligado a suscribir la garantía desde que obtiene la licencia de obra. Pero una vez suscrita, en caso de incumplimiento, la entidad aseguradora está obligada a restituir al consumidor la totalidad de las cantidades anticipadas, porque como hemos expuesto, es un requisito que la suma asegurada incluya "*la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero*" desde el momento efectivo de la entrega del anticipo "*hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor*".⁵⁷⁰ En consecuencia, como no existe límite cuantitativo por debajo de la cantidad entregada, la garantía debe cubrir la totalidad de las cantidades anticipadas, aunque la póliza del contrato de seguro se emita con un límite máximo inferior a las cantidades realmente entregadas.⁵⁷¹ En un principio, podríamos advertir que lo anterior supuso un claro beneficio al adquirente sino fuera

⁵⁶⁷ Cfr. Maldonado Molina, F.J. (2011). "Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas".

⁵⁶⁸ Cfr. Casado Casado, B. (2016). "Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio".

⁵⁶⁹ La STS de Pleno 23 septiembre 2015, declara que en atención a la finalidad tuitiva de la Ley 57/1968, "*no debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales*". Por ello entiende que: "*la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva*".

⁵⁷⁰ Ap. Dos 1. b) de la DA 1ª de la LOE.

⁵⁷¹ Así lo declara la doctrina jurisprudencial en las SSTS Sala de lo Civil Pleno de 7 mayo 2014 y la de la (Sec.1ª) de 3 julio 2013.

porque como veremos para su devolución se le impone la carga de la prueba de las cantidades efectivamente aportadas.

El ap. Dos 1. c) establece que *“Al promotor, tomador del seguro es a quien corresponde el pago de la prima por todo el periodo de seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa”*. No obstante, en mi opinión hubiera sido más correcto omitir *“hasta la elevación de la escritura pública”* pues como veremos, habrá supuestos como los previstos en los ap. Cuatro y Cinco que ésta nunca llegara a emitirse.

El asegurador no podrá oponer al asegurado (adquirente que figura en el contrato de compraventa) las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.⁵⁷² Por ejemplo, como ya hemos expuesto, no podría oponer el no ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial. Además, en mi opinión, afortunadamente, *“la falta de pago de la prima por el promotor”* se indica que *“no será, en ningún caso, excepción oponible”*.⁵⁷³ Pues, no tendría ningún sentido hacer depender la eficacia y validez de la garantía del pago o no que quisiera hacer el obligado. En caso contrario, las cantidades anticipadas quedarían totalmente desprotegidas.

De conformidad con Carrasco Perera, A. (2015), sí será oponible, que la aseguradora haya resuelto el contrato por falta de este pago, como lo permite la LCS, siempre que la resolución haya sido comunicada, y opuesta al consumidor.⁵⁷⁴ Lo que en mi opinión, no será oponible por las aseguradoras es que el contrato de seguro concertado con el promotor no es un seguro de cantidades adelantadas, sino uno de los conocidos como Seguro Tramo I (cuya duración se extingue cuando las cantidades adelantadas han sido invertidas en la compra del solar),⁵⁷⁵ porque aquellas son concededoras de que los promotores están obligados por imperativo legal a garantizar las cantidades adelantadas solo mediante un seguro de caución o un aval solidario, y no con otro tipo de contrato, y cuando contratan un seguro, saben o deben saber con la finalidad que el tomador lo concierta. En consecuencia, las aseguradoras no podrán celebrar con los promotores de vivienda otro seguro de cantidades adelantadas, más que los que se contienen en la DA 1ª LOE.

La letra f) señala la duración mínima del contrato indicando que *“no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas”*. Y, que en caso de que el adquirente conceda prórroga para la entrega de las viviendas, *“el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga”*.⁵⁷⁶

⁵⁷² Ap. Dos 1. d) y e) de la DA 1ª de la LOE.

⁵⁷³ Es doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala Primera del TS que *“el garante no puede oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma”*. En este sentido se pronuncia la sentencia de 7 mayo 2014.

⁵⁷⁴ Cfr. Carrasco Perera, A. (2015). *“Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda”*

⁵⁷⁵ La STS Sala 1ª de 13 Septiembre 2013 rechaza que el seguro de caución de las cantidades anticipadas comprenda únicamente un denominado *“Tramo I”*, de compra de los terrenos para la edificación.

⁵⁷⁶ Ap. Dos 1. f), g) de la DA 1ª de la LOE. Además, *“la entidad aseguradora podrá comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados”*.

De conformidad con Carrasco Perera, A (2015) está claro que el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro, pero se plantea la duda de si el promotor y la aseguradora deberán hacerlo.⁵⁷⁷ De conformidad con Comitre Couto, C. (2015, p.60) la prórroga a la que se refiere esta letra es la misma que se regulada en ap. Cuatro de la DA 1ª, en virtud de la cual, en caso de incumplimiento de promotor, el adquirente puede optar por concederle una prórroga, que “*se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega d la vivienda*”. De este modo, para el anterior autor, el asegurador deberá “*emitir el correspondiente suplemento de póliza y prima, que deberá ser abonada por el promotor, (sin que, el asegurador en ningún caso pueda alegar el impago de la prima como excepción a la hora de ser reclamada la garantía.)*”.⁵⁷⁸ En mi opinión, esta interpretación no parece solucionar la duda pues de conformidad con Casado Casado, B. (2016) defendemos que en el ap. Cuatro, se da al adquirente la opción de elegir entre rescindir el contrato o prorrogarlo para terminar la construcción y entregar la vivienda, pero ambas opciones se establecen dentro de la relación jurídica que le une exclusivamente con el promotor dejando al margen al garante.⁵⁷⁹

Atendiendo, al sentido literal del texto, para Almarcha Jaime, J. (2015, p. 170) como el seguro no puede durar menos que el compromiso, si este se prorroga en el tiempo (su duración aumenta), también se debería prorrogar aquel de forma “*imperativa*”, de forma que la prórroga otorgada por el adquirente suponga “*la prórroga automática del seguro*”.⁵⁸⁰ En mi opinión, esta interpretación parece válida si realmente se trata de dotar “*de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor*”. Y, podría encontrar su justificación en que si estas entidades son las que obtienen los beneficios y resultan favorecidas por todo el este proceso constructivo, deberían estar obligadas, previo pago de la correspondiente prima, a prorrogar el contrato de seguro hasta el momento mismo de la entrega de la vivienda.

A más abundamiento, nos preguntamos qué sentido tendría que el adquirente quisiera conceder una prórroga al promotor si conoce que éste no está obligado a garantizar las cantidades anticipadas durante ella. No obstante, es evidente que el tenor literal de la norma dice “*podrá*” y no *deberá*. Por tanto, se entiende que es una facultad del promotor prorrogar o no la garantía con la entidad que tiene suscrito el seguro de caución, pero de igual modo, como es una opción del adquirente prorrogar o no el contrato al promotor, una posible solución de conformidad con Comitre Couto, C. (2015, p.78-79), sería sugerir al adquirente que como “*requisito ineludible*” de la firma de la prórroga del contrato, exija al promotor, que en ese momento, le entregue la nueva

⁵⁷⁷ ⁵⁷⁷Cfr. Carrasco Perera, A. (2015). “Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda”.

⁵⁷⁸Cfr. Comitre Couto, C. (2015). *Compra sobre plano. Cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Regulación y comentarios*.

⁵⁷⁹ Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

⁵⁸⁰Cfr. Almarcha Jaime, J. (2015). "Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)".

garantía de las cantidades anticipadas.⁵⁸¹ En cualquier caso, se considera que el promotor debería entregarla, no solo porque se lo exija el adquirente, sino porque es una exigencia legal impuesta en el ap. Uno.1. a) de la DA 1ª, en caso de que concedida la prórroga se entreguen cantidades anticipadas.

La letra h) del ap. Dos.1. de la DA 1ª dispone que para que el asegurado pueda reclamar la indemnización a la entidad aseguradora, como consecuencia del siniestro cubierto por el contrato de seguro, es necesario que la construcción “*no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido*”, y que “*haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades aportadas, incluidos los impuestos y los intereses y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución*”.

No obstante, la ley solo cuando no sea posible la reclamación previa al promotor, permite al asegurado reclamar directamente al asegurador que deberá indemnizar en el plazo de treinta días “*a contar desde que se formule la reclamación*”. En mi opinión, en esta letra se establecen los requisitos para ejecutar la garantida, y en este sentido, consideramos que hubiera sido más correcto decir que el computo del plazo de los treinta días comenzara desde el día siguiente a aquel en que la entidad aseguradora recibe la notificación de la reclamación, a partir de este plazo, de conformidad con Gallego Domínguez, I. (2015), comenzaran a devengarse los intereses moratorios del Art. 20 de la LCS.⁵⁸²

Además, la letra i) del ap. Dos.1. de la DA 1ª establece que para que se indemnicen las cantidades, es necesario, que el asegurado acredite que fueron aportadas, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato.⁵⁸³ Por tanto, no son indemnizables las cantidades que el asegurado no acredite su aportación, lo que en mi opinión, exige un deber de cuidado al adquirente que deberá ser diligente, y guardar toda la documentación que le pueda servir de medio de prueba, como los extractos bancarios, transferencia y efectos cambiarios.

En el caso de que la entidad aseguradora pague la indemnización al asegurado podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto, dispone la letra j) que “*se subrogará en los derechos que correspondan a éstos*”.⁵⁸⁴ Como en caso de subrogación en la posición del asegurado, las compañías aseguradoras, solo pueden reclamar al promotor la indemnización abonada al asegurado, y en cambio con la acción de reembolso, prevista en el Art. 68 de la LCS podían reclamar al promotor además todos los gastos ocasionados, como por ejemplo, los honorarios de abogados por asesoramiento extraprocesal. Almarcha Jaime, J. (2015, p. 171) advierte que existe una contradicción entre lo establecido en la DA 1ª de LOE y la LCS que al resolverse por el principio de especialidad normativa, perjudica a las aseguradoras al tener que prevalecer la subrogación, por estar contenida en una ley especial (LOE) frente al derecho de reembolso de la ley general (LCS).

⁵⁸¹Cfr. Comitre Couto, C. (2015). *Compra sobre plano. Cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Regulación y comentarios*.

⁵⁸²Cfr. Gallego Domínguez, I. (2015). “Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968 a la Ley de Ordenación de la Edificación reformada por la Ley 20/2015”, *Revista de Derecho Privado*, nº 6, pp. 23-74.

⁵⁸³ Ap. Dos 1. h), i) de la DA 1ª de la LOE

⁵⁸⁴ Ap. Dos 1. j), y k) de la DA 1ª de la LOE

La letra k) del ap. Dos.1. de la DA 1ª indica que en el caso de que la entidad aseguradora hubiera satisfecho la indemnización al asegurado, como consecuencia del siniestro cubierto por el contrato de seguro, el promotor, “no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente” a aquella “por la cantidad indemnizada”. En mi opinión, la redacción de esta letra podría haber sido más explícita, pues como indica Carrasco Perera, A (2015), no sabemos si se trata de una prohibición de disponer, si se debería inscribir en el Registro de la Propiedad, o si es oponible a terceros de buena fe que la hayan adquirido.⁵⁸⁵ Nos parece, de conformidad con Casado Casado, B. (2016, p. 17), que el legislador quiere “provocar que el inmueble esté afecto al cumplimiento de la obligación económica”, de tal manera que “es necesario liquidar la deuda antes de la venta” de la vivienda.⁵⁸⁶

Por último, conforme a la letra l) del ap. Dos.1. de la DA 1ª en todo lo no específicamente dispuesto en la DA 1º de la LOE, le será de aplicación la LCS.⁵⁸⁷ Por ello, coincidimos con Sillero Crovetto, B. (2016) que a la garantía prestada mediante seguro de caución habrá que aplicar, el plazo de prescripción que establece el Art. 23 de la LCS para la acción que tiene el asegurado frente a la compañía de seguro, a computar desde el siniestro derivado del incumplimiento del promotor.⁵⁸⁸ No obstante, de conformidad con Estruch Estruch, J. (2009, p.201-203) la reclamación extrajudicial al promotor, interrumpe la prescripción.⁵⁸⁹

b). El aval solidario

Como alternativa al seguro de caución, el ap. Uno. 1 a) de la DA 1ª de la LOE establece que las cantidades anticipadas también se pueden garantizar por el promotor con un aval solidario, emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas.

Al igual, que ocurría con la póliza colectiva del seguro de caución, la jurisprudencia, si bien en un principio consideró que la póliza genérica del aval bancario, no suponía que el asegurador asumiera ninguna garantía en favor de futuros adquirentes, lo cierto es que en los últimos años otorgo protección al adquirente basándose únicamente en ella. De modo, que fue posible reclamar la garantía en base a la póliza colectiva.

Para que un aval pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, el punto 2 del ap. Dos de la DA 1ª, establece que

⁵⁸⁵Cfr. Carrasco Perera, A. (2015). “Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda”.

⁵⁸⁶Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

⁵⁸⁷ Letra l) del Ap. Dos 1 de la DA 1ª de la LOE

⁵⁸⁸ Cfr. Sillero Crovetto, B. (2016). “La protección del comprador de vivienda Ley 57/1968 versus Disposición Adicional Primera de la LOE”.

⁵⁸⁹ Cfr. Estruch Estruch, J. (2009). *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Ed. Civitas Thomson-Reuters, pp. 404.

deberá cumplir los siguientes requisitos: a) Deberá emitirse y mantenerse en vigor por la entidad de crédito, *“por la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa”*, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo, hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor.

Consideramos, que la expresión *“mantenerse en vigor por la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa”*, no debería interpretarse en el sentido de que se garantizan todas las cantidades que hayan de ser anticipadas, estén ya ingresadas o pendientes de ingresar, sino que al igual que ocurre con el seguro de caución para el aval solo serán indemnizables las cantidades acreditadas como efectivamente aportadas, excluyéndose las pendientes.

La letra b) punto 2 del ap. Dos. de la DA 1ª se refiere a la ejecución del aval, por ello dispone que en caso de incumplimiento entendido como *“que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido”*, el beneficiario, *“siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, y sus intereses y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá exigir al avalista el abono de dichas cantidades”*. Y, que *“igualmente, el beneficiario podrá reclamar directamente al avalista cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor”*.

Estimamos, que hubiera sería mejor para lograr una protección eficaz del consumidor, si la ley le hubiera permitido (al igual que lo hacía la ya derogada Ley 57/1968), dirigirse directamente a la entidad aseguradora o avalista (Art 1144 del CC), sin necesidad de tener que interponer la reclamación previa al promotor, y más teniendo en cuenta que en el ap. Uno. 1 a) de la DA 1ª se refiere a esta garantía como *“aval solidario”*. En este sentido las SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 23 julio 2015 y 3 julio 2013 entendieron (en base al derogado Art. 3 de la Ley 57/1968 que atribuía carácter ejecutivo a la póliza del contrato de seguro o aval), que la responsabilidad de las entidades era solidaria, y no subsidiaria a la responsabilidad del promotor, que se podía exigir la garantía sin tener que demandar al promotor por incumplimiento, o que era posible dirigirse contra los dos para que fueran condenados de manera solidaria. Y, que resuelto el contrato de compraventa procedía solidariamente la condena a la entidad garante para que devolviera las cantidades entregadas a cuenta, sin que se pudiera mantener que la responsabilidad de la aseguradora era meramente subsidiaria.

En ese sentido, la trascendencia de las garantías como figuras con naturaleza autónoma y no accesoria ya fue resaltada por la jurisprudencia del TS, a la luz de la Ley 57/1968, en las SSTS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) de 9 septiembre de 2015 y del (Pleno) de 7 mayo 2014 (refiriéndose al aval), y en la (Sec.1ª) de 22 abril de 2015 (refiriéndose al seguro) en las que se declara la posición del garante como figura autónoma, por lo que una vez que se acredita el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el seguro de caución o por el aval, no se podría entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permitía el legislador que se oponga ya que incumplida la obligación, el garante debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas. Afirmando, que no puede situarse al garante bajo el amparo del Art. 1853 del CC, puesto que el Art. 1 de la Ley 57/1968 condicionaba las exigencias del importe de la garantía al caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por

cualquier causa en el plazo convenido, resultando indiferente para el legislador que el retraso hubiera sido más o menos breve. Se explica la decisión en que estamos ante una garantía exigida legalmente, por cuanto que el garante se sometía expresamente a la Ley 57/1968, es decir, la entidad garantizaba en cumplimiento de lo dispuesto en esa norma, de manera que, de operar la garantía, se debe pasar por la devolución de las cantidades entregadas a cuenta de compraventa de vivienda.

El ap. Dos. 2 de la DA 1ª termina indicando en su letra c) que “*transcurrido un plazo de dos años*”, a contar “*desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada*” sin que haya sido “*requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas*”, se producirá “*la caducidad del aval*”. En este sentido para Sillero Crovetto, B. (2016, p.82) lo que se establece es que la garantía prestada mediante aval solidario “*queda sin efecto*”, por su caducidad, que se producirá “*ope legis*”.⁵⁹⁰

Consideramos, de conformidad con Almarcha Jaime, J. (2015, p.170) que este plazo de caducidad de dos años, “*vendría a equipararse al plazo de prescripción de dos años previsto para el seguro de caución*”, pero lo cierto es que, la caducidad y la prescripción son dos instituciones jurídicas “*distintas, con efectos distintos*”, a las que el legislador parece “*ha querido establecer el mismo régimen, pero no lo ha conseguido a causa de la nefasta redacción*”.⁵⁹¹

A nuestro juicio, la regulación de los requisitos del aval en las letras a) y b) es igual que la del seguro de caución, de ahí, que lo manifestado en aquel deba servir para el aval. Y, de igual modo, debería servir para el aval los beneficios de la interrupción de la prescripción predicados para el seguro de caución, teniendo en cuenta, además que este plazo de dos años, que en un principio puede parecer más que razonable para reclamar al promotor, debería haber sido cuanto menos, un poco más generoso para éste consumidor que tras años anticipando cantidades, y ver cómo quedan frustradas sus esperanzas de conseguir una vivienda, puede estar confiando en las buenas palabras de aquel, mientras corre el plazo en su contra, o bien puede haberle concedido una prórroga. Por ello, estimamos que al consumidor no se le debería exigir una diligencia como la que supone estar pendiente de un plazo de caducidad de dos años. Teniendo en cuenta, además, que el mismo según el tenor literal del precepto se computa desde “*el incumplimiento*” y puede que para este en algunas ocasiones sea difícil señalar un “*dies a quo*”.⁵⁹²

Por último, antes de analizar la ejecución de la garantía de las cantidades anticipadas, vamos a enunciar los requisitos que el ap. Cinco de la DA 1ª de la LOE (tomando como referencia el Art. 4 de la Ley 57/1968), establece para la “*cancelación de la garantía*”. Sillero Crovetto, B. (2016, p.85) diferencia la caducidad de la garantía prestada por el promotor que queda sin efecto, ope legis por el transcurso de dos años,

⁵⁹⁰ Cfr. Sillero Crovetto, B. (2016). “La protección del comprador de vivienda Ley 57/1968 versus Disposición Adicional Primera de la LOE”.

⁵⁹¹ Cfr. Almarcha Jaime, J. (2015). “Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)”.

⁵⁹² La STS Sala de lo Civil de 16 enero 2015 señaló para el cómputo del plazo “dies a quo” el del daño producido en el momento en que intentaron recuperar sin éxito del dinero anticipado.

de la cancelación del contrato de seguro y del aval, que quedarán sin efecto cuando se reúnan las dos circunstancias que enuncia el precepto.⁵⁹³

En mi opinión, para la cancelación de la garantía, se exigen dos presupuestos cumulativos, el primero consiste en que se expida “*la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente*”, y el segundo que el promotor acredite “*la entrega de la vivienda al adquirente*”. No obstante, en mi opinión, el problema se encuentra en que además se establece que la misma se producirá, cuando “*cumplidas las condiciones anteriores*”, el adquirente “*rehusara recibir la vivienda*”.

Por tanto, si se cancela el contrato de seguro y del aval, la entidad aseguradora o de crédito queda liberada de futuras reclamaciones, con independencia de si el consumidor acepta o no la entrega de la vivienda, sin tener en cuenta las razones que pueda tener aquel para rehusar la vivienda por la que ya adelanto cantidades importantes. Y, sin tampoco establecer como debe acreditarse la entrega. Parece, que tengamos que confiar en el buen criterio de la administración cuando expide el documento que faculta para ocupar la vivienda. Y, que de la expedición de este documento tengamos que deducir que la vivienda haya llegado a “*buen fin*”, cuando no sabemos con certeza que significa este último término utilizado por la DA 1ª de la LOE.

4. Ejecución de las garantías sobre las cantidades anticipadas a cuenta del precio

Tras la modificación operada por la Ley 20/2015, en la DA 1ª de la LOE su ap. Cuatro lleva por rubrica: “*Ejecución de la garantía*”, indicando tal y como lo hacía el párrafo primero del Art. 3 de la Ley 57/1968 que ante el incumplimiento entendido como que “*la construcción no hubiera llegado a iniciarse*” o “*la vivienda no hubiera sido entregada*”, el adquirente podrá optar entre la “*rescisión del contrato*”⁵⁹⁴ con “*devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales*”, o conceder al promotor “*prórroga*”.

En esta redacción, lo primero que llama la atención, de conformidad con Casado Casado, B. (2016) es que desaparece el carácter ejecutivo de la póliza del contrato de seguro y del aval que recogían los párrafos segundo y tercero del Art. 3 Ley 57/1968, y solo se respeta la mención que el anterior hacía en su párrafo primero, al derecho que tiene el adquirente de elegir ante el incumplimiento del promotor entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades, o la prórroga.⁵⁹⁵

⁵⁹³ Cfr. Sillero Croveto, B. (2016). “La protección del comprador de vivienda Ley 57/1968 versus Disposición Adicional Primera de la LOE”.

⁵⁹⁴ El legislador utiliza el término “rescisión” y no resolución del Art. 1124 del CC, a pesar de que la STS Sala de lo Civil Pleno de 20 enero 2015 los equipara.

⁵⁹⁵ Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

La opción mantenida en esa redacción puesta en relación con su rúbrica nos ha llevado a una gran confusión. De ahí, que coincidamos con la anterior autora (2016, p.11), en diferenciar ante el incumplimiento del promotor, la opción entre rescindir o prorrogar que tiene el adquirente incardinada en “*la relación jurídica*” que le une exclusivamente con el promotor, “*excluyendo la relación con el garante*”; De la ejecución de la garantía que obedece y es operativa desde un vínculo jurídico diferente del anterior, cuando ante el incumplimiento de aquel entra en juego la ejecución de la garantía propiamente dicha, regulada en el ap. Dos puntos 1. h) y 2. b) de la DA 1ª de la LOE, “*cuando se detallan los requisitos de las garantías: seguro de caución o aval*”.⁵⁹⁶

De este modo, Casado Casado, B. (2016, p.17-18) estudia la rescisión contractual separada de la ejecución de la garantía. Y, de conformidad, con ella entendemos que la rescisión de que habla el ap. Cuatro es “*la misma figura jurídica*” que establece el Art. 1124 del CC, si bien se mitiga su rigor, por lo que no es una “*resolución autónoma ni automática*”,⁵⁹⁷ ni tampoco “*resulta necesaria para la ejecución de la garantía*”, si bien “*una resolución extrajudicial previa o judicial decretada presupone el incumplimiento, hecho generador del siniestro, que debe probar el asegurado*”.⁵⁹⁸

Antes de esta reforma se aplicaban los párrafos segundo y tercero del Art. 3 de la Ley 57/1968 que se referían a la ejecución de la garantía. Para estos, era la póliza del contrato de seguro o aval unido al documento fehaciente en que se acreditase la no iniciación de las obras o no entrega de la vivienda, los que tenían carácter ejecutivo, a los efectos prevenidos en la LEC. En este sentido, se consideraba que aquellos eran documentos que llevaban aparejada ejecución, y que por tanto, permitían al consumidor acudir directamente a un juicio ejecutivo para conseguir la devolución de las cantidades anticipadas.⁵⁹⁹

En un principio, el problema que presentaba el régimen legal de la Ley 57/1968 en relación a la ejecución consistía en que la doctrina mayoritaria,⁶⁰⁰ consideraba que las expresiones “*contrato de seguro*” o “*aval*” que se contenían en el Art. 3.2 de la Ley 57/1968, se referían a las pólizas individuales, y que las pólizas colectivas, no servían

⁵⁹⁶ Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

⁵⁹⁷ Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

⁵⁹⁸ En ese sentido la STS Sala 1ª de 7 mayo 2014, reconoce que para reclamar la garantía no se exige al comprador la previa resolución judicial del contrato de compraventa.

⁵⁹⁹ El actual Art. 517. 2. 9º de la LEC, establece que la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución y la llevan conforme a este precepto los “*documentos que, por disposición de ésta u otra Ley, lleven aparejada ejecución*”.

⁶⁰⁰ Cfr. López y García de la Serrana, J. (2011). “El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución directa de las pólizas colectivas”; Maldonado Molina, F.J. (2011) “Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas”; Pla Gil, F.M. (2011). “La garantía de las entregadas a cuenta: su ejecutividad”. *Revista General de Derecho*, núm. 504, pp.9; Estruch Estruch, J. (2009). *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Ed. Civitas Thomson-Reuters, págs. 404; Mondéjar Peña, M.I. (2007). “El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas”; Benavente Sogorb, R. J. (1998). “Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura”; Tirado Suárez, F. J. (1986) “Estudio sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguros de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas”. *Revista General de Derecho*, núm. 504, pp. 3871-3887.

de título ejecutivo al consumidor si no iban acompañadas de aquellas. Es decir, no eran suficientes para entender cubierto el riesgo. En este sentido para, López y García de la Serrana, J. (2011, p.36-39) "*la contratación de pólizas colectivas por la promotora*" no implicaba "*ninguna asunción de garantías a favor de los posibles adquirentes de viviendas*", sino se emitía "*la póliza individual de seguro*". En opinión del anterior, la compañía asegurador no era responsable, de que la póliza individual no se hubiera emitido, si el promotor no le comunicaba los datos del contrato de compraventa.⁶⁰¹ En la misma línea, Benavente Sogorb, R. J. (1998) y Tirado Suárez, F.J. (1985) defendían que el título ejecutivo lo constituía la póliza individual.⁶⁰²

No obstante, la jurisprudencia pronto hecho abajo los argumentos de esta doctrina, y termino por reconocer que las expresiones "*contrato de seguro*" o "*aval*" que se contenían en el Art. 3.2 de la Ley 57/1968, no se referían a las pólizas individuales y, que las pólizas colectivas, servían de título ejecutivo al consumidor. En este sentido, se pronunció la Sala de lo Civil del TS en las Sentencias del Pleno de 21 diciembre 2016 y 23 septiembre 2015, y, en las Sentencias de la Sec.1ª de 22 abril de 2016, 19 julio 2004. Y, la STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª) de 22 diciembre 2008, declaró que la interpretación de los términos "*contrato de seguro*" o "*aval*", se deberían hacer siempre para la protección del comprador, dado el carácter tuitivo de la norma, lo que por otra parte está en relación con el carácter oneroso de las garantías. Además, hay que reseñar que el tenor literal del Art. 3 de la Ley 57/1968 exigía como título inexcusable "*el contrato de seguro o el aval*" suscrito entre tomador y aseguradora, y que era este el que tenía carácter ejecutivo y no la póliza individual que ni siquiera se mencionan en dicho artículo. No debemos olvidar que la obligación de emisión de dichas pólizas individuales se encontraba pactada en la póliza de afianzamiento colectivo entre promotor y aseguradora sin intervención de los futuros adquirentes, dependiendo su cumplimiento, por tanto, solo de la voluntad de los anteriores, su falta no podía perjudicar al consumidor adquirente, ajeno, en todo caso, a dicha relación jurídica.

Tras la reforma, ante el incumplimiento del promotor, para Comitre Couto, C. (2015, p.78) el adquirente tiene tres opciones: optar entre la "*rescisión del contrato*" o "*conceder al promotor prórroga*", o evidentemente "*no hacer nada*". Coincidimos con el anterior que esta última opción, conlleva como consecuencia que no se date el incumplimiento, corriendo el riesgo de que se entienda consentida una prórroga "*tacita*", y trascurra el plazo de dos años de "*prescripción o caducidad de la garantía*".⁶⁰³ Por tanto, en nuestra opinión lo mejor es elegir entre aquellas dos opciones según lo que interese más en cada caso concreto.

Si se concede una prórroga para terminar la construcción y entregar la vivienda, lo mejor es hacerlo por escrito, como indica el ap. Cuatro de la DA 1ª de la LOE en una "*cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda*". Según el anterior autor

⁶⁰¹ Cfr. López y García de la Serrana, J. (2011). "El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución directa de las pólizas colectivas".

⁶⁰² Cfr. Benavente Sogorb, R. J. (1998). "Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura". Y, Tirado Suárez, F. J. (1986) "Estudio sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguros de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas".

⁶⁰³Cfr. Comitre Couto, C. (2015). *Compra sobre plano. Cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Regulación y comentarios.*

(2015, p.78-79) documentada la prórroga y comunicada al asegurador “deberá emitirse el correspondiente suplemento ante el cual la ley no prevé que el asegurador pueda negarse”.⁶⁰⁴ En mi opinión, es indudable que si fuera así, el adquirente quedaría mejor protegido, por ello, coincidimos con el anterior en que la mejor solución es como hemos dicho, sugerir al adquirente que exija al promotor como “requisito ineludible” de la firma de la prórroga que en ese acto le entregue la nueva garantía de las cantidades anticipadas.

Si se opta por la “rescisión del contrato”. El ap. Dos de la DA 1ª, señala que el mecanismo de reclamación por parte del adquirente sería el siguiente: Lo primero, sería notificar, al promotor la rescisión del contrato, requiriéndole de manera fehaciente,⁶⁰⁵ para que proceda a la devolución de las cantidades anticipadas, impuestos aplicables e intereses. En mi opinión, sería aconsejable hacerlo a la mayor celeridad posible y mandar copia a la aseguradora o entidad de crédito para que conozca la rescisión producida y la reclamación efectuada.

Según la letra h) del ap. Dos punto 1 de la DA 1ª de la LOE. Solo se podrá reclamar el abono de la indemnización a la entidad aseguradora o de crédito, cuando el promotor “en el plazo de 30 días no haya procedido a su devolución”, o cuando “no resulte posible la reclamación previa al promotor”. En estos casos, habrá que reclamar la indemnización al asegurador, y para ello sería conveniente hacerlo por escrito y acompañar al mismo el requerimiento fehaciente hecho promotor, la acreditación fehaciente, de la no devolución y la acreditación de que las cantidades reclamadas fueron efectivamente anticipadas.

La entidad aseguradora o de crédito tiene como obligación principal garantizar la no restitución de las cantidades por el promotor cuando el adquirente ha resuelto el contrato. Así las cosas, la entidad aseguradora o de crédito tiene como obligación principal garantizar una obligación dineraria, que como tal, nunca podrá extinguirse por imposibilidad sobrevenida fortuita. Por ello, deberá indemnizar al asegurado “en el plazo de 30 días a contar desde que formule la reclamación”.⁶⁰⁶ En mi opinión, lo correcto hubiera sido decir cuando comienza a computarse el plazo de 30 días para que el promotor devuelva las cantidades, pensamos que será desde el día siguiente a aquel en que se recibe el requerimiento. Y, de igual modo, el plazo para indemnizar la aseguradora debería comenzar, no “desde que formule la reclamación” el asegurado, sino desde el día siguiente a aquel en que la entidad aseguradora recibe la notificación de la reclamación.

Si la entidad no indemniza al adquirente asegurado, nos preguntamos que podría hacer este para obtener la indemnización, porque en la nueva redacción de la DA 1ª, se prescinde de la referencia, que dejaba abierta la vía ejecutiva para reclamarla, sin indicar que hacer.

⁶⁰⁴Cfr. Comitre Couto, C. (2015). *Compra sobre plano. Cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Regulación y comentarios.*

⁶⁰⁵ En este sentido, también la Orden de 29 noviembre 1968 sobre el Seguro de Afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, establecía la necesidad de requerimiento previo notarial o de otra manera indubitada al contratante para que entrara en juego la garantía.

⁶⁰⁶ Letra h) del ap. Dos punto 1 de la DA 1ª de la LOE

En nuestra opinión, de conformidad con Comitre Couto, C. (2015) y con Casado Casado, B. (2016),⁶⁰⁷ al adquirente asegurado que quiera recuperar su dinero no le quedara más opción que interponer una demanda contra la aseguradora ante los tribunales,⁶⁰⁸ con los gastos que eso conlleve. A la demanda deberá unirse todos los medios de prueba de que intente valerse, y se sustanciara por los tramites del juicio declarativo que por su cuantía corresponda,⁶⁰⁹ que en la mayoría de las ocasiones será el procedimiento ordinario,⁶¹⁰ aunque también puede ser un verbal, si la cuantía que se reclama es inferior a 6.000 euros. En la contestación a esta demanda “*el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro*”. Y, “*la falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso excepción oponible*”.⁶¹¹ Pero la carga de la prueba recaerá siempre sobre el adquirente asegurado, que tendrá que acreditar, como indica Casado Casado, B. (2016, p.15) que la vivienda no se entregó en plazo, que se hizo “*el requerimiento resolutorio*” para la devolución de las cantidades al promotor, obligación exigida para que nazca el siniestro “*a que da lugar la devolución de cantidades por parte de la aseguradora*”,⁶¹² calificado como incumplimiento a efectos de la restitución de las cantidades anticipadas.

Los inconvenientes que los procedimientos declarativos, presentan para el adquirente asegurado es que son mucho más largos y costosos que la vía ejecutiva, y que en aquellos la carga de la prueba recae sobre ellos mientras que en la vía ejecutiva, no lo hacía y las causas de oposición están tasadas en la LEC. Además, como indica Casado Casado, B. (2016, p.18) al proceso declarativo “*puede ser llamada la promotora y se puede entrar en el fondo del asunto, pudiendo ser cuestionada en mayor medida la devolución de las cantidades por parte del garante*”.⁶¹³

Por ello, concluimos de conformidad con Sillero Crovetto, B. (2016, p.85) que la vía ejecutiva era “*más rápida, segura y barata que la ordinaria*”.⁶¹⁴ Y, con Casado Casado, B. (2016, p.18) que además buscaba “*la protección*” del adquirente y la facilidad y rapidez “*para la devolución de los anticipos*”, por tanto su supresión provoca “*mayor desprotección para el consumidor*”, y supone “*un paso atrás*” o “*el inicio de un nuevo camino con un mayor número de obstáculos*” para el adquirente que quiera ejecutar la garantía, por lo que esta reforma “*no puede enmarcarse dentro de una*

⁶⁰⁷ Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”; Comitre Couto, C. (2015). *Compra sobre plano. Cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Regulación y comentarios*.

⁶⁰⁸ Art. 52.2 de la LEC competencia territorial del domicilio del asegurado

⁶⁰⁹ Art. 248 y siguientes de la LEC.

⁶¹⁰ Art.399 y siguientes de la LEC

⁶¹¹ Letra e) del ap. Dos. 1 de la DA 1ª de la LOE.

⁶¹² Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

⁶¹³ Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

⁶¹⁴ Cfr. Sillero Crovetto, B. (2016). “La protección del comprador de vivienda Ley 57/1968 versus Disposición Adicional Primera de la LOE”.

iniciativa legislativa que siga la línea proteccionista hacia el adquirente".⁶¹⁵ Pues como indica, Comitre Couto, C. (2015, p. 80) la Ley 20/2015, “*de plumazo, se ha cargado esta forma de reclamar judicialmente este tipo de garantías*”, y “*las entidades de crédito y aseguradoras probablemente todavía lo estén celebrando*”,⁶¹⁶ obviando con ello el Art. 8 del TRLGDCU cuando dice que es un “*derecho básico de consumidor*” la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

La única ventaja que encontramos de conformidad con el anterior autor (2015), es que en el procedimiento declarativo, la demanda también se puede dirigir contra el promotor,⁶¹⁷ para que se le condene a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al adquirente como consecuencia del incumplimiento, siempre que por supuesto estos excedan del concepto de las cantidades anticipadas, por ejemplo gastos de alojamiento por la no entrega de la vivienda o incluso daños morales. Sin embargo, el adquirente de nuevo se encontrara con el inconveniente, de tener que probar estos daños y en el caso de que puedan quedar acreditados parece difícil que el promotor sea solvente.

En mi opinión, para el consumidor sería mucho más fácil y rápido, y por tanto quedaría más protegido si la ley, le hubiera permitido dirigirse directamente a la entidad aseguradora sin necesidad de tener que interponer reclamación previa al promotor. En este sentido, al amparo de la Ley 57/1968, las SSTS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) de 13 enero 2015, de 22 abril 2015 y la del (Pleno) de 7 mayo 2014, declararon que puede el comprador dirigirse simultáneamente contra el promotor y su aseguradora o avalista para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas, pero también, dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento, al no ser necesaria la previa resolución judicial del contrato de compraventa para poder demandar al garante. Lo contrario, nos parece que implica marear al consumidor que tendrá que ir de puerta en puerta a reclamar lo que por derecho le corresponde, estando pendiente del cumplimiento de requisitos y plazos que no le ayudan, asumiendo la carga de la prueba, en lugar de facilitarle esta penosa labor.

5. El incumplimiento de la obligación de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio

Lo primero que debemos advertir en este epígrafe, es el generalizado y frecuente incumplimiento por parte del promotor de la obligación de garantizar al consumidor adquirente la devolución de las cantidades anticipadas, pese a que dicha obligación se venía imponiendo, a aquel desde que se promulgo la Ley 57/1968

⁶¹⁵Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

⁶¹⁶Cfr. Comitre Couto, C. (2015). *Compra sobre plano. Cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Regulación y comentarios.*

⁶¹⁷Cfr. Comitre Couto, C. (2015). *Compra sobre plano. Cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Regulación y comentarios.*

En la actualidad, la DA 1ª de la LOE en su ap. Uno la sigue imponiendo, de manera que su incumplimiento constituye conforme a su ap. Siete una infracción en materia de consumo,⁶¹⁸ a la que se impondrá una sanción de hasta el 25% de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o la sanción que corresponda según lo dispuesto en la normativa propia de las CCAA. Sin perjuicio, de las competencias atribuidas por la normativa vigente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Y, además, se impondrán al promotor, las infracciones y sanciones que pudieran corresponder conforme a LOE.⁶¹⁹

Por tanto, de conformidad con Almarcha Jaime, J. (2015, p. 175) una misma acción u omisión puede constituir una triple sanción: en materia de consumo, por parte de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y por parte de la LOE. Resultando que *“caen las aseguradoras en un agravio comparativo respecto de las entidades financieras, puesto que nada se dice sobre las competencias atribuidas al Banco de España”*.⁶²⁰

El consumidor adquirente que, durante la construcción de la vivienda, advierta que no existe contrato de seguro o aval que garantice las entregas a cuenta del precio tendrá varias opciones: Una sería la denuncia pero esta presenta el inconveniente de que realmente son pocas las CCAA que han desarrollado el mandato legislativo de la DA 1ª de la LOE.⁶²¹ Y, que la sanción pecuniaria que, en su caso, pudiera imponerse al promotor perjudicaría su situación financiera, de manera que los efectos colaterales de esta denuncia repercutirán, al final, en el consumidor perjudicándole que aquella quede mermada por el pago de la multa, lo que reduce su posibilidad de obtener una protección eficaz.

Otra posibilidad sería instar el cumplimiento de la obligación contractual ante los tribunales. Sin embargo, el ejercicio de esta opción encuentra el serio inconveniente de tener que acudir a la vía judicial, con el desembolso económico que ello implica, y con la alta probabilidad de que la vivienda esté terminada antes de que finalice el procedimiento.

Dejando a un lado, estas dos opciones, con las que no se consigue la efectiva protección del consumidor, a este se le presentan dos alternativas, una sería suspender temporalmente los pagos comprometidos, hasta que el promotor, presionado económicamente, garantice las cantidades ya percibidas o bien hasta la entrega de la vivienda. Y, la otra alternativa o solución sería instar la resolución contractual, que en nuestro sistema jurídico se produce extrajudicialmente, sin embargo, viene reiterando la jurisprudencia que si existe oposición de una de las partes contratantes, es preciso para que tenga lugar dicha resolución, una declaración judicial de que es conforme a

⁶¹⁸Aplicándose lo dispuesto en los Art. 46 y siguientes del TRLGDCU y el régimen sancionador previsto en la legislación autonómica correspondiente.

⁶¹⁹ Ap. Siete de la DA 1ª de la LOE

⁶²⁰Cfr. Almarcha Jaime, J. (2015). "Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)".

⁶²¹A modo de ejemplo cabe citar la Ley 8/2004, de la Comunidad Valenciana, cuyo Art. 68.19 califica este incumplimiento como infracción grave a la que se impone una sanción de multa de 600 a 3.000 €.

Derecho, y ello requiere el ejercicio de la acción correspondiente, bien mediante demanda o reconvención.⁶²²

La primera alternativa, no presenta mayores problemas, así, lo reconoció la SAP Guipúzcoa (Sec. 2ª) de 9 febrero 2007 que condeno a garantizar de la devolución del dinero ya entregado y del pendiente durante la construcción de la vivienda, sin que lógicamente, como declara esta sentencia, el adquirente venga obligado a verificar el abono de nuevas cantidades, como parte del precio, hasta que no se cumpla con aquella obligación, y sin que, en estos casos, al tratarse de una relación contractual sinalagmática con obligaciones recíprocas, pueda el promotor instar la resolución unilateral del contrato, como reconoció la SAP Valencia (Sec. 7ª) de 3 octubre 2007, ya que si este no cumple previamente con su obligación no puede exigir al consumidor adquirente que continúe ingresando cantidades a cuenta pudiendo este justificar su incumplimiento alegando la excepción de contrato no cumplido.

Coincidimos con Díaz Martínez, A. (2013, p.55) que aunque el incumplimiento de esta obligación es “anómalo” que por sí mismo fundamenta una acción resolutoria, es una de las causas que habitualmente invocan los compradores de vivienda, a ella el promotor suele oponer, en primer lugar, que “no constituye una obligación contractual del vendedor si no se pactó expresamente” y, subsidiariamente, que no se trata de una “obligación esencial” cuya inobservancia pueda tener un alcance resolutorio del contrato. Siendo, evidente, como dice la anterior que “la obligación, aun de origen legal, existe para el vendedor y se integra en el contrato, aunque no existiera remisión expresa en sus cláusulas a los preceptos legales que la establecen ni pacto en ese sentido” y que no deja de ser tal por el hecho de que no mediara requerimiento expreso del comprador para la entrega del documento en que constara la formalización.⁶²³

Además sobre el “carácter esencial” de esta obligación mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, se ha pronunciado ya el TS,⁶²⁴ poniendo término a la disparidad de criterios de las AP en las que no ha existido siempre una jurisprudencia uniforme sobre si esta obligación legal era esencial, de tal manera que su incumplimiento era causa de resolución del contrato, o si era una obligación accesorio, cuyo incumplimiento no afectaba al sinalagma obligatorio. Así, a favor de la primera interpretación, se pueden citar las SSAP Las Palmas (Sec. 3ª) de 21 marzo 2013; Sevilla (Sec.6ª) de 21 diciembre 2012; Alicante (Sec. 8ª) de 14 enero 2009; Málaga (Sec. 4ª) de 12 junio 2008, y la SAP Islas Baleares (Sec. 4ª), de 29 abril 2010 Incluso cuando se constituye la garantía con posterioridad al requerimiento resolutorio formulado por los compradores, precisamente por su ausencia previa. Y, a favor de la segunda interpretación, se citan a título de ejemplo las SSAP SAP Murcia (Sec.4ª) de 26 mayo 2011; Granada (Sec.3ª) de 30 septiembre 2010, 20 febrero 2009 y Málaga (Sec. 5ª) de 24 enero 2008. Para estas últimas sentencias, la obligación de garantizar era concebida como un mero deber administrativo cuyo incumplimiento queda reducido a

⁶²² SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 15 noviembre 1999 y 12 febrero 2002 mencionadas en la SAP Valencia (Sec. 8ª) de 29 julio 2013.

⁶²³ Cfr. Díaz Martínez, A. (2013). "La Resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario". *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.7, Vol. 2, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona, pp. 47-64.

⁶²⁴ A modo de ejemplo cabe citar las SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 25 noviembre 2011, 10 diciembre de 2012, 11 abril 2013, 22 abril 2015.

una infracción que solo podía ser origen de sanciones, negándole la categoría de incumplimiento contractual con entidad suficiente como para justificar la resolución del contrato.

Sin embargo, como vamos a exponer a continuación, en la actualidad, de conformidad Sillero Crovetto, B. (2016, p.61), se ha superado esa concepción “predominantemente administrativa”.⁶²⁵ De modo que como declara la STS Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) de 11 abril 2013 en la actual doctrina jurisprudencial “*ya no puede sustentarse la configuración de esta prestación de garantía como una obligación meramente accesoria del contrato cuyo incumplimiento queda reducido al ámbito de una infracción administrativa y, por tanto, ajeno al cauce del incumplimiento resolutorio del mismo*”.

No obstante, de conformidad con la anterior autora (2016, p.61), ese desarrollo jurisprudencial se ha llevado a cabo de una “*forma progresiva*”.⁶²⁶ Así, en lo que podemos denominar “*primera fase*”, la STS, Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) de 25 octubre 2011 afirma que como “*principio general*”, procede sentar la doctrina de que “*la omisión del aval o garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes*”, implica que la vulneración de lo pactado “*resulte grave o esencial*” que tiene como consecuencia jurídica “*la resolución del contrato*”. Marcando con esta declaración lo que Díaz Martínez, A. (2013, p.55) denomina un “*primer punto de inflexión*”⁶²⁷ que con mayor profundidad, se ha aclarado en sentencias posteriores.⁶²⁸

De conformidad con Sillero Crovetto, B. (2016, p.61), en la “*segunda fase*”,⁶²⁹ las SSTs, Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) de 10 diciembre 2012, 11 abril de 2013 y 5 febrero 2013 profundizaron en la configuración contractual de la figura declarando que en el plano de su caracterización nos encontramos ante “*una obligación legal, de carácter esencial del vendedor en relación con la obligación de pagos a cuenta por el comprador, de modo que aquel no podrá exigir de este el pago ni alegar su incumplimiento cuando por su parte no haya cumplido con la constitución de la garantía*”. Añadiendo, se trata de una previsión legal cuya necesidad, “*se refuerza en situaciones de crisis económica*”, lo que refuerza la esencialidad de la garantía. Y, que en el plano de su régimen de aplicación conforme al contexto de las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de compraventa, la resolución del contrato a instancia del comprador, por incumplimiento de dicha garantía dependerá de que, en verdad, subsista dicha reciprocidad o, dicho de otro modo, siga teniendo sentido la constitución o continuidad de la garantía.

De modo que como declaran las mencionadas sentencias “*cabe diferenciar dos supuestos*”. En la primera fase, llamada de pendencia de la obra proyectada, o en

⁶²⁵ Cfr. Sillero Crovetto, B. (2016). “La protección del comprador de vivienda Ley 57/1968 versus Disposición Adicional Primera de la LOE”.

⁶²⁶ Cfr. Sillero Crovetto, B. (2016). “La protección del comprador de vivienda Ley 57/1968 versus Disposición Adicional Primera de la LOE”.

⁶²⁷ Cfr. Díaz Martínez, A. (2013). “La Resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario”.

⁶²⁸ SSTs, Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) de 22 abril 2015 y 9 marzo 2016.

⁶²⁹ Cfr. Sillero Crovetto, B. (2016). “La protección del comprador de vivienda Ley 57/1968 versus Disposición Adicional Primera de la LOE”.

construcción, la garantía opera, como una obligación bilateral, de forma que el futuro adquirente puede *"tanto oponer una excepción a la entrega de la cantidad anticipada"*, si la garantía no se otorga, *"como proceder a la resolución del contrato"*, si entregada o dispuesta dicha cantidad el vendedor se niega a otorgar la preceptiva garantía. En este sentido, dicha garantía viene a constituir la causa de la obligación de entregar la cantidad y viceversa (artículo 1274 del CC)⁶³⁰.

La STS, Sala 1ª de 15 septiembre 2015 reitera como doctrina jurisprudencial que la omisión por parte del promotor de la constitución de la garantía, constituye un incumplimiento esencial del contrato de compraventa. No obstante hay que tener en cuenta que la Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) en sentencia de 19 julio 2013 ya declaró que no procede la resolución cuando el vendedor ofrezca los avales al comprador tan pronto como sea requerido para ello. Y, que resulta también contrario a las exigencias de la buena fe contractual ejercitar la acción con la pretensión de desvincularse del contrato cuando la contraparte se mostrara dispuesta a cumplir.

Sin embargo, en la fase en la que la vivienda está terminada, si la garantía no se ha exigido antes por el adquirente, su constitución carece ya de sentido y, su falta no se puede invocar como causa de resolución contractual. La STS, Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) de 10 julio 2013 afirma que, de entenderlo de otro modo, *"se llegaría al absurdo de erigir la falta de garantía sobre las cantidades entregadas a cuenta del precio en causa de resolución de la compraventa, por sí sola, incluso después de terminada la vivienda y entregada al comprador, lo cual corrobora que la gravedad del incumplimiento debe ser valorada en función de la finalidad de la propia ley y no desde una perspectiva puramente formal desligada del verdadero interés del comprador"*. Y, la STS de 29 enero 2014 declara que *"superada la fase de pendencia de la obra proyectada, sin exigencia al respecto, y estando terminada la vivienda"*, la exigibilidad de la garantía *"carece de autonomía pues su función se reconduce al ámbito propio del cumplimiento de la obligación, con la entrega o puesta a disposición de la vivienda"*.

Dado que el incumplimiento de esta obligación ha sido últimamente alegado como causa de resolución, cuando la vivienda ya está finalizada y el consumidor adquirente ve que la compra ya no le satisface del mismo modo que cuando la concertó ante la bajada de precios, bien porque tenga dificultad para obtener un préstamo hipotecario para su financiación, bien porque se encuentra en apuros económicos para afrontar el pago ante situaciones sobrevenidas en su ámbito laboral, conviene tener presente la respuesta de la jurisprudencia del TS (en las sentencias mencionadas) que unánimemente ha venido denegando la resolución del contrato, terminada la vivienda, si se denuncia solo esta falta de afianzamiento.

Con mayor rotundidad, otras sentencias del TS, invocando ya abiertamente el principio de la buena fe contractual y su proyección con la doctrina de los actos propios, subrayan que, aun cuando pueda configurarse como una obligación esencial, la exigibilidad de la garantía cuando la vivienda ha sido ya puesta a disposición del adquirente carece de función o sentido si se tiene presente la finalidad de la garantía.

⁶³⁰ La STS, Sala 1ª de 25 de octubre de 2011 considera que se trata de una obligación esencial del promotor mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de manera que su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato, e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio.

Ello refleja, como indica Díaz Martínez, A. (2013, p.56) que *"lo que realmente se pretende no es sino la resolución del contrato por otros motivos (en ocasiones, el retraso respecto del plazo de entrega pactado)"*⁶³¹ y, en definitiva, porque su eficacia ya no satisface los intereses concretos del comprador (muy frecuentemente, en su opinión, los económicos ligados a la pérdida de valor de la vivienda comprada, en un mercado ahora en depresión).

En el mismo sentido, la AP de Granada tampoco concede trascendencia resolutoria a este incumplimiento, cuando se denuncia, una vez la vivienda está terminada, por entender que lo pretendido por la norma es garantizar la conclusión y entrega de la vivienda. Así, lo declaro la (Sec. 4ª) en sentencia de 17 febrero 2006, la (Sec. 5ª) en sentencia de 28 mayo y, 23 julio de 2010, y la (Sec.3ª) en sentencia de 30 septiembre 2010. En esta última, al igual que en la anterior, la AP de Granada considera que la causa de resolución invocada por estos adquirentes es injustificada y extemporánea, y que el interés repentino que estos muestran por la entrega de las garantías, cuando no existe temor alguno a que la vivienda no se lleve a cabo, se relaciona con el contexto de notorias dificultades en el mercado inmobiliario, distinto del que existía al conculcarse muchos de estos contratos.

En estos casos, en los que las cantidades anticipadas no están garantizadas, cabe preguntarnos quien responde ante el consumidor adquirente que pretenda recuperar su dinero. La solución como hemos visto, vino dada por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) que en sentencias de 21 de diciembre de 2015 y de 15 de septiembre de 2015, declaro que *" las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dichas entidades"*.

Las SSTS Pleno de 16 enero 2015 y, de 30 abril 2015, declaran que la entidad de crédito debe responder de todas aquellas cantidades que fueron anticipadas por el comprador mediante el correspondiente ingreso en una cuenta bancaria, sea o no la cuenta especial concertada entre el promotor y la entidad bancaria Porque la responsabilidad que se impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre adquirente y promotor. Y, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia y control sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos que tenga con la entidad, especialmente si provienen de consumidores, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de *"exigir"*. De este modo, si abren una cuenta especial sin exigir la garantía al promotor lo harán como dice el ap. Uno. 1. b) de la DA 1ª de la LOE, *"bajo su responsabilidad"*.

En los casos, en los que las cantidades anticipadas no están garantizadas en su totalidad pero si en una parte, las SSTS, Sala 1ª de 9 marzo 2016 y de 17 marzo 2016 han reiterado, afortunadamente, la misma doctrina en un caso en el que la entidad de crédito receptora de las cantidades anticipadas en una cuenta común del promotor, no en

⁶³¹Cfr. Díaz Martínez, A. (2013). "La Resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario".

la cuenta especial exigida por la Ley, había avalado solamente una parte de esas cantidades y se oponía a responder de la otra por la inexistencia de cuenta especial y de garantía.

Reiterando, la STS Sala 1ª de 8 abril 2016 que la doctrina de esta Sala (en base a la condición 2ª del Art. 1 de la Ley 57/1968 y del actual ap. Uno. 1. b) de la DA 1ª de la LOE) impone al banco una obligación de control y vigilancia sobre el promotor cuyo incumplimiento determina la responsabilidad del banco frente al comprador, y más aún cuando, como en este caso, el banco recurrente era el mismo en el que el promotor tenía abierta la cuenta especial y el mismo que se había constituido en garante de las cantidades anticipadas por los compradores, pues también es doctrina de la Sala que la garantía ha de cubrir la totalidad de las cantidades anticipadas aunque en el documento correspondiente se haga constar un límite máximo inferior, ya que de no ser así se infringen aquellos preceptos.

Por ultimo cabe preguntarnos qué ocurrirá si el promotor cumple con la obligación impuesta en el ap. Uno. 1. a) de la DA 1ª de la LOE, garantizando la devolución de las cantidades entregadas, pero incumple la obligación impuesta en la letra b) y no abre la cuenta especial en una entidad de crédito para percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de ellas, con separación de otra clase de fondos del promotor.

Ya hemos visto que esta exigencia impuesta al promotor no es una condición de la exigibilidad de la garantía (seguro de caución o aval). En ese sentido, las STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 1 junio de 2016, 13 enero 2015 y 30 abril de 2015 así lo reconocen y concluyen que: *“no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial”*. Y, por tanto la entidad aseguradora o avalista deben responder en caso de incumplimiento del promotor aunque las cantidades no se ingresarán en la cuenta especial sino en otra del promotor. Declarando que: *“la ley impone al promotor la obligación de depositar las cantidades anticipadas en una cuenta especial, al efecto designada, pero nunca impone dicha obligación al comprador”*. Y, el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, *“dado que es una obligación que legalmente se impone al vendedor, siendo irrenunciable el derecho del comprador a que las cantidades ingresadas en esa cuenta especial queden así aseguradas, por lo que no puede establecer la póliza el desplazamiento al comprador de una obligación que solo corresponde al vendedor de acuerdo con la Ley 57/1968, dada la irrenunciabilidad mencionada”*, de lo que se deduce que no cabe entender excluida la cobertura del seguro. Por todo ello, se declara como doctrina jurisprudencial: *“1. La obligación exclusiva del promotor-vendedor de ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el promotor debe abrir. 2. La irrenunciabilidad de los derechos por el comprador que establece el art. 7 de la Ley 57/1968, impide que en el contrato que asegure o avale las cantidades anticipadas, se pueda imponer al comprador la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial”*. Es decir, *“no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial”*. Y, por tanto la entidad garante (aseguradora o avalista) debe responder en caso de incumplimiento del promotor aunque las cantidades no se ingresarán en la cuenta especial sino en otra del promotor.

El problema que se plantea, en mi opinión, es que como en la nueva redacción de la DA 1ª de la LOE no se menciona esa irrenunciabilidad de los derechos, todo lo expuesto se podría ir al traste si no fuera porque de conformidad con Casado Casado, B. (2016, p.17) entendemos que se mantiene el carácter irrenunciable de sus derechos pese a que el tenor literal de texto de la DA 1ª lo omite.⁶³²

⁶³²Cfr. Casado Casado, B. (2016). “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”.

CAPITULO VII. EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA

Una vez que el consumidor opta, por la vivienda que desea adquirir y llega a un acuerdo con el profesional, ya hay contrato de compraventa de vivienda pues este se perfecciona por el mero consentimiento de las partes,⁶³³ y desde entonces les obliga. No obstante, la consumación, esto es, la satisfacción de los intereses que representa el contrato válidamente perfeccionado para cada una de las partes, solamente ocurre en el contrato de compraventa de vivienda cuando el vendedor cumple su obligación de entregarla y el comprador paga la totalidad del precio pactado, estas son las obligaciones principales, sin embargo ambos pueden asumir otras obligaciones que expondremos a continuación sin pretender realizar un tratamiento exhaustivo de todas ellas, que por otra parte sería imposible.

1. Obligaciones del vendedor

1.1. El deber de información

Imponiendo a los empresarios unos deberes de información antes, durante, y con posterioridad a la firma del contrato, coincidimos con Izquierdo Carrasco, M. (2011) que el legislador trata de paliar el desequilibrio informativo existente, e incluso la inexperiencia negocial, del consumidor que adquiere la vivienda del profesional.⁶³⁴

Exigiendo este deber de información se pretende proteger tanto el derecho del consumidor a la libre (y consciente) elección de la vivienda, como a la reflexión sobre la conveniencia de celebrar (o no) el contrato, tratando así de proteger la libre y correcta formación del consentimiento del consumidor.

En este apartado, nos remitimos a lo ya expuesto con anterioridad sobre el derecho del consumidor a la información previa al contrato. En la información que el empresario está obligado a facilitar al consumidor destaca la forma en que está previsto

⁶³³La compraventa, como contrato consensual, bilateral, recíproco y típico, queda perfeccionada desde el mismo momento en el que concurren los elementos exigidos por el Art 1.261 del CC para formar contrato: consentimiento, objeto y causa de la obligación.

⁶³⁴ Cfr. Izquierdo Carrasco, M. (2011). “Derecho a la información, formación y educación”. En *La defensa de los consumidores y usuarios:(comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007): adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009*. Madrid, Iustel, pp. 250-311.

documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales.⁶³⁵ Se debe hacer constar en el contrato el contenido de los Arts. 1280.1º y, 1279 del CC con el fin de dar a conocer el deber de constancia del contrato en documento público y la posibilidad de compelerse recíprocamente a llenar esta forma.

En mi opinión, no cabe duda de que, cuanto mayor sea la información suministrada, mayor será la protección que se otorga al consumidor de vivienda. No obstante, para que esta protección no quede solo en la teoría, en la práctica antes de firmar el contrato sería recomendable que el consumidor se asesorase e informase por un profesional imparcial y ajeno al contrato que se va a firmar, por ejemplo, un letrado o un notario que no interviene en la formalización del mismo.

1.2. Entrega de la titulación y de la documentación relacionada con la vivienda

El deber de entregar la vivienda al consumidor presupone el deber de aportarle o entregarle antes la titulación de la vivienda o documentación acreditativa del derecho de propiedad y toda la relacionada con ella, como los Planos, Proyectos Básicos y de Ejecución, la memoria de calidades de la vivienda, y la documentación necesaria para la utilización y la atención de las ineludibles labores de mantenimiento y reparación de la misma.⁶³⁶

El CC no regula esta cuestión. Sí lo hace el TRLGDCU, la LOE y el RD 515/1989. El Art. 64 del TRLGDCU establece la obligación de facilitar "*además*" de la documentación genérica,⁶³⁷ la documentación complementaria prevista por la LOE o norma autonómica que resulte de aplicación.

El RD 515/1989, indica en el Art. 9 que: "*a la firma del contrato*" todo consumidor adquirente de vivienda tiene derecho a recibir a costa del vendedor (es decir, de forma gratuita) copia de los documentos a que se refieren los Arts. 4 a 7, ya examinados.

Dentro de la documentación que el promotor debe entregar al adquirente el Art. 7 de la LOE se refiere al libro del edificio como un conjunto de documentos integrado "*al menos*" por los siguientes documentos: el proyecto y sus modificaciones, los trámites administrativos realizados, el acta de recepción, la relación identificativa de los

⁶³⁵ Art. 5.1 del RD 515/1989.

⁶³⁶ Así lo considera la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 18 de marzo de 2002, en base a que la obligación de dar una cosa principal lleva consigo la de entregar todos los accesorios que la sirven, y además considera que no se vulnera el Art. 1258 del CC "*pues la entrega de la documentación de que se trata es una secuela del contrato, en virtud de que nadie ostenta más méritos para tener consigo la documentación de la obra ejecutada que los propios adquirentes finales, habida cuenta de su decisiva transcendencia para la utilización de la edificación, así como para la atención de las ineludibles labores de mantenimiento y reparación de la misma*".

⁶³⁷ El Art. 63 del TRLGDCU, establece que en los contratos con consumidores se les entregará documento acreditativo de la operación con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor.

agentes que han intervenido durante el proceso de edificación y las instrucciones de uso y mantenimiento tanto del edificio como de sus instalaciones.⁶³⁸

Para Torres Lana, J.A. (2013, p. 1015) la expresión “*al menos*” utilizada por el Art. 7 de la LOE subraya que se trata de “*un contenido mínimo*” que puede, y en ocasiones debe, ser ampliado con otros documentos, tales como “*el libro de órdenes, los proyectos de acceso a infraestructuras de telecomunicación, las calidades de los materiales o las garantías de las instalaciones, en su caso*”.⁶³⁹

En Andalucía, el empresario vendedor está obligado a entregar al consumidor la copia de los documentos que se detallan en el Art. 9 del Reglamento de información al consumidor de vivienda. Además, se establece que deben entregarse al menos con 3 días hábiles de antelación a la firma del contrato, antelación que valoramos de forma muy positiva.⁶⁴⁰

Coincidimos con Torres Lana, J.A. (2013, p.1019), que la finalidad que persigue entregar, antes de firma del contrato, toda esta documentación al consumidor adquirente de vivienda, es facilitar la información que aquel tiene derecho a recibir, y “*acreditar su contenido (verba volant)*”.⁶⁴¹

En mi opinión, toda esta información debe integrar y conformar el contrato de adquisición de una vivienda por parte de un consumidor. Con ella se trata de darle una representación lo más exacta posible y fiable de la vivienda que adquiere. Y, por tanto, se le debe entregar, conformando la realidad que determina la exigencia de cumplimiento frente al vendedor. Se trata así de paliar la inicial desigualdad contractual del consumidor frente al empresario, dedicado a su actividad comercial. No obstante, el problema es que la mayoría de compradores de viviendas carecen de unos conocimientos mínimos para comprender la compleja documentación referida por el

⁶³⁸El Art 7 de la LOE se dedica a la documentación de la obra ejecutada, y establece que. “*Una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitado al promotor por el director de obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos. A dicha documentación se adjuntará, al menos....Toda la documentación a que hace referencia los apartados anteriores, que constituirá el Libro del Edificio, será entregada a los usuarios finales del edificio*”.

⁶³⁹ Cfr. Torres Lana, J. A. (2013). “Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo”.

⁶⁴⁰ Entre los que cabe destacar copia del DIA y de la nota explicativa del precio sino se habían entregado antes, de las licencias o actos administrativos equivalentes necesarios para la utilización u ocupación de la vivienda. En las viviendas en régimen de propiedad horizontal y en caso de existir, copia de los Estatutos y, normas de funcionamiento de la Comunidad de Propietarios, con indicación de la cuota de participación que corresponde a la vivienda y certificado emitido por el Secretario de la Comunidad sobre el estado de deudas del transmitente de la vivienda con la Comunidad. Los seguros y garantías con que cuenta la vivienda y los bienes instalados en ella. En el caso de tratarse de bienes o instalaciones del edificio, las garantías se entregarán a la comunidad de propietarios que se constituya. El Libro del Edificio que, en caso de tratarse de viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal, se entregará a la comunidad de propietarios que se constituya. Declaración de si el edificio o urbanización y la vivienda disponen de las acometidas de los suministros previstos por red. Instrucciones relativas a la evacuación del inmueble en caso de emergencia. Llama la Atención, que se establezca que se entregue Certificación de encontrarse el transmitente de la vivienda al corriente en el pago del IBI, emitida por la Entidad Local competente.

⁶⁴¹ Cfr. Torres Lana, J. A. (2013). “Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo”.

legislador, dado su carácter marcadamente técnico, por ello sería recomendable estar asesorado por un profesional antes de firmar el contrato.

1.3. Construcción, y entrega de la vivienda vendida

Si la vivienda se hubiera adquirido sobre plano, nuestra doctrina, indica Pinto Andrade, C. (2013, p. 65), admite que el vendedor (promotor) asume, tanto la obligación de construir o promover la construcción de la vivienda, como la de entregarla. Diferenciando, dentro de la primera obligación, dos tipos de tareas: la de gestión, que comprende “*la financiación de la obra, tramitación de permisos y Licencias y la contratación de la empresa constructora, si no se asume esa función, y de los técnicos (Arquitecto Superior, Aparejador, proyectista, etc.)*”. Y, la ejecutiva, que comprende “*la programación y coordinación de todas las labores que producen el resultado*” de la vivienda terminada, tales como dirección facultativa, construcción estricta, conclusión y entrega de la obra al promotor.⁶⁴² En estos casos, existe la obligación de desplegar las actividades o diligencia necesaria para que dicha vivienda llegue a tener lugar y se entregara una vez que alcance la realidad (física y jurídica) exterior.⁶⁴³

Construida la vivienda el vendedor tiene la obligación principal de entregarla al consumidor que la adquirió para dar satisfacción a su uso y disfrute.⁶⁴⁴ Nuestro CC exige para la entrega de la vivienda de título y modo, de manera que no se transmite la propiedad por la mera perfección del contrato, sino que requiere, además, la tradición o entrega que señala el momento de la consumación de la venta de la vivienda.⁶⁴⁵ El modo habitual de entrega de la vivienda, una vez terminada, es la tradición instrumental, mediante el otorgamiento de escritura pública.⁶⁴⁶

En ese sentido, Barrio Gallardo, A. (2015) indica que la teoría del título y el modo de la que son expresión normativa los Arts. 609 y, 1073 CC, “*es admitida sin reservas por la comunidad científica y la jurisprudencia*”⁶⁴⁷ y para ello, son necesarios la yuxtaposición del contrato al que se llamará justa causa o título de la vivienda, y la entrega de la misma que es el modo de adquirirla ya que sólo después de la tradición se

⁶⁴² Cfr. Pinto Andrade, C. (2013). *El contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento: controversias habituales entre compradores y promotores inmobiliarios*. Ed. Bosch. pp. 792.

⁶⁴³ SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 11 junio 2013 y, 19 julio 2012.

⁶⁴⁴ A partir del Art. 1461 del CC, se regulan las obligaciones del vendedor, y dicho precepto establece que: “*El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta.*”

⁶⁴⁵ El Art. 609 CC reconoce que la propiedad se adquiere “*por consecuencia de ciertos contratos, mediante la tradición*”. El Art. 1095 CC establece que no se adquiere “*derecho real*” sobre la vivienda hasta que le haya sido entregada. Por último, el Art. 1462 la entiende entregada cuando se ponga en poder y posesión del comprador.

⁶⁴⁶ El Art. 1462 CC “*Se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*”.

⁶⁴⁷ Cfr. Barrio Gallardo, A. (2015). “La relevancia de la forma y la publicidad registral en el contrato de compraventa de vivienda”. *En Acceso a la vivienda y contratación*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 614- 649.

produce el cambio de titularidad de la vivienda.⁶⁴⁸ En la compraventa de vivienda el modo de entrega más usual, de conformidad con el anterior autor (2015, p.640) es la “*tradicción instrumental*” donde el otorgamiento de la escritura equivale a transmitir y adquirir la propiedad (Art. 1462 CC) reuniendo en un mismo instante “*dos fases esenciales del iter contractual, la perfección y ejecución de la venta, bajo la atenta supervisión y asesoramiento cualificado de un funcionario especializado: el Notario*”.⁶⁴⁹

De conformidad con Espejo Ledo De Tejada, M. (2013, p.1204), teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 1462.2 CC podríamos decir que cuando se haga la venta de la vivienda mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la misma, “*si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*”.⁶⁵⁰ Pero, como la entrega de la posesión de la vivienda es “*un elemento de la prestación*”, es decir, una conducta que debe ser cumplida por el vendedor “*para dar satisfacción al comprador en aspectos tales como el uso, goce y disposición*” de la vivienda, en los casos que éste incumpla su deber obligacional de entrega, si se otorgó escritura pública ésta transmite la propiedad al consumidor adquirente que ostentará el derecho real, incluso “*erga omnes*” con independencia del incumplimiento de aquel.⁶⁵¹

En el caso de que la vivienda se hubiera adquirido sobre plano, de conformidad con Espejo Ledo De Tejada, M. (2013, p.1206-1207), lo normal es firmar primero un documento privado, y dejar para cuando se termine la vivienda el otorgamiento de la escritura pública, pero el anterior autor, se plantea si se podría vender en escritura pública una vivienda sobre plano.⁶⁵² Problema que de nuevo expone Barrio Gallardo, A. (2015), concluyendo que se debe esperar a que la vivienda este construida para que pueda operar la transmisión del dominio al no poderse entregar la posesión de la misma hasta que no esté construida.⁶⁵³

Del retraso en la entrega de la vivienda en orden a la valoración del incumplimiento de la obligación, se ha ocupado la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª del TS, recogida en las sentencias de fecha 13 marzo 2017, 7 octubre 2016, 26 junio 2015 y, 15 julio 2013, señalando que su alcance debe ser evaluado en la dinámica contractual que opera conforme a lo pactado por las partes, pues del mero retraso,

⁶⁴⁸ En la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 7diciembre 2005, niega el TS que las modalidades de traditio sean un numerus clausus, pero tampoco se puede dejar a la autonomía de la voluntad. Existen formas más espiritualizadas sin necesidad de entrega material (traditio ficta), puede realizarse de forma simbólica, por ejemplo, con la entrega de llaves.

⁶⁴⁹Cfr. Barrio Gallardo, A. (2015). "La relevancia de la forma y la publicidad registral en el contrato de compraventa de vivienda".

⁶⁵⁰ Por ejemplo, no será necesaria la entrega material si el comprador ya la disfrutaba como arrendatario o usufructuario.

⁶⁵¹ Cfr. Espejo Ledo De Tejada, M. (2013). “En qué casos la escritura pública no equivale a la entrega”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, pp. 1203-1213.

⁶⁵²Cfr. Espejo Ledo De Tejada, M. (2013). “En qué casos la escritura pública no equivale a la entrega”.

⁶⁵³ Así, la STS Sala de lo Civil de 12 noviembre 2007 [RJ 8107]), así como la RDGRN 16 mayo 1996 advierte “*debe tenerse en cuenta que el piso a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación (...) el derecho que se adquiere por quien compra un piso a construir tiene, pues, el carácter de un verdadero y actual derecho real, y nada obsta a su adquisición, y desde el mismo momento de su celebración, en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio si éste se otorga en escritura pública.. la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que a pesar de la transmisión del dominio puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega*», esta idea tuvo continuidad en la de fecha 5 enero 1999 pero no en la de 23 septiembre 1999.

considerado en abstracto, no se infiere una concreta trascendencia jurídica de un modo automático. De ahí, que ésta Sala haya declarado que el mero retraso, por sí sólo, no resulta determinante de la resolución del contrato. Según esta jurisprudencia, cuando las partes no quisieron dar al plazo de entrega un carácter esencial con efectos resolutorios explícitos (cláusula resolutoria expresa), el retraso del vendedor en la entrega sólo ampara la resolución si el cumplimiento tardío frustra los legítimos intereses del comprador. En cambio, procede la resolución del contrato de compraventa, cuando las partes hubieran pactado que el retraso constituye causa de resolución del contrato y la vendedora no entregue en plazo la vivienda. Así, la STS de fecha 17 marzo 2017, ya mencionada declara que el hecho de haber pactado una condición resolutoria expresa es suficientemente indicativo de la trascendencia que las partes le dieron al término del cumplimiento del contrato.

Para la Sala de lo Civil del TS, la obligación de entrega presenta un doble aspecto: físico o material, consistente en la puesta en posesión que, en el caso de la vivienda puede entenderse producida por el otorgamiento de la escritura pública; y otro jurídico, que se refiere al cumplimiento de aquéllas condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica de la misma, a favor del consumidor adquirente.⁶⁵⁴

La obligación del vendedor de entregar la vivienda objeto del contrato de compraventa supone para la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 12 septiembre 2016, a tenor de lo dispuesto en los Art. 1461 y concordantes del CC, la entrega de aquélla en condiciones de poder ser habitada sin impedimento legal alguno, haciendo posible su ocupación de un modo definitivo y sin obstáculos o impedimentos administrativos o urbanísticos. De modo que, la obligación asumida por el vendedor de una vivienda se extiende a poner al comprador en la pacífica posesión de un espacio, independiente que no sólo aparentemente sea una vivienda, sino que se adapte a las exigencias urbanísticas, a fin de que no exista obstáculo alguno a la obtención de la finalidad pretendida por el comprador. En consecuencia, el vendedor responde, no sólo de la entrega de la vivienda, sino también de efectuarla con la condición de habitabilidad.⁶⁵⁵

En relación con el contenido de la obligación de entrega de la vivienda, las SSTS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) de 22 julio 2016, 9 marzo de 2016 y, 21 julio 2014 han declarado que la licencia de primera ocupación forma parte de la obligación de entrega. Es decir, la obligación de entregar la vivienda implica hacerlo con la licencia de primera ocupación, aunque en el contrato se hubiera expresado solamente que la obra terminaría en fecha determinada. No se trata, sólo de terminar, sino de entregar, obligación esencial del vendedor. Y, para que tal entrega sea útil es preciso haber obtenido la licencia de primera ocupación.

La Sala de lo Civil (Sec. 1ª) en sentencia de 22 abril 2015 destaca la relevancia y, el papel que la obtención de la licencia de primera ocupación, desempeña en el proceso adquisitivo de una vivienda en construcción, como requisito que completa la entrega de la vivienda en cuanto objeto apto para el tráfico jurídico.⁶⁵⁶ De conformidad con Rubio Torrano, E. (2014), la sentencia de la misma sala de fecha 10 de septiembre

⁶⁵⁴ La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 12 septiembre 2016 cita la de fecha 13 noviembre 2013.

⁶⁵⁵La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 12 septiembre 2016 cita la de fecha 3 junio 2003.

⁶⁵⁶En ese sentido, se pronunciaron las SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 21 julio 2014, y 11 marzo 2013 y 10 septiembre 2012.

de 2012, lo establece, de forma correcta y de forma clara,⁶⁵⁷ al decir que se trata con ella de contrastar que se ha respetado la licencia de construcción.⁶⁵⁸

Afirma la STS de la Sala de lo Civil (Sec. 1ª) 28 de abril de 2014, que la falta de cumplimiento de este deber, no sólo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato, sino también, en su defecto *“en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente, correspondiendo a la vendedora probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.”*

Confirmando las anteriores sentencias, la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 12 septiembre 2016, atribuye efectos resolutorios del contrato de compraventa a la falta de entrega por el vendedor de la licencia de primera ocupación estableciendo la doctrina que declara que: *“Las garantías legales de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas que regula la Ley 57/1968 y la DA 1ª LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compra-venta no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios en la edificación de naturaleza urbanística”*.

Incumplida la obligación de entrega de una vivienda adquirida con los condicionantes de la Ley 57/1968, la trascendencia de las garantías de las cantidades anticipadas, es resaltada en la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 22 abril 2015 y, de Pleno de 7 mayo 2014, declarando que transcurrido el plazo de entrega de una vivienda, se puede entender que automáticamente puede reclamarse el importe de la garantía a la entidad, sin necesidad de valorar si el retraso ha sido excesivo o no, o si se ha frustrado o no la finalidad del contrato, porque nada de ello permite el legislador que se oponga, ya que incumplida la obligación de entrega, el avalista o la aseguradora deben devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas.

La principal obligación que tiene el vendedor, como hemos visto, es entregar la vivienda. Esta obligación, de conformidad con Cordero Lobato, E. (2013, p.1351), *“no se agota con el mero traspaso posesorio, sino que aparece configurada como una obligación de ejecución prolongada en el tiempo”*.⁶⁵⁹ En mi opinión, solo de esta forma

⁶⁵⁷ Cfr. Rubio Torrano, E. (2014). “Licencia de primera ocupación y falta de entrega en la venta de inmuebles”. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 9, pp. 19-21.

⁶⁵⁸ De tal modo que supone comprobar si se han cumplido o no las condiciones establecidas en esta licencia de construcción y si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se le destina. Se trata por tanto, de un compromiso asumido por el constructor-vendedor con la Administración, del que solo se libera mediante la ejecución fiel y cumplida de la obra, en cuyo caso la Administración, está obligada a expedir la licencia de primera ocupación, que no es por lo tanto de concesión discrecional, sino una actividad reglada, que no se sufre por el transcurso del tiempo. Puesto que quien construye para vender no puede desconocer este deber, a él incumbe cumplir el deber administrativo -ajeno en principio a la parte compradora- de gestionar la licencia de primera ocupación y de cumplir así la obligación nacida del contrato de compraventa de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto.

⁶⁵⁹ Cfr. Cordero Lobato, E. (2013). “Presentación XIV. Saneamiento y falta de conformidad”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 1351.

quedara protegido el consumidor que adquiere la vivienda. Afortunadamente, así lo entendió nuestro CC, cuando en el Art. 1461 obliga al vendedor a la entrega y saneamiento, y el Art 1474 le hace responsable, no sólo de la posesión legal y pacífica como propietario, sino también de los vicios o defectos ocultos que tuviere la vivienda ya entregada.

Coincidimos con Rodríguez Morata, F. (2013, p.1355) que la evicción se manifiesta como un “daño” provocado por un “vicio jurídico” fundado en “un defecto en el derecho del vendedor”. El Art. 1475 CC regula la forma normal de causar este daño, cuando al adquirente se le priva, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de la vivienda o de parte de ella, quedando “frustrada la atribución del derecho de dominio” de la vivienda vendida.⁶⁶⁰

De ahí, que como sostiene, el anterior autor, la responsabilidad por evicción tenga que ver “con el recto cumplimiento de las obligaciones impuestas al vendedor en el contrato”, cuyo incumplimiento dará lugar (en caso de que se produzca la evicción) a la resolución o desistimiento con restitución no tanto del precio de la vivienda vendida, sino del valor que la misma tuviere al tiempo de la evicción (Art. 1478.1º CC). En mi opinión, la aplicación del tenor literal de este precepto, puede no proteger al consumidor de vivienda si éste la adquirió antes de la crisis y, la evicción se produce cuando la vivienda ha bajado considerablemente su precio, salvo que consideremos que se vendió de mala fe y, en concepto de daños se condene al vendedor a pagar la diferencia entre lo que se pagó por la vivienda y el valor de esta al tiempo de la evicción, sí este es menor que aquel.

El consumidor adquirente de la vivienda quedaría más protegido sí de conformidad, con Rodríguez Morata, F.(2013, p.1357), defendemos la “evicción inversa” o “cambio de papeles”, de forma que tenga también lugar la evicción cuando es el consumidor adquirente el que insta la demanda de evicción, “temiendo por la titularidad” de la vivienda vendida, o cuando “emprende acciones de defensa frente a los actos de perturbación de su derecho” sobre la vivienda o “frente al ejercicio posesorio” de un tercero sobre la misma,⁶⁶¹ de manera que a la postre en el procedimiento entablado por el consumidor éste resulte vencido y, privado de la vivienda adquirida por un vicio en el derecho de su vendedor.⁶⁶²

En estos casos, lo más práctico para el consumidor, es la acumulación de las acciones frente al tercero y, las de saneamiento o responsabilidad por evicción (art. 1478 CC) frente al vendedor, para el caso de que no prospere su pretensión contra el tercero, resulte condenado el vendedor. Es decir, que al vendedor se le notifique la demanda y cite a juicio como demandado utilizando, de conformidad con Rodríguez Morata, F. (2013, p.1361) la “llamada en garantía”,⁶⁶³ de tal forma que no se limite el consumidor a provocar la intervención forzosa de éste en el juicio para que aporte los medios de prueba de que disponga para sostener la pretensión del demandante, sino que

⁶⁶⁰ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “La evicción inversa en la compraventa”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 1353-1362.

⁶⁶¹ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “La evicción inversa en la compraventa”.

⁶⁶² Por ejemplo, cuando el vendedor había otorgado la venta sabiendo que la cosa no era suya, ignorándolo el comprador.

⁶⁶³ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “La evicción inversa en la compraventa”.

acumule frente al mismo la reclamación de todos los conceptos a que tiene derecho conforme al Art. 1478 CC.

El Art. 1484 CC, atribuye al vendedor la obligación de saneamiento por vicios ocultos. Conforme a este precepto podríamos entender, que son vicios ocultos aquellos que hacen la vivienda vendida “*impropia para el uso a que se la destina*” o que “*disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella*”. De conformidad con Tur Faúndez, M^a (2013, p.1419) la redacción del precepto nos permite dos interpretaciones distintas sobre el concepto de vicio oculto. Por un lado, una “*noción conceptual*” que atiende al “*uso normal*” de la vivienda, sin tener en cuenta “*el objetivo concreto del comprador al celebrar el contrato*”. Pero también puede deducirse un “*concepto funcional del vicio*”, esto es, basado en los “*concretos propósitos perseguidos*” por el adquirente de la vivienda.⁶⁶⁴ De conformidad con la anterior autora, nos inclinamos por ésta última más amplia que incluye, además de los defectos que inhabilitan la vivienda para el uso al que ésta normalmente se destina, la ausencia de cualidades que fueron previstas al tiempo de la celebración del contrato.

El precepto no hace responsable al vendedor de los defectos manifiestos o que estén a la vista, pero tampoco de los que no lo estén, si el consumidor adquirente es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos. Por tanto, para exigir responsabilidad al vendedor se exige que el vicio o defecto este oculto. Y, además como indica Tur Faúndez, M^a (2013), aunque el CC no lo diga expresamente, se entiende implícitamente que estos vicios deben ser relevantes y existir antes de la venta.⁶⁶⁵ En mi opinión, como la carga de la prueba de que el vicio existía con anterioridad a la perfección del contrato recae sobre el comprador, es normal, como no puede ser de otro modo, que con frecuencia éste recurra a la presunción de que el vicio preexistió a la venta cuando se haya manifestado al poco tiempo de celebrarse el contrato.

De conformidad con Tur Faúndez, M^a (2013) en éstos casos, aunque el Art. 1486 del CC concede la posibilidad de elegir entre las acciones edilicias, optando entre la acción redhibitoria (desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó), o la acción estimatoria (rebajar una cantidad proporcional del precio a juicio de los peritos), la gravedad del vicio puede servir para determinar el ejercicio de una u otra acción. De este modo, si se trata de un vicio grave el comprador podrá elegir mientras que si se trata de un vicio de menor entidad únicamente podrá ejercitar la acción estimatoria.⁶⁶⁶

Sin embargo, como indica Tur Faúndez, M^a (2013), la brevedad del plazo de caducidad (de seis meses desde la entrega) establecido en el Art. 1490, para el ejercicio de estas acciones, ha provocado que la jurisprudencia aplicando la doctrina del “*aliud pro alio*”,⁶⁶⁷ haya extendido las reglas generales del incumplimiento contractual,⁶⁶⁸ a

⁶⁶⁴ Cfr. Tur Faúndez, M^a (2013). “Redhibitoria y otras acciones resolutorias por incumplimiento”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 1419-1428.

⁶⁶⁵ Cfr. Tur Faúndez, M^a (2013). “Redhibitoria y otras acciones resolutorias por incumplimiento”.

⁶⁶⁶ Cfr. Tur Faúndez, M^a (2013). “Redhibitoria y otras acciones resolutorias por incumplimiento”.

⁶⁶⁷ La STS de 14 de enero de 2010 establece los requisitos para aplicar la doctrina del “*aliud pro alio*”, (entrega de una vivienda distinta de la pactada o cuando la entregada no sirve para el uso o la finalidad perseguida) desarrollada a partir del Art. 1166 CC, que para la vivienda podríamos decir que establece que no se puede obligar a recibir una vivienda por otra “*aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida*”; por tanto, identificada la vivienda debida, no es posible, sin un acuerdo entre las partes,

los casos en que el inmueble es inhabitable, (no sirve para vivir, no es vivienda)⁶⁶⁹ y se produce la insatisfacción del adquirente consumidor, lo que permite instar la acción de resolución (Arts. 1124 y ss. CC), cuyo plazo de prescripción es el general de 5 años,⁶⁷⁰ junto con la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios, que en caso de ejercitar la acción redhibitoria quedaría restringida a los supuestos en que el vendedor hubiera actuado de mala fe.

En estos casos, en mi opinión debe existir compatibilidad de las acciones de saneamiento y de incumplimiento para que se pueda solicitar una con carácter principal y otra de forma subsidiaria, según convenga. A este respecto, la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 12 septiembre 2016, coincidimos con Rubio Torrano, E. (2017) lo que vino a concluir es que en el caso enjuiciado existió un incumplimiento de la obligación principal que corresponde al vendedor, de entregar la vivienda saneada. Pues independientemente de la obligación que tenga el vendedor de transferir la propiedad de la vivienda vendida, debe entregar, en todo caso, su posesión pacífica, como medio para atribuir pleno valor a la transferencia de aquella.⁶⁷¹ Y, que el vicio puede tratarse en sede judicial como la existencia de cargas o vicios ocultos en la vivienda (Arts. 1483, 1484, 1486 CC), o como incumplimiento de lo debido por parte del vendedor (Arts. 1024 y 1100 CC). Así, coincidimos con Rubio Torrano, E. (2017), en que si bien, en la confrontación entre las disciplinas del saneamiento y del incumplimiento, el criterio determinante de que el conflicto pueda ser enjuiciado como incumplimiento es que la prestación real sea considerada distinta de la debida en el sentido de inhábil para la finalidad perseguida, no parece existir pauta alguna de preferencia entre los regímenes de la anulación por vicio del consentimiento, de una parte, y de otra, del incumplimiento, o del saneamiento.⁶⁷²

La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 12 septiembre 2016 declara que, cuando el promotor-vendedor oculta al comprador la existencia de vicios de naturaleza urbanística que determinen la ilegalidad de la vivienda, el comprador podrá ejercitar la anulabilidad del contrato con fundamento en un vicio del consentimiento de naturaleza invalidante (Art. 1300 y concordantes del CC). Ahora bien, tal ocultación no obstaculiza que el comprador inste la resolución del contrato con fundamento en lo dispuesto en el Art. 1124 CC, pues no podría cumplir el vendedor con la obligación esencial de entregar la vivienda conforme a lo pactado Art. 1258 CC, y además al tratarse de un adquirente consumidor el promotor habría incumplido la obligación esencial de informar sobre un extremo tan importante como es la normativa urbanística. Por todo ello, la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 12 septiembre 2016, parte del hecho de que el comprador podía haber optado, tanto por la anulabilidad del contrato, como por la resolución del mismo.

cambiarla, porque el cambio unilateral por parte del vendedor determina el incumplimiento de la obligación.

⁶⁶⁸Cfr. Tur Faúndez, Mª (2013). “Vicios ocultos y aliud pro alio estado de la jurisprudencia”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 1409-1418.

⁶⁶⁹ Un ejemplo de lo anterior es la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 2 junio 2015 donde el vendedor de forma ilegal destino la planta semisótano del inmueble a vivienda ocultando al comprador los impedimentos urbanísticos que afectaban al destino de aquella.

⁶⁷⁰ Tras la reforma de la LEC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, el plazo de 15 años ha sido reducido a 5 años. BOE 6 octubre 2015.

⁶⁷¹ Cfr. Rubio Torrano, E. (2017). “Anulabilidad de compraventa de vivienda futura por error en el consentimiento con ocultación de vicios urbanísticos”. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 2

⁶⁷²Cfr. Rubio Torrano, E. (2017). “Anulabilidad de compraventa de vivienda futura por error en el consentimiento con ocultación de vicios urbanísticos”.

Y, fija como doctrina que las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la Ley 57/1968 y la DA 1ª de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compra-venta no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística.

Asimismo, coincido con García Aburuza, Mª P. (2016) que lo importante de la STS de 12 septiembre 2016 mencionada es que a partir de ahora cualquier circunstancia que sea capaz de poder calificarse como una “no entrega” (en cualquiera de sus vertientes), o como una “no adecuada entrega”, genera en el ámbito de la compra de las viviendas proyectadas, responsabilidad por parte del promotor y, la imposibilidad de la cancelación de las garantías aplicables al sector, con lo cual las cantidades anticipadas deberían ser susceptibles de ser devueltas al comprador por vendedor y aseguradora o avalista, haciendo así más extenso el campo de protección al adquirente consumidor lo que siempre es conveniente.⁶⁷³

Por último, hay que poner de manifiesto que el vendedor no sólo se obliga a la entrega y saneamiento de la vivienda, sino que asume una serie de obligaciones accesorias, como las que veremos a continuación.

1.4. Otorgar escritura pública

Lo primero que hay que advertir es que la escritura pública no es necesaria para la perfección del contrato de compraventa de vivienda. Como recuerda la STS Sala de lo Civil de 5 febrero 2014, el TS desde antiguo ha interpretado que pese a que según el Art. 1280 este contrato debe constar en documento público, este precepto puesto en relación con el conjunto del sistema y con el Art. 1279 CC, se reduce a la facultad de los contratantes de compelerse recíprocamente al otorgamiento del documento público.⁶⁷⁴

Como indica Barrio Gallardo, A. (2015, p.625) en la actualidad la interpretación correcta del Art. 1279 CC, es que “no se puede subordinar la eficacia del contrato entre comprador y vendedor a completar una determinada forma más que cuando así lo quieran los interesados”. Cabe, por tanto, “exigir la entrega de la vivienda, desde que la compraventa es válida, y lo es a pesar de no constar por escrito y aún de palabra”, pues “la falta de documentación pública no impide que puedan ejecutarse o hacerse efectivas las obligaciones propias del contrato”.⁶⁷⁵

⁶⁷³ Cfr. García Aburuza, Mª P. (2016). "Sobre las cantidades anticipadas en la compra de viviendas: la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2016." *Revista Aranzadi Doctrinal* núm.11 pags.127-140.

⁶⁷⁴ Por tanto, la previsión de tal precepto no tiene el alcance de forma solemne con repercusión en la eficacia obligatoria de los contratos pues el Art. 1278 del CC, de manera terminante, consagra en nuestro ámbito jurídico el principio espiritualista.

⁶⁷⁵ Cfr Barrio Gallardo, A. (2015). "La relevancia de la forma y la publicidad registral en el contrato de compraventa de vivienda".

Coincidimos con el anterior autor (2015) y, con Domínguez Luelmo, A. (2013, p 1196), que la “*facultad de compelerse recíprocamente las partes a elevar el contrato a escritura pública*”, en cuanto que facultad “*no prescribe*”, mientras subsista la vigencia del contrato y el ejercicio de los derechos y obligaciones a que haya dado nacimiento.⁶⁷⁶

Ante la negativa o imposibilidad del vendedor para elevar a público el documento privado, como ya indico Soler Pascual, L. A. (2008, p.98), se hace necesario “*promover un procedimiento judicial*” con la única finalidad de que el juez pueda sustituir esa inactividad y, a continuación, una vez conseguida la escritura pública proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad y gozar así de la protección de la fe pública registral.⁶⁷⁷

Así, lo confirma la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 16 septiembre 2014 al decir que “*el cauce adecuado previsto para el cumplimiento de esta exigencia formal*”, es, “*compelerse en vía judicial para que se proceda al otorgamiento de la expresada escritura pública*”.

En circunstancias normales, si no se ha dicho otra cosa, la jurisprudencia del TS ha considerado que la ausencia de documentación pública no es motivo suficiente para entender resuelta la compraventa,⁶⁷⁸ porque la obligación de documentar el contrato no tiene, salvo pacto en contrario, carácter esencial, y no es suficiente el incumplimiento de obligaciones accesorias o complementarias, como en éste caso, es la mera y simple negativa del vendedor a otorgar la escritura pública de venta, para solicitar la resolución del contrato a efectos del Art. 1124 CC, cuando el contrato ya ha sido cumplido por él mediante la entrega al comprador de la vivienda vendida. En estos casos, la falta de escritura pública conlleva únicamente que el consumidor que ha adquirido la vivienda pueda exigir su otorgamiento al empresario, pero no justifica que aquel incumpla su obligación y deje de pagar el precio,⁶⁷⁹ pues no se trata, en principio, de un elemento principal sino accesorio del acuerdo.

La STS (Sala 1ª) de 16 septiembre 2014, al plantear la cuestión de si “*el incumplimiento de la obligación de elevar a escritura pública*” el contrato privado celebrado, conforme a lo dispuesto en el Art. 1280 del CC, es causa de resolución, fija la doctrina de que “*no es causa directa de resolución contractual*” al amparo del Art. 1124 del CC, si dicha exigencia no viene revestida del carácter esencial en el contrato perfeccionado. En definitiva, la conclusión práctica, para ésta sentencia “*conforme al principio de la autonomía de la voluntad*” es que “*si las partes quieren otorgarle a esta exigencia formal un valor determinante ya para la propia validez del contrato, o bien para su eficacia, esta condición esencial debe figurar inequívocamente en el contenido contractual llevado a cabo, pues de otra forma carece de la relevancia requerida a estos efectos*”.

⁶⁷⁶ Cfr. Domínguez Luelmo, A. (2013). “La elevación del contrato de compraventa a escritura pública”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, pp. 1195-1201.

⁶⁷⁷ Cfr. Soler Pascual, L. A. (2008). “Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción”

⁶⁷⁸ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 16 septiembre 2014 y 5 febrero 2007.

⁶⁷⁹ Es más, a veces “*la compulsión por el comprador a la parte vendedora para el otorgamiento de la escritura pública (...) exige el cumplimiento por aquél de su obligación de pago del precio, o que conste su ofrecimiento de pago y, en su caso, consignación*” STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 21 marzo 2007.

Por tanto, nada impide, de conformidad con Barrio Gallardo, A. (2015, p.627-628) “*el pacto de elevación a público*” por el que las partes conceden mayor relevancia a esta facultad en el caso concreto y, mutar su naturaleza configurando, la elevación a público como un elemento esencial del contrato, siempre que sea un pacto expreso.⁶⁸⁰

Es más, como señala Domínguez Luelmo, A. (2013, p. 1195) es habitual en la compraventa de viviendas, “*que se pacte en el contrato*”⁶⁸¹ que en un determinado momento éste se elevará a escritura pública a solicitud de cualquiera de las partes.⁶⁸² Pasa entonces de ser una simple facultad, por designio del legislador (Art. 1279 CC), a erigirse en una verdadera obligación contractual en virtud del acuerdo expreso de las partes, en cuyo caso, su incumplimiento sí que puede dar lugar a la resolución del contrato de compraventa de la vivienda.

De conformidad con el anterior autor (2013, p. 1196), en los casos en que las partes hayan fijado como esencial la obligación de elevar el contrato a escritura pública, el TS admite la posibilidad de solicitar la resolución del contrato ante la negativa del vendedor a otorgar dicha escritura, por considerar que estamos ante un genuino incumplimiento contractual.⁶⁸³

Así, será la voluntad de las partes la que pueda otorgar al pacto de elevación a escritura pública una relevancia y trascendencia especial, que posibilite la resolución en caso de incumplimiento. Sin embargo, como indica Carrión Olmos, S. (2015, p. 515), para pactar la elevación a público, y generar una “*obligación principal*”, cuyo incumplimiento, conforme a lo dispuesto por el Art. 1280 CC, daría lugar a instar la resolución, no basta con la sola inserción en un contrato de compraventa, formalizado en documento privado, de la cláusula por la cual las partes contratantes se obligan a su elevación a documento público, sino que sería necesario la descripción “*minuciosa*” del alcance de aquélla, y de su incidencia en el régimen de efectos del contrato celebrado, y todo ello a efectos de que no pueda ofrecerse dudosa la “*principalidad*” de la misma, y en caso de incumplimiento se pueda instar la resolución.⁶⁸⁴

La intervención del Notario, de conformidad con Soler Pascual, L. A. (2008, p.103), refuerza “*la garantía de la legalidad del contrato redactándolo conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, informándoles del alcance y valor de su redacción*”.⁶⁸⁵ De esta manera, sin mengua de su imparcialidad, el Notario deberá insistir en informar al consumidor adquirente respecto de las cláusulas propuestas por el empresario, prestándole una asistencia especial.

⁶⁸⁰Cfr. Barrio Gallardo, A. (2015). "La relevancia de la forma y la publicidad registral en el contrato de compraventa de vivienda".

⁶⁸¹Cfr. Domínguez Luelmo, A. (2013). “La elevación del contrato de compraventa a escritura pública”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, pp. 1195-1201.

⁶⁸²Este momento para la STS 21 mayo 2002 se puede hacer depender de determinadas contingencias, como la calificación definitiva de la vivienda o la fecha del visado del contrato, o, muy frecuentemente, el pago de la totalidad del precio.

⁶⁸³ Cfr. Domínguez Luelmo, A. (2013). “La elevación del contrato de compraventa a escritura pública”.

⁶⁸⁴ Cfr. Carrión Olmos, S. (2015). "Incumplimiento de la obligación de elevar a escritura pública y resolución del contrato: comentario a la STS de 16 de septiembre de 2014." *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, pp. 503-516.

⁶⁸⁵Cfr. Soler Pascual, L. A. (2008). "Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción".

El proceso de adquisición en propiedad de la vivienda se encuentra como indica Calatayud Sierra, A (2015, p.31), “*ligado estrechamente a la escritura pública*”, ya que, aunque en nuestro sistema espiritualista “*ésta no resulta necesaria para la validez del contrato, ni tampoco para la adquisición de la propiedad*”, lo cierto es que la garantía y seguridad que ofrece la escritura pública lleva consigo que, en la práctica, “*la casi totalidad de las compras de viviendas acaben escriturándose y, posteriormente, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad*”. Además, “*existe una especie de ley no escrita en virtud de la cual, hasta la entrega de la vivienda y el fin del pago del precio, la documentación de la compra debe ser privada y que la escritura pública se difiere hasta entonces*”.⁶⁸⁶

La constancia del contrato en documento privado o en documento público no afecta, ni a la validez del contrato, ni a su eficacia obligatoria entre las partes. Pero una u otra forma, de conformidad con Sanción Asurmendi. C. (2006), tienen consecuencias distintas.⁶⁸⁷ En este sentido, Barrio Gallardo, A. (2015, p.631), hace una serie de consideraciones relativas al “*interés que reporta acudir a la forma pública notarial*”,⁶⁸⁸ entre ellas se encuentra, la eficacia probatoria de la de la escritura pública, frente a terceros. Además, conforme a los Arts. 609, 1095 y 1450 del CC, la escritura pública de compraventa equivale a la entrega de la vivienda si de la misma no resulta o se deduce claramente lo contrario, por lo que constituye un modo de practicar la traditio a efectos de la adquisición de la propiedad. Y por último, la protección registral si se opta por inscribirla en el Registro de la Propiedad.⁶⁸⁹

Por ello, consideramos que en las actuales circunstancias, es cada vez más extraño, por los riesgos que conlleva que alguien adquiera una vivienda (con las grandes sumas de dinero que aun después de la crisis hay que pagar) en documento privado sin otorgar escritura pública y después inscribirla en el Registro de la Propiedad.⁶⁹⁰ Máxime, si atendemos a la circunstancia de que la mayoría de los consumidores que adquieren una vivienda necesitan obtener financiación de una entidad bancaria, y estas para conceder una hipoteca exigen el otorgamiento de una escritura pública que conste inscrita en el Registro de la Propiedad.

1.5. Pago de impuestos y otros costes del contrato

La transmisión de una vivienda como operación empresarial habitual, está sujeta al IVA. El sujeto pasivo del IVA es el empresario, (Art 4.Uno de la Ley 37/1992), que

⁶⁸⁶ Cfr. Calatayud Sierra, A (2015). Presentación, en *Acceso a la vivienda económica*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 29-42.

⁶⁸⁷ Cfr. Sanción Asurmendi. C. (2006). La compraventa inmobiliaria en documento privado. Efectos frente a terceros. En *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Wolters Kluwer, pp. 719-740.

⁶⁸⁸ Cfr Barrio Gallardo, A. (2015). "La relevancia de la forma y la publicidad registral en el contrato de compraventa de vivienda".

⁶⁸⁹ Para acceder a la protección que le brinda el registro de la propiedad es necesario que se otorgue escritura pública. Art. 3 de la LH

⁶⁹⁰ Algunos de estos problemas son expuesto por Espejo Ledo De Tejada, M. (2013, p.1215 y 1216), Cfr. Espejo Ledo De Tejada, M. (2013). “Compraventa en documento privado y embargo de la cosa vendida”. En *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, pp. 1215-1222.

lo debe repercutir en el consumidor adquirente de la vivienda, que será en definitiva quien soporte la carga impositiva (conforme a los Arts. 84 Uno, y 88 Uno de la Ley 37/1992), pero el empresario está obligado a ingresarlo en la Hacienda Pública.

El Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, también conocido como plusvalía, se contempla en Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (Vigente hasta el 30 de Junio de 2017),⁶⁹¹ grava el incremento real del valor de los terrenos de naturaleza urbana puesto de manifiesto en el momento de la transmisión de la propiedad.⁶⁹² La configuración legal de este impuesto municipal determina que debe ser satisfecho por el empresario que vende la vivienda y, que es el que se ha visto beneficiado por el incremento de su valor mientras ha sido propietario. Es por tanto, el vendedor, sujeto pasivo que debe liquidarlo y pagarlo ante el Ayuntamiento.⁶⁹³

En relación al IBI, tan solo recordar que la STS 15 de junio de 2016 fijó como doctrina jurisprudencial que el empresario vendedor que haya abonado el IBI podrá repercutirlo sobre el consumidor que adquirió la vivienda libre de cargas y gravámenes, en proporción al tiempo que cada uno haya ostentado la titularidad dominical y por el tiempo que lo sea.

Serán de cuenta del profesional los gastos de documentación y formalización de la escritura pública.⁶⁹⁴ El problema que se plantea es si conforme a lo dispuesto en el Art. 1.455 del CC se puede pactar que sean asumidos por el consumidor que adquiere la vivienda.⁶⁹⁵ Para Álvarez Lata, N. (2013, p.992), sería nula esta estipulación conforme al Art 89.3. a) TRLGDCU⁶⁹⁶ al defender que la nulidad de las estipulaciones previstas en él “*no tiene carácter exhaustivo sino ejemplificativo*”.⁶⁹⁷ No obstante, para otros autores por ser cláusulas que inciden en el precio, su validez debe juzgarse al amparo del principio de transparencia.⁶⁹⁸

Por último, serán de cuenta del profesional, los gastos derivados de la preparación de la titulación como “*obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación*”.⁶⁹⁹

⁶⁹¹ BOE núm. 59 de 9 de Marzo de 2004.

⁶⁹² Art. 104 del RD Leg. 2/2004.

⁶⁹³ Arts. 106 a 110 del RD Leg. 2/2004.

⁶⁹⁴ Cfr. Gimeno, J. (2013). "Gastos derivados del otorgamiento de una escritura de compraventa." *La protección del consumidor de inmuebles* Dykinson, pp. 367-384.

⁶⁹⁵ Art. 1.455 del CC en el que se declara que, “*los gastos de otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor, y los de la primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario*”.

⁶⁹⁶ Cfr. González Carrasco, M. C. (2015). "Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria". *En Acceso a la vivienda y contratación*, pp. 357-412; Pertíñez Vilchez, F. (2013). “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *InDret*, vol. 3, p. 28.

⁶⁹⁷ Cfr. Álvarez Lata, N. (2013). “Cláusula de repercusión de IVA, Plusvalía y otros costes del contrato”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, pp. 987-997.

⁶⁹⁸ La falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula es predicable de “*Todas las cláusulas que contribuyan a definir o calcular el precio*”, Pertíñez Vilchez, F. (2013). “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *InDret*, vol. 3, p. 28.

⁶⁹⁹ El Art. 89.3.a) TRLGDCU establece la nulidad de la estipulación por la que el consumidor “*ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario*”, detallando a continuación qué tipos de gastos participan necesariamente de esta clase.

2. Obligaciones del consumidor adquirente

2.1. Pago del precio

El pago del precio convenido por la vivienda, es de conformidad con Quicios Molina, S. (2013, p.1609) la “obligación principal”⁷⁰⁰ del consumidor que opta por adquirirla en propiedad. Y, admite, varias “modalidades de cumplimiento” por ejemplo, “puede pactarse un pago inmediato o un pago aplazado, un pago al contado o un pago fraccionado, o en un lugar u otro”,⁷⁰¹ regulándose el tiempo y lugar de cumplimiento, a falta de pacto, por el art. 1500 CC.⁷⁰²

Teniendo en cuenta que esta obligación es recíproca de la obligación de entregar la vivienda, para Gil Rodríguez, J. (2013), a falta de acuerdo, el lugar y el momento correcto para su pago, será aquel en que se haga la entrega de la vivienda,⁷⁰³ (Art. 1500 CC). En mi opinión, cuando se haga la venta de la vivienda mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta en la notaría será el lugar y momento idóneo para hacerlo.

El Art. 1170.2 del CC establece que deberá pagarse en la moneda de curso legal. No obstante, teniendo en cuenta que la Ley sobre prevención de blanqueo de capitales⁷⁰⁴ impide al consumidor realizar pagos al empresario en dinero efectivo superiores a 2.500 euros, y que las entidades bancarias son cada vez más reacias a asumir el riesgo que supone trasladar grandes sumas de dinero, los medios más habitual de pago son los pagarés, letras de cambio u otros otros documentos mercantiles, especialmente el cheque bancario conformado y la transferencia bancaria.

La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 27 junio de 2011 para apreciar el incumplimiento de la obligación del pago del precio de la vivienda que constituye presupuesto de la acción resolutoria del vendedor, dice que ha de ser grave o sustancial, aunque no requiere que sea doloso, ni rebelde, ni pertinaz, pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones del empresario vendedor.⁷⁰⁵

⁷⁰⁰ Cfr. Quicios Molina, S. (2013). “Pago del Precio”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, pp. 1601-1610.

⁷⁰¹ Si se hacen pagos fraccionados anticipando cantidades a cuenta del precio, el último pago se hace coincidir con el otorgamiento de la escritura pública.

⁷⁰² El CC dedica tan solo seis artículos a tratar las obligaciones del comprador frente a los treinta y nueve artículos que dedica a las obligaciones del vendedor, donde se prevén algunas normas sobre su cumplimiento, la obligación de pagar intereses y la resolución del contrato por incumplimiento o temor de incumplimiento.

⁷⁰³ Cfr. Gil Rodríguez, J. (2013). “Lugar y modalidades de pago del precio”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, págs. 1611-1622.

⁷⁰⁴ Art. 7 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de aplicación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude fiscal (BOE de 30 de octubre).

⁷⁰⁵ La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 27 de junio de 2011 ampara la resolución contractual por falta de pago, no sólo en el criterio jurisprudencial sino, además, en los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 -2b-) “cuando se priva “sustancialmente” al contratante, en este caso, al vendedor, “de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”, encontrándose sin duda entre sus lógicas expectativas el cobro del precio acordado en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, pues, no en vano, constituye la

No obstante, conforme a lo establecido en el Art. 1504 CC, en los contratos de compraventa de vivienda, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar la resolución de pleno derecho del contrato, se otorga al consumidor adquirente de la vivienda el beneficio de poder pagar “*aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial*”. Hecho el requerimiento, “*el Juez no podrá concederle nuevo término*”.

Este requerimiento de resolución (que no de pago), no puede hacerse por burofax, el precepto exige que el consumidor debe haber sido requerido judicial o notarialmente,⁷⁰⁶ mediante acta para que no pueda hacer uso de la facultad de pagar después de expirado el plazo y hacer inviable la resolución instada de contrario.⁷⁰⁷

Así, lo confirma la STS Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) de 29 de febrero de 2016, manteniendo que es doctrina jurisprudencial desde la sentencia de Pleno de 4 de julio de 2011 que el carácter notarial o judicial del requerimiento, exigido por el Art. 1504 CC, es un requisito de estricta observancia por sus mayores garantías en relación con la trascendencia y graves efectos del requerimiento.

El TS ha analizado las consecuencias de su incumplimiento en numerosas ocasiones, entre ellas cabe mencionar la STS 27 junio de 2011 que indica que la estrecha relación que existe entre el Art 1124 CC y el Art. 1504 CC en supuestos de compraventa de vivienda por precio aplazado, presupone que el comprador debe haber cumplido o mostrado su voluntad de cumplir.

Gil Rodríguez, J. (2013) al indicar los casos en que la demora en el pago serán un incumplimiento resolutorio, sostiene que, incluso el plazo así fijado por pacto (comisorio expreso) de resolución automática de pleno derecho por falta de pago en el tiempo o momento convenido, (que puede tener acceso al Registro de la Propiedad como condición resolutoria expresa), está sujeto a lo establecido por el Art. 1504 CC, y no adquiere la consideración de elemento esencial.⁷⁰⁸

De conformidad con el anterior autor (2013, p.1654) “*La aplicación complementaria de los arts. 1124 y 1504 CC obedece a que ambos se refieren a idéntica facultad*” pero con la especialidad de que este último admite un pago liberatorio retrasado del consumidor adquirente de la vivienda mientras no haya sido requerido de resolución por el vendedor, de modo que si paga antes del requerimiento, el vendedor no puede intentar la resolución ni rechazar el pago extemporáneo. Representando, una limitación de la autonomía de la voluntad, que hace inviable en

obligación esencial y más característica de la compraventa para el comprador (artículo 1500, en relación con el artículo 1445 CC”

⁷⁰⁶STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 12 de noviembre 2012 fija la doctrina acerca de la exclusión del burofax como medio de requerimiento a los efectos del art. 1504 CC.

⁷⁰⁷ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 4 de julio 2011, hace un análisis de la naturaleza del requerimiento resolutorio.

⁷⁰⁸Cfr. Gil Rodríguez, J. (2013). “Diferencias entre arts. 1124 y 1504 CC: teoría y realidad”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed Aranzadi, pp. 1653-1664.

⁷⁰⁸Cfr. Vaquero Pinto, M.J. (2013). “Cuando es la demora en el pago un incumplimiento resolutoria”. *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, pp. 1623-1634.

nuestro caso, resolver el contrato de compraventa de vivienda por falta de pago con fundamento en el art. 1124 CC prescindiendo del requerimiento resolutorio.⁷⁰⁹

Según Gil Rodríguez, J. (2013,p.1656) “*el contenido esencial de la norma*” (posibilidad de pago extemporáneo aun en contra de la voluntad de las partes) “*supone regla excepcional*” y, en este sentido, para la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 8 noviembre 2012, el beneficio que supone para el comprador el art. 1504 CC, en tanto le permite mantener la eficacia de un contrato pese a incumplir los plazos fijados para pagar el precio diferido, “*interín no haya sido requerido [de resolución] judicialmente o por acta notarial*”, no puede interpretarse extensivamente ni, en consecuencia, llevarse el beneficio más allá de lo específicamente previsto por el legislador mediante dicha norma. Sin embargo, en su opinión “*La protección del negocio inmobiliario no debería limitarse al caso de impago del precio*” ni, “*debiera depender de quien sea el sujeto incumplidor*”.⁷¹⁰

En mi opinión, el consumidor de vivienda quedaría más protegido e incluso se conseguiría conservar el contrato de compraventa, si antes de instar la resolución por incumplimiento del consumidor, sea cual sea la obligación incumplida, se le diera la oportunidad o el beneficio del requerimiento previsto en el Art. 1504 CC; pero no consideramos que deba tener la misma protección que el anterior, el incumplimiento del empresario, al tratarse de un profesional del negocio inmobiliario. Por ello, tampoco considero injusto que, el incumplimiento de la obligación esencial del vendedor, la entrega de la vivienda en nuestro caso, produzca efectos resolutorios automáticos, prescindiendo de cualquier otra consideración.⁷¹¹

Coincido con Gil Rodríguez, J. (2013, p.1662) que aunque la teoría dice que el pago posterior al requerimiento no enerva la resolución, como esto “*puede dar lugar a situaciones injustas*”, muchas de ellas evitadas con “*la aplicación integrada de los arts. 1124 y 1504 CC*” con “*fundamento en la buena fe*”⁷¹² En la práctica, es habitual de los juzgados que, siempre que el profesional inmobiliario este de acuerdo, el pago posterior del consumidor deje sin efecto la resolución instada, o incluso, la resolución declarada extrajudicialmente.

Hay que tener en cuenta que antes de la crisis inmobiliaria, fue muy habitual que los promotores instaran la resolución contractual, pretendiendo quedarse con parte de las cantidades anticipadas y sacar provecho de una vivienda que había incrementado su precio durante su construcción. En cambio, en los momentos actuales puede que a aquellos no les interese tanto la resolución del contrato, y sí que el consumidor les pague el precio de la vivienda aun después del requerimiento e incluso después de instada la resolución.

Por último, hay que indicar que este deber de pago se puede suspender en virtud del Art. 1502 CC, cuando el adquirente fuese perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviese fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, siendo discutible que sólo el ejercicio de alguna de estas acciones pueda considerarse perturbación.

⁷⁰⁹ Cfr. Gil Rodríguez, J. (2013). “Diferencias entre arts. 1124 y 1504 CC: teoría y realidad”.

⁷¹⁰ Cfr. Gil Rodríguez, J. (2013). “Diferencias entre arts. 1124 y 1504 CC: teoría y realidad”.

⁷¹¹ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 29 de noviembre 2012.

⁷¹² Cfr. Gil Rodríguez, J. (2013). “Diferencias entre arts. 1124 y 1504 CC: teoría y realidad”.

2.2. Pago de impuestos y otros costes

El consumidor interesado en una vivienda debe ser informado de la fiscalidad derivada de su adquisición, y de los impuestos que la gravan, básicamente porque su compra le comportara la obligación de soportar el pago de dos tributos: el IVA, y el IAJD.

De conformidad con Lasarte Álvarez, C. (2016) el IVA es el impuesto que repercute el vendedor (empresario, en nuestro caso) sobre el consumidor adquirente, quien vendrá obligado a pagarlo, dicha repercusión se efectuará sobre el precio total de la vivienda, y en su caso también sobre los intereses que se devenguen como consecuencia del aplazamiento del pago de alguna cantidad al vendedor, se aplicará el tipo de gravamen correspondiente, siendo el resultado la cantidad a repercutir al comprador en concepto de IVA.⁷¹³

Por lo que respecta al momento en que debe ser abonado, hay que tener en cuenta que como indica el anterior autor (2016), si existen pagos anticipados, cada uno de ellos irá incrementado con la repercusión del IVA correspondiente, debiendo abonarse íntegramente el resto del impuesto en el momento en que se verifique la entrega de la vivienda al consumidor adquirente, aun cuando no se haya abonado íntegramente el precio estipulado para la compraventa y base para el cálculo del impuesto.⁷¹⁴

El IAJD, por el hecho de otorgar ante notario escritura pública e inscribirla en el Registro de la Propiedad lo a.⁷¹⁵ Considero que es un impuesto que grava la seguridad jurídica del consumidor. Es decir, la escritura pública inscribible, que el Estado debería facilitar al consumidor, fomentando su seguridad jurídica y protección y no gravarla con la finalidad exclusiva de recaudar. Además, este tributo también recae sobre la escritura de préstamo hipotecario, que, como operación financiera considero debería estar libre de gravamen, así como sobre las escrituras que formalizan otros actos que también afectan a la adquisición de las viviendas, como las declaraciones de obra nueva, las divisiones horizontales y otros actos de modificación jurídica inmobiliaria.

Por último, los gastos de inscripción de la vivienda en el Registro de la Propiedad son de cuenta del consumidor adquirente. Hay que tener en cuenta que para obtener la inscripción en el registro de la propiedad, la escritura pública debe pasar la calificación favorable del Registrador en su enjuiciamiento de legalidad del documento,⁷¹⁶ calificación que debe abonar el consumidor con el incremento del 21% de IVA.⁷¹⁷

⁷¹³Cfr. Lasarte Álvarez, C. (2016). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*.

⁷¹⁴Cfr. Lasarte Álvarez, C. (2016). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*.

⁷¹⁵ RD Leg. 1/1993

⁷¹⁶ <http://www.registradores.org/wp-content/revista/comocomprarunavivienda/>

⁷¹⁷Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, BOE núm. 288 de 28 de Noviembre de 2014.

VIII. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

1. Introducción

Años atrás, la formalización de contratos de compraventa de vivienda ha sido tan masiva y continua que ha impedido al consumidor llevar cabo negociaciones concretas e individualizadas. La protección del consumidor que se vio abocado a la firma de un contrato de adhesión opera, como recuerda la STS 21 Enero 2016, a través del control del contenido de las condiciones generales insertas en ellos y predispuestas por el empresario, en base a criterios de justo equilibrio entre las obligaciones y los derechos de las partes, conforme a las exigencias de la buena fe, que difiere, de los controles previstos en la contratación por negociación.

Cañizares Laso, A. (2015, p. 71) al distinguir entre los diferentes controles que deben traspasar las condiciones generales de la contratación, se refiere al control de contenido que *“únicamente deberán traspasar aquellas condiciones generales incluidas en los contratos en los que uno de los contratantes sea un consumidor”*.⁷¹⁸ Por ello, de conformidad con la anterior autora (2015, pp. 71-93) *“sólo merecen el calificativo de cláusulas abusivas aquellas condiciones generales que no traspasen el control de contenido”* y la consecuencia de que una cláusula no traspase dicho control es que *“será nula por tratarse de una cláusula abusiva”*.⁷¹⁹

El Art. 83 del TRLGDCU, establece que las cláusulas abusivas insertas en estos contratos *“serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*.⁷²⁰ El Juez, debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, teniendo en cuenta que la vivienda es el objeto de estos contratos en los que hay que considerar todas las circunstancias concretas que concurrieron en el momento de su celebración.⁷²¹ Por ello,

⁷¹⁸ Cfr. Cañizares Laso, A. (2015). “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”. *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 3, pp. 67-105.

⁷¹⁹ De conformidad con Cañizares Laso, A. (2015, 93), hay que diferenciar *“los diferentes controles que deben traspasar las condiciones generales de la contratación precisamente porque en alguna medida suponen una especial forma de contratar”*, el control de contenido, hay que diferenciarlo del control de incorporación o inclusión que deben traspasar las condiciones generales con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios, y la consecuencia que conlleva no traspasar este control es *“la no incorporación al contrato”*. Cfr. Cañizares Laso, A. (2015). “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”.

⁷²⁰ Art. 83 del TRLGDCU establece *“A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”*. Sin que el Juez este facultado para modificar el contenido de las mismas, ni integrarlas, ni sustituirlas. STJUE 21 Febrero 2013 y 14 Junio 2012.

⁷²¹ Art. 82.3 del TRLGDCU dispone que *“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*

de conformidad con González Carrasco, M.C.(2015,pp.367-368) circunstancias actuales como la crisis del mercado inmobiliario, el sobreendeudamiento del comprador de vivienda, la bajada del precio de las viviendas, el estado actual de stock inmobiliario, y la posibilidad real de que la negociación de las cláusulas contractuales sea mayor, han de tenerse en cuenta de forma conjunta, en cada caso, a fin de valorar “*si las cláusulas discutidas han colocado al consumidor en una situación de verdadero desequilibrio o si, por el contrario, la nulidad que éste pretende (acaso con abuso de derecho) esconde otros objetivos*”. Como por ejemplo, buscar el carácter abusivo de las cláusulas insertas en su contrato como “*la panacea para librarse de una vivienda*” de la que lo único que le perjudica es, en realidad, el mantenimiento de su precio en relación con los saldos existentes a su alrededor.⁷²²

Las SSTs 21 Enero 2016, 21 y 15 Abril 2014, consideran metodológicamente más eficiente, analizar en primer lugar, si la cláusula que se dice abusiva puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos “*en todo caso*”,⁷²³ pasándose a valorar su abusividad con base en la cláusula general, prevista en el Art. 82.1 del TRLGDCU, solo de manera subsidiaria. Por ello, siguiendo la estructura establecida en el TRLGDCU, vamos a exponer a continuación las cláusulas abusivas más habituales en estos contratos.

2. Supuestos que el TRLGDCU considera abusivos en todo caso.

De lo conformidad con lo establecido en el Art. 82. 4. a) del TRLGDCU, “*en todo caso son abusivas*” las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en el Art. 85 del TRLGDCU “*vinculen el contrato a la voluntad del empresario*”.⁷²⁴ González Carrasco, M.C.(2015, pp.378-388) indica algunos ejemplos, entre los que destaca la facultad de modificar unilateralmente “*los elementos del contrato o de la publicidad sin un motivo razonable basado en causas que consten en el propio contrato*” y, “*las cláusulas que se introducen por primera vez de forma sorpresiva en la escritura pública, o que modifican alguna cláusula incluida en el contrato privado*”⁷²⁵ sin un consentimiento expreso del adquirente antes de elevar el contrato a escritura pública. Asimismo, en los

concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”.

⁷²² Cfr. González Carrasco, M.C. (2015). "Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria". *En Acceso a la vivienda y contratación*, pp. 357-412.

⁷²³ Supuestos de estas cláusulas abusivas ya se encontraban en el Art. 10 del RD 515/1989, pero fue el TRLGDCU, el que recogió en los Arts. 85 a 90 un listado no cerrado de cláusulas que son, en todo caso, abusivas, dándose una de ellas, el juez debe declarar el carácter abusivo de dicha cláusula, sin necesidad de entrar a valorar de forma arbitraria, conforme a la cláusula general (Art. 82 TRLGDCU) si se trata de una cláusula abusiva o no en dicho caso. En general, serán abusivas conforme a la Art. 82.1 TRLGDCU “*todas 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*”.

⁷²⁴ El Art. 85 establece varios subgrupos de cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario.

⁷²⁵ Cfr. González Carrasco, M. C. (2015). "Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria".

contratos con pacto de arras,⁷²⁶ la que permite al promotor-vendedor “*desistir del contrato después de que se haya pagado por el comprador una parte del precio*”.⁷²⁷

En el contrato de compraventa de vivienda sobre plano o en construcción serían cláusulas abusivas las que otorgan al promotor la facultad de hacer modificaciones unilaterales, sin ninguna contrapartida para el consumidor. Y, sin que éste tenga la facultad de reaccionar frente a los cambios introducidos unilateralmente por el vendedor en las condiciones inicialmente pactadas.⁷²⁸

Conforme a los apartados 1, 7, y 8 del Art 85 del TRLGDCU, serán nulas las cláusulas que para entregar la vivienda reserven al empresario un plazo “*excesivamente largo*”, “*meramente indicativo*” o “*insuficientemente determinado*”.⁷²⁹ Asimismo, serán nulas las que la supediten a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario, o establezcan una auto-prórroga para el cumplimiento del plazo de entrega sin condición alguna.⁷³⁰ Sin embargo, careciendo el contrato de cláusula alguna sobre la fecha o el plazo de entrega de la vivienda al consumidor, las SSTS 23 septiembre 2016 y, 30 enero 2014 no extraen la consecuencia de la total nulidad de pleno derecho del contrato.⁷³¹

También, tienen este efecto las cláusulas que prevean “*la estipulación del precio en el momento de la entrega*” de la vivienda o “*las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido*”, sin que en ambos casos, como indica el Art. 85.10ª del TRLGDCU “*existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado*”.⁷³²

⁷²⁶ A diferencia de las arras confirmatorias, las arras penitenciales permiten, a cualquiera de las partes, desistir libremente del contrato, conforme al Art. 1454 del CC.

⁷²⁷ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 3 junio de 2008.

⁷²⁸ Algunos supuestos serían, las cláusulas que permiten al promotor-constructor modificar el proyecto de obra o la memoria de calidades sin razones técnicas para obtener su exclusivo beneficio económico, o cuando se le atribuye la facultad de otorgar el régimen de propiedad horizontal, las que le permiten modificar la situación contractual del consumidor, por ejemplo, exonerando total o parcialmente a las viviendas o locales que aún no se han vendido de contribuir a los gastos comunes del edificio, o una vez constituido el régimen la que facultad a variar el porcentaje de participación o cualquier condición del contrato o a constituir servidumbres sobre el edificio o partes de éste, por ejemplo, instalando antenas o anuncios publicitarios, cuyo beneficio económico recibe directamente el promotor restringiendo las facultades dominicales de los consumidores adquirentes.

⁷²⁹ En las SSTS 23 septiembre 2016, y 3 julio 2013, se declara que la cláusula que conlleve indeterminación del plazo de entrega de la vivienda es inaplicable, pero sólo puede provocar la ineficacia del contrato si se insta antes de que la vivienda esté terminada y lista para su entrega, no cuando está terminada y el vendedor se halla en disposición de entregarla. La SAP Murcia (Sec. 5ª) 29 enero 2013 establece los criterios para valorar la indeterminación del plazo. La STS 26 Mayo 2014 considero que establecer “*a los 18 meses de la iniciación de las obras*” conlleva “*inexistencia de indeterminación*” y, la STS 11 abril 2013 que pese a no establecer una fecha concreta o plazo para entregar la vivienda, estipular que será “*a los dieciocho meses desde el otorgamiento de la licencia de obras*”, indica que existen criterios claros de determinabilidad del mismo.

⁷³⁰ SAP Alicante (Sec. 8ª) 15 mayo 2012.

⁷³¹ “*Ninguna norma del RD 515/1989 establece que sea la nulidad de pleno derecho del contrato de compraventa la sanción aplicable a la contravención de lo prescrito en su Art. 5.5; contravención, para la que el Art.11 del mismo RD prevé la correspondiente responsabilidad administrativa*”.

⁷³² El Art. 85.10ª “*Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio*”.

Tras la STJUE 3 junio 2010 (Asunto C-484/94), la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 9 de mayo de 2013 consagro el criterio jurisprudencial de que es posible el control judicial sobre el contenido de las cláusulas que contienen elementos esenciales del contrato (entre los que se encuentra el precio), aunque estén redactadas de manera clara y comprensible, por un defecto de transparencia distinto de los requisitos de inclusión y de abusividad del TRLGDCU. De forma que según Cañizares Laso, A. (2015, p. 76), *“una cláusula puede ser clara y comprensible y sin embargo determinar que su referencia a la carga económica del contrato, es decir lo que representa el contrato para el consumidor no sea transparente”*.⁷³³ Por ello, coincidimos con Pertíñez Vílchez, F. (2013, p.8-10), que lo novedoso de la sentencia es que aclara que el *“control de transparencia”* ha de valorar si mediante la inclusión de esa cláusula en el contrato, el acuerdo sobre el precio y la contraprestación que él consumidor percibió y creía legítimamente haber pactado se altera y resulta distinto en su perjuicio.⁷³⁴

La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 21 Enero 2016, plantea los requisitos para considerar abusiva la cláusula penal que faculta al vendedor a hacer suyas, en caso de resolución del contrato por incumplimiento del comprador y en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la totalidad o parte de las cantidades entregadas a cuenta del precio por el comprador en el caso de que el contrato se resuelva por el incumplimiento de este último. En este caso, se concluye que fue acertada la decisión contenida en la sentencia recurrida de considerar que la indemnización resultante de la aplicación de la cláusula penal, no fue abusiva y era proporcionada a la cuantía de los daños y perjuicios sufridos efectivamente por el promotor al que el incumplimiento de aquel supuso que la vivienda valiera un 40% menos en comparación con los precios vigentes a la fecha de celebración del contrato.

El Art. 82. 4. b) del TRLGDCU, indica que *“en todo caso son abusivas”* las cláusulas que, *“limiten los derechos del consumidor y usuario”*. Este precepto puesto en relación con el Art. 86 del TRLGDCU, implica que *“en cualquier caso, serán abusivas”* todas aquellas cláusulas que *“limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas”*. El anterior Art.86 tras citar supuestos concretos de estas cláusulas, termina considerando abusiva la imposición de *“cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario”*.

De los supuestos recogidos en el Art. 86 del TRLGDCU, destacamos de conformidad con González Carrasco, M.C. (2015, p.387) la que modifica, *“en perjuicio del consumidor, el régimen de los defectos en la construcción establecido en la LOE”*.⁷³⁵

De lo conformidad con lo establecido en el art. 82. 4. c) del TRLGDCU, *“en todo caso son abusivas”* las cláusulas que, determinen la *“falta de reciprocidad en el contrato”*. El Art. 87 del TRLGDCU, de manera más detallada indica que son abusivas las cláusulas que determinen esta falta de *“reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario”*, enumerando en particular algunas. La cláusula que establece que la demora o el incumplimiento del plazo de entrega de la

⁷³³ Cfr. Cañizares Laso, A. (2015). “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”.

⁷³⁴ Cfr. Pertíñez Vílchez, F. (2013). “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *InDret*, vol. 3, pp. 28.

⁷³⁵ Cfr. González Carrasco, M. C. (2015). “Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria”.

vivienda no dará derecho a indemnización de ninguna clase, es nula por no garantizar un equilibrio de prestaciones recíprocas.⁷³⁶

Coincidimos con Díaz Martínez, A. (2013, p.1088) que como cláusulas contrarias a las exigencias de reciprocidad, “*al regular de manera desequilibrada las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las partes*”, han sido enjuiciadas la que atribuye sólo al promotor la facultad de resolver el contrato por incumplimiento no grave o no esencial del consumidor adquirente o las que fijan indemnizaciones diferentes según la resolución se deba al incumplimiento de una u otra parte.⁷³⁷

Asimismo, “*en todo caso son abusivas*” conforme a los Arts. 82. 4. d) y 88 del TRLGDCU las cláusulas que, “*impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba*”. De los Arts. 82. 4. e) y 89 del TRLGDCU, se desprende que lo son también las que “*resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato*”. Y, de los Art. 82. 4.f) y, 90 del TRLGDCU, las que contravengan “*las reglas sobre competencia y derecho aplicable*”.⁷³⁸ Un ejemplo sería la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, a menos que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.⁷³⁹

Entre las cláusulas que resultan “*desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato*”, González Carrasco, M.C. (2015, pp.397-400), resalta la renuncia del consumidor a recibir los documentos que de forma obligatoria le tiene que entregar el vendedor. Así como la cláusula por la que declare conocer y aceptar los contenidos de cláusulas generales del título constitutivo o estatutos de la comunidad de propietarios y, en general, de la documentación de la que aquél “*no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*”.⁷⁴⁰

Igual, mención merecen: las cláusulas que impongan al consumidor “*bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados*” (Art. 89.4), las que impliquen un incremento del precio por dichos servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (Art. 89.5). Y, la que implique una renuncia del consumidor a la elección del Notario autorizante de la escritura pública (Art. 89.8).

Por último, el Art. 89.3 del TRLGDCU dispone que es abusiva la estipulación que impone al consumidor “*los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario*”.

⁷³⁶ SAP Islas Baleares (Sec.3ª) 17 noviembre 2011, incumplimiento del requisito de reciprocidad y justo equilibrio de las prestaciones.

⁷³⁷ Díaz Martínez, A. (2013). “Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”. *En Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Editorial Aranzadi, pp. 1077-1090.

⁷³⁸ Un ejemplo sería la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo.

⁷³⁹ http://consum.gencat.cat/temes_de_consum/clusules-abusives/index_es.html#12.

⁷⁴⁰ Cfr. González Carrasco, M. C. (2015). “Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria”.

3. Supuestos que el TRLGDCU considera abusivos en particular en la compraventa de vivienda

El Art. 89.3 del TRLGDCU dispone que es abusiva la estipulación que impone al consumidor *“los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”* y en particular, en la compraventa de viviendas, se señala que *“en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas”* las siguientes:

En la letra a) del Art. 89.3 se establece la nulidad de la estipulación por la que el consumidor *“ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario”*, detallando a continuación qué gastos participan necesariamente de esta clase: *“(obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)”*.

Coincidimos con González Carrasco, M.C. (2015, pp.371-372) que está claro el carácter abusivo de *“la imposición de los gastos de la declaración de obra nueva y división horizontal”*.⁷⁴¹ Sin embargo, la cláusula en virtud de la cual se repercuten al comprador de la vivienda los gastos notariales derivados del otorgamiento de la escritura pública de compraventa y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, por ser cláusulas que inciden en el precio, su validez debe juzgarse al amparo del principio de transparencia.⁷⁴² Si estas cláusulas se incluyen junto al precio, dentro de las cláusulas económicas del contrato, y especifican los gastos repercutibles, de conformidad con la anterior autora, *“no hay motivos para invalidarlas, pero no quedarán incorporadas al contrato si crean de facto una indeterminación del precio final (art. 6 RD 515/1989) y el pacto por el cual se trasladan al comprador, según el art. 1455 CC, no ha sido individualmente negociado”*.⁷⁴³

En el mismo sentido, según Pertíñez Vílchez, F. (2006, p.29) la validez de la cláusula que traslada los gastos de otorgamiento de la escritura al comprador *“depende de que la misma haya sido consentida por el comprador, por haberla conocido y valorado”*. Por lo tanto, esta cláusula puede ser abusiva *“si por un defecto de transparencia en su predisposición pasa inadvertida para el comprador, por suponer una alteración del acuerdo económico de las partes”*. De manera, que estas cláusulas pueden ser nulas por *“un defecto de transparencia”*. Su validez requiere para el anterior autor *“una plasmación documental junto al precio, de tal manera que haya sido tomada en consideración a la hora de valorar la conveniencia de contratar o no, es decir, a la hora de prestar el consentimiento sobre el inmueble objeto del contrato, en relación con el precio global que se ofrece”*.⁷⁴⁴

⁷⁴¹ Cfr. González Carrasco, M. C. (2015). "Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria".

⁷⁴² La falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula es predicable de *“Todas las cláusulas que contribuyan a definir o calcular el precio”*, Cfr. Pertíñez Vílchez, F. (2013). "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", en *InDret*, vol. 3, p. 28.

⁷⁴³ Cfr. González Carrasco, M. C. (2015). "Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria".

⁷⁴⁴ Cfr. Pertíñez Vílchez, F. (2006). "Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda", *Estudios sobre consumo*, vol. 77, p. 23-38.

En definitiva, como declara la STJUE 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13), la transparencia en cuanto al precio, significa que se “*pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo*”.

Serán abusivas las estipulaciones no negociadas entre las partes y prerredactadas por el empresario (vendedor profesional -agencia inmobiliaria-, o incluso el promotor o el constructor), en las que se obliga a los consumidores adquirentes de la vivienda a soportar los gastos derivados de la constitución del préstamo hipotecario solicitado por aquel a una entidad bancaria, con el único objeto de financiar la obra de la vivienda cuya construcción está destinada a la venta, aun cuando se prevea en la misma la posibilidad de subrogarse de los futuros compradores.⁷⁴⁵

En cambio, es lícito que el promotor imponga contractualmente que los gastos de escrituración del préstamo hipotecario que ha de concertarse para financiar el pago del precio de adquisición de la vivienda, sean asumidos totalmente por el comprador cuando la hipoteca la gestione aquel en interés de éste, pues como dice la SAP Madrid (Sec.28^a) de 20 junio 2008, dicha gestión es un elemento más del “*paquete*” inmobiliario con él que aquel concurre en el mercado, y con él que aspira legítimamente a prevalecer sobre sus competidores. Y, sólo sí se sirve de esa financiación para construir las viviendas que luego vende, le está vedado repercutir sobre el comprador la parte proporcional de los gastos de titulación que corresponda al capital que utilizó para dicha finalidad y, por tanto, en su propio provecho.

Asimismo, son abusivas las estipulaciones no negociadas entre las partes y prerredactadas por el vendedor, en las que se obliga a los consumidores adquirentes de la vivienda a soportar los gastos derivados de la división o distribución de la carga hipotecaria o de la cancelación de la hipoteca (constituida con la única finalidad de financiar la construcción de la vivienda) cuando no se subroga en la misma.⁷⁴⁶

No obstante, en mi opinión sería lícito imponer contractualmente al consumidor adquirente de la vivienda que corra con la parte proporcional de los gastos de cancelación de la hipoteca cuando pese a no estar obligado, se subroga voluntariamente en el préstamo hipotecario solicitado por el promotor para financiar la construcción de la vivienda y ampliado a favor del adquirente para financiar el precio de la misma, siempre que previamente se le hubiera informado del coste de dicha cancelación.

⁷⁴⁵ La imposición al consumidor de los gastos de constitución, división o cancelación de las hipotecas dirigidas a financiar la construcción es abusiva por imperativo legal inexcusable (SSTS 24 julio 2002; 1 junio 2000) careciendo de toda consistencia jurídica, las alegaciones que pueda vertir el empresario de que la hipoteca dirigida a financiar la construcción se constituyese con posterioridad al contrato de compraventa o por encargo del comprador, que la liquidación de los gastos del contrato en que se carguen los gastos de la hipoteca, correspondiente a la fase de construcción, este firmada por ambas partes contratantes, pues es imposible someter a negociación estas cláusulas, y las mismas son abusivas por imperativo legal inexcusable (SAP Sevilla Sec.6^a de 13 de diciembre de 2011).

⁷⁴⁶ Las cláusulas por las que el promotor se reserva la facultad de distribuir la carga hipotecaria entre las viviendas cuando éstas ya se han transmitido a los compradores plantean problemas añadidos. Según la STS Sala de lo Civil (Sec.1^a) de 2 diciembre 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 sus compradores a través de un reparto arbitrario e irregular de la carga hipotecaria sin conocimiento de los adquirentes y liberando totalmente 8 de las 24 viviendas es nula, ausencia de buena fe del promotor y del acreedor hipotecario.

En la letra b) del Art. 89.3 se establece que es nula por abusiva la estipulación que *“obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación”*.

Un caso distinto sería el de la SAP Sevilla (Sec.5ª) 8 octubre 2003, donde los compradores acordaron con el empresario que formalizara la hipoteca para que después ellos se subrogaran en la misma. Por ello, una vez formalizada la hipoteca, si los consumidores, cambiaron de parecer no pueden exigir, al tiempo del otorgamiento de la escritura pública, que la vendedora cancele a su costa dicha hipoteca. *“Esta no tiene por qué asumir unos gastos derivados del cambio de voluntad de aquellos”*. Así, dice la referida sentencia *“El comprador no debe responder de los gastos de cancelación de la hipoteca cuando no tiene nada que ver con esta, pero cuando se trata de hipotecas para financiar la construcción, en cuyo pago se subroga, estas ya no le son ajenas, puesto que sirven a sus intereses, permitiéndole financiar su adquisición, en todo o en parte”*.

En el caso de que el consumidor adquirente de la vivienda se subroge voluntariamente en el préstamo hipotecario solicitado por el constructor, sería nula por abusiva la estipulación que repercute a cargo de aquel los intereses devengados por dicha hipoteca antes de la subrogación.⁷⁴⁷

En la letra c) del Art. 89.3 se establece que es abusiva la estipulación *“que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario”*.

El carácter abusivo de la cláusula que repercute el importe de la plusvalía abonado por el vendedor se ha sostenido de forma unánime,⁷⁴⁸ tras la entrada en vigor de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios,⁷⁴⁹ incluso para los contratos en ejecución en dicho momento.⁷⁵⁰ La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 25 de noviembre de 2011 la considera abusiva por no haberse ofrecido desde el principio una completa información a los compradores. De igual modo, es abusiva la cláusula que repercute el pago del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (en adelante ICIO).⁷⁵¹ Y, de conformidad con Díaz Martínez, A. (2013, p.1083) la que pretende *“el pago del IBI por los compradores mientras la propietaria siga siendo la promotora vendedora”*.⁷⁵²

En la letra d) del Art. 89.3 del TRLGDCU, se establece en último lugar, que es abusiva la estipulación que obliga a los consumidores a pagar *“los gastos derivados del*

⁷⁴⁷ SAP Castellón (Sec.1ª) de 15 octubre 2002 imponer los intereses antes de la subrogación implicaría un incremento encubierto del precio de la vivienda.

⁷⁴⁸ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 17 Marzo 2016.

⁷⁴⁹ Que modificó el catálogo de cláusulas abusivas de la DA 1ª de la LGDCU, incluyéndola.

⁷⁵⁰ La STS 12 marzo 2014 ha resuelto que el carácter no retroactivo de la Ley 44/2006 no obsta a la nulidad de la cláusula en virtud de la aplicación del Art. 10bis 1 LGDCU entonces vigente, esto es, en aplicación del parámetro general de la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones; y que la transferencia al consumidor de una deuda fiscal que no le corresponde es susceptible de constituir, con independencia de su cuantía una lesión lo suficientemente grave que la STJUE de 16 enero 2014, C226/12, ha considerado suficiente para considerar la existencia de un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.

⁷⁵¹ Arts. 100 a 103 del R.D. Leg. 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el TRLRHL.

⁷⁵² Díaz Martínez, A. (2013). *“Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”*.

establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad”, como por ejemplo, la acometida y el enganche del agua, y el saneamiento o el alcantarillado, o la que les obliga a pagar a la empresa suministradora del gas el alta o la inspección de las instalaciones interiores previa a la conexión del servicio, pues son incrementos de precios por servicios que no corresponden a prestaciones efectivamente realizadas y susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso, porque, el precio pactado debe incluir cuantos gastos conlleve la entrega de la vivienda adquirida en condiciones de habitabilidad, conforme a la interpretación de los Arts. 4 y 8 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dada por la STJCE 3 de junio de 2010.

Coincidimos con González Carrasco, M.C. (2015) que son abusivas las cláusulas que repercute en el comprador los costes de la certificación de la eficiencia energética que regula el RD 253/2013 y que debe asumir el vendedor (y arrendador), de la cedula de habitabilidad o de la licencia de primera ocupación, la que impone al consumidor los gastos derivados de la constitución de los avales o las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, y la que traslada a los adquirentes los gastos de mantenimiento y conservación de los elementos comunes en régimen de propiedad horizontal que sean propiedad el promotor.⁷⁵³

Además, tenemos que hacer constar que la definición de cláusula abusiva del Art 82 del TRLGDCU no sólo se refiere a *“estipulaciones contractuales”*, sino también a *“prácticas no consentidas expresamente que generen un desequilibrio importante de los derechos de las partes”*. De manera que como indica la anterior autora (2015, pp.374-377), el desequilibrio expresado en el Art. 89.3 TRLGDCU puede generarse mediante unos contratos que la SAP Madrid (Sec. 12^a) 12 febrero 2014 declara nulos al convertir al consumidor adquirente de una vivienda sobre plano o en construcción, en promotor de su propia vivienda, de manera que *“constituyéndose el promotor en gestor de forma que manteniendo el control decisorio de la promoción”* se trasladen al consumidor las obligaciones y costes que corresponden a aquel.⁷⁵⁴

Por último, de conformidad con Cañizares Laso, A. (2015, p. 95) si partimos de que la contratación con condiciones generales implica *“una especial forma de contratar en la que una de las partes en el contrato predetermina el contenido contractual excluyendo la otra de la elaboración de dicho contenido”*, los controles legales *“deberían haberse previsto sólo porque es una especial manera de contratar”* la que se realiza con estas condiciones *“y no sobre la base de los contratantes”*. De manera que *“los especiales controles deberían haberse dispuesto en todo caso y con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios, esto es, siempre que el contrato se realice incorporando condiciones generales de la contratación”*.⁷⁵⁵

⁷⁵³ Cfr. González Carrasco, M. C. (2015). "Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria".

⁷⁵⁴ Cfr. González Carrasco, M. C. (2015). "Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria".

⁷⁵⁵ Cfr. Cañizares Laso, A. (2015). "Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo".

IX. PROTECCION DEL CONSUMIDOR EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA TRAS LA REFORMA OPERADA EN LA LAU CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 4/2013

Todos los gobiernos españoles han pretendido fomentar el crecimiento del mercado de alquiler de viviendas a través de su flexibilización. No obstante, de acuerdo con Avilés García, J. J. (2014, p.3), es evidente que *"la política de vivienda de alquiler no ha funcionado en los últimos lustros en nuestro país"*.⁷⁵⁶

El legislador español volvió a acometer el objetivo de incentivar el alquiler, con la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que se aplica a los contratos de arrendamiento de vivienda que se celebren a partir de su entrada en vigor (6 de junio de 2013). A los celebrados con anterioridad, en principio, no será aplicable, salvo que las partes voluntariamente lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales (D.T. 1ª de la Ley 4/2013).⁷⁵⁷

Según Parra Lucan, M. (2015, pp.209-210), la Ley 4/2013 *"refleja la idea de que el modelo de acceso a la propiedad-mercado hipotecario está agotado y trata de fomentar el arrendamiento como una alternativa que solucione los problemas actuales"*. Se pretende, sobre todo, que sea *"rentable invertir en inmuebles para alquilar"*, en particular *"a través de sociedades de inversión en el mercado inmobiliario"*,⁷⁵⁸ pero también a través del llamado *"banco malo"*,⁷⁵⁹ al no tener éxito las fórmulas ensayadas desde las Administraciones Públicas, como la creación de sociedades públicas, en las que el propietario cede fiduciariamente el inmueble a una

⁷⁵⁶Cfr. Avilés García, J. J. (2014). "Política de acceso a la vivienda, arrendamiento vigilado y libertad de mercado en la nueva LAU." *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 34, p. 23.

⁷⁵⁷Quicios Molina, S. (2013). sostiene que de este modo se respetan los derechos adquiridos, por los arrendatarios de vivienda, favorecidos por una legislación que les mantiene en la vivienda arrendada, si así lo desean, por un plazo mínimo de cinco años. Sin necesidad de inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad y aunque se extinga el derecho del arrendador o se enajene la vivienda arrendada. Cfr. Quicios Molina, S. (2013). "Estudio de las disposiciones de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. En particular, novedades del juicio de desahucio, registro de arrendatarios morosos y régimen transitorio", *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Aranzadi, pp. 27-58.

⁷⁵⁸ Cfr. Parra Lucan, M. (2015). "Contratación y vivienda en la crisis económica". *En Acceso a la vivienda y contratación*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp.183-215.

⁷⁵⁹ La Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb), se creó para ayudar al saneamiento de las entidades financieras gestionando la cartera de sus activos inmobiliarios y ante la dificultad de venderlos trata de ponerlos en alquiler, firmando acuerdos con las CCAA para cederles viviendas destinadas a alquiler. <https://www.sareb.es/>

sociedad, que paga a los propietarios una renta y se encarga de arrendarla a terceros a precios tasados.⁷⁶⁰

Han pasado ya casi cuatro años desde que la Ley 4/2013 para cumplir su objetivo,⁷⁶¹ introdujo cambios sustanciales en el régimen que se venía aplicando desde su entrada en vigor a los contratos de arrendamientos de vivienda,⁷⁶² aumentando el ámbito de la autonomía privada en los contratos de arrendamiento de vivienda, relajando el contenido de aquellas disposiciones que afectaban a su duración, y enfatizando el carácter personal del derecho del arrendatario al someter a inscripción registral su oponibilidad frente a terceros. Todo ello con la finalidad primordial de conseguir fomentar el mercado de alquiler de vivienda, de manera que pueda ser considerado como una alternativa eficaz y válida frente al mercado de la propiedad.⁷⁶³

El objetivo de este capítulo es analizar la coherencia entre los objetivos de la Ley 4/2013 y las reformas que introdujo en la LAU de 1994, sus consecuencias, principales efectos, y trascendencia sobre el mercado del alquiler de vivienda, para tratar de dar respuesta a si las mencionadas reformas, han logrado su objetivo, y si con dichas modificaciones se ha logrado proteger al consumidor de vivienda o solo al arrendador de la misma.

1. Régimen jurídico aplicable a los contratos de arrendamiento de viviendas

La Ley 4/2013, como manifiesta su Preámbulo, busca el objetivo fundamental de flexibilizar el mercado del alquiler mediante la modificación del régimen jurídico aplicable a los arrendamientos de vivienda, reforzando la libertad de pactos y dando prioridad a la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la Ley.⁷⁶⁴

Según Avilés García, J. J. (2014, pp.1-2), la Ley 4/2013 para fomentar el alquiler de vivienda pretende "*flexibilizar la relación contractual*". Aclarando que el término "*flexibilizar*" es utilizado ambiguamente por el legislador en un doble sentido: "*el relativo al efecto pretendido con la reforma*", que se identifica con la idea de "*liberalizar y dinamizar el mercado de alquiler*", y "*el relativo al propio principio generador de cualquier relación obligatoria entre contratantes, que busca la idea reequilibrar derechos y obligaciones de arrendador e inquilino bajo la guía del principio de autonomía de la voluntad*". Para el anterior autor (2014, p.5), la Ley

⁷⁶⁰ La Sociedad Pública de Alquiler, se liquidó en marzo de 2012. <http://www.20minutos.es/noticia/1340752/0/sociedad-publica-alquiler/desaparece/tras-siete-anos/>

⁷⁶¹ El Preámbulo de la Ley 4/2013, indica que se trata de flexibilizar el mercado de alquiler para lograr su dinamización, por medio de la búsqueda del necesario equilibrio entre las necesidades de vivienda en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores para que el elevado número de viviendas vacías se ponga a disposición del mercado arrendaticio.

⁷⁶² La Ley 4/2013 modificada los Arts. 4, 5, 7, 9 a 11, 13 a 20, 23 a 25, 35 y 36 de la LAU 1994.

⁷⁶³ Preámbulo de la Ley 4/2013.

⁷⁶⁴ Lo que de conformidad con Gázquez Serrano, L. (2014, p.564) "*favorecerá la posibilidad de sumisión al arbitraje*". Cfr. Gázquez Serrano, L. (2014). "*Clausulas arbitrales y el contrato de arrendamiento urbano*" *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas: Perspectiva desde la reforma*. Ed. Aranzadi, Pamplona, pp. 553-577.

4/2013, parte del axioma, de que “*la traslación a la voluntad de las partes de una buena parte del contenido imperativo del contrato de vivienda predispuesto por la ley («arrendamiento vigilado»), tendrá per se un efecto positivo directo y multiplicador en el mercado inmobiliario y en la economía*”. Y, piensa alcanzar sus objetivos en el mercado del alquiler “*otorgando mayor operatividad a la dispositividad de las normas*”, o lo que es lo mismo, “*con vago fundamento en el principio de autonomía de la voluntad cuyos entresijos parece desconocer*”. La vía ensayada por la Ley parte de un “*refuerzo de la libertad de pactos*”, pero sin apenas abandonar “*el marco tuitivo de la imperatividad normativa de la LAU 1994 («arrendamiento vigilado»), pieza mantenida inveteradamente para regular el uso de la vivienda conforme a las necesidades socio-económicas del momento*”.⁷⁶⁵

La Ley 4/2013, para fomentar ésta libertad de pactos modifico el ap. 2 del Art. 4 de la LAU, que establece el orden de prelación o jerarquía de fuentes normativas aplicables a los contratos de arrendamiento de vivienda, regulados en el Título II de la LAU (Arts. 6 a 28), que “*respetando*” lo dispuesto en los Títulos I (ámbito de la Ley, que incluye los Arts. del 1 al 5) y IV (Disposiciones comunes, que incluye los Arts. 36 y 37), establece que “*se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil*”.(Arts. 1542 a 1579).

De la lectura de este precepto, surge la necesidad de interpretar la expresión “*en el marco de lo establecido en el título II*”, porque aunque de una primera lectura podríamos concluir que la jerarquía de las normas aplicables ha cambiado, una parte de la doctrina, opina que nos encontramos ante una diferencia más teórica que práctica.⁷⁶⁶

En esta línea, según Avilés García, J. J. (2014, pp. 9-10), la prioridad de la voluntad de las partes “*no se traduce en un cambio sistemático en el mecanismo de aplicación de la normativa de la vivienda por parte del juez*”. Porque, aunque el Preámbulo de la LAU de 2013 proclama la prioridad de la voluntad de las partes, en la redacción de su articulado “*se mantiene sustantivamente lo mismo*”.⁷⁶⁷ En éste sentido, el Art. 4.1 reconoce que “*la apertura y refuerzo de la libertad de pactos se hace dentro de una imperatividad innata a buena parte de la normativa sobre la vivienda*”, en concreto, a los Títulos I y IV. Y, el Art. 4.2 que la voluntad de las partes en este contrato se ciñe al “*marco de lo establecido en el título II de la ley*”, cuya guía principal sigue siendo el Art. 6 LAU (primer artículo del Título II, referente a la naturaleza de las normas, que la reforma de la Ley 4/2013, no deroga ni modifica y que dota del carácter protector en favor de los arrendatarios de vivienda a las normas que integran el Título II de la LAU) que establece que “*Son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice*”.

⁷⁶⁵ Cfr. Avilés García, J. J. (2014). "Política de acceso a la vivienda, arrendamiento vigilado y libertad de mercado en la nueva LAU".

⁷⁶⁶Cfr. Salanova Villanueva, M. (2014). "Alteraciones en la estructura del contrato de arrendamiento de vivienda vinculadas a la crisis económica: aspectos sustantivos de la ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas" en *Vivienda y crisis económica. Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica* (coord. M.T. Alonso Pérez), Ed. Aranzadi, Pamplona, pp. 436-441.

⁷⁶⁷ Cfr. Avilés García, J. J. (2014). "Política de acceso a la vivienda, arrendamiento vigilado y libertad de mercado en la nueva LAU."

Lo dispuesto en el Art. 6 LAU en estrecha conexión con el Art 4.4 permite sostener, a Costal Rodal, L. (2013, p.35) "*la naturaleza imperativa de las normas del Título II LAU, normas que contienen la protección que el legislador otorga con carácter de mínimos al arrendatario y que son por tanto inderogables por la voluntad de las partes, con la única salvedad de que la propia norma autorizara el pacto en contrario, o que se tratara de pactos ventajosos para el arrendatario*".⁷⁶⁸ Y, en palabras de González Carrasco, M. C. (2013, p.171) que "*La proclama liberal de la reforma no se compadece con su alcance real, puesto que el juego de la autonomía de la voluntad en contra de lo dispuesto en el Título II queda muy limitado en la práctica*".⁷⁶⁹

Ordás Alonso, M. (2013, p.126), sostiene que la situación actual no es tan radicalmente diferente a la existente antes de la reforma. A su juicio, el mayor protagonismo de la autonomía de la voluntad no se encuentra, en la reforma del Art. 4.2 sino en "*un espectacular aumento de las normas de carácter dispositivo en el marco del Título II*".⁷⁷⁰

En definitiva, para los anteriores autores, a pesar de las palabras e intenciones se mantiene sustantivamente lo mismo que antes, siguen siendo nulo cualesquier pacto, cláusula o condición de las partes que no respeten los preceptos del Título II, salvo en aquellos casos específicos en que la propia ley, de forma expresa, lo permita (Art. 4.4 LAU).

Pérez Conesa, C. (2013, p. 19) recuerda que la expresión "*en el marco de lo establecido en el Título II*" fue introducida durante la tramitación parlamentaria, con la intención de evitar el término "*límites*" utilizado en el Proyecto inicial que decía que los arrendamientos de vivienda se regirán por la voluntad de las partes "*dentro de los límites expresamente establecidos en el título II de la presente Ley*". Pero en su opinión este cambio no supone una diferencia sustancial, pues el marco del Título II establece límites a la autonomía de la voluntad al no haberse modificado el Art. 6 LAU, de manera que la coexistencia de este precepto con el reformado ap. 2 del Art 4 implica en su opinión (2013, p. 20), por un lado, que "*los arrendamientos de vivienda se regirán por la voluntad de las partes*" y, por otro, que se siga manteniendo "*la naturaleza imperativa del Título II*". Y, si, como dispone el Art. 6, se tienen por no puestas las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario las normas que regulan el arrendamiento de vivienda, en su opinión (2013, p. 20), primero no se consigue el "*alcance que a la autonomía de la voluntad*" le quiso dar el legislador, y segundo podría pensarse que este último precepto se contradice con el Art 4.2. Por todo ello, la anterior autora defiende que "*hubiera sido deseable que se hubiera modificado el art.6 LAU*".⁷⁷¹ En la misma línea, según Carrasco Perera, Á. (2012, p.121), para restituir el

⁷⁶⁸ Cfr. Costal Rodal, L. (2013). "Principales novedades introducidas en la LAU/94 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas". *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, vol. 2, núm. 6, pp.35-42.

⁷⁶⁹ Cfr. González Carrasco, M. C. (2013). "El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler". *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, pp.170-190.

⁷⁷⁰ Cfr. Ordás Alonso, M. (2013). "Artículo 4.2. Régimen aplicable". *En Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Ed. Aranzadi, 6ª ed., Pamplona, pp.123- 127.

⁷⁷¹ Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

arrendamiento de vivienda “*al reino de la libertad contractual*” debería derogarse el art. 6 LAU.⁷⁷² Opinión que ya adelanto no se comparte con los anteriores.

Sin embargo, pese a todo lo expuesto, Pérez Conesa, C. (2013, pp.19-20) termina reconociendo que esta reforma supone, “*al menos aparentemente, un cambio en la jerarquía de las fuentes de regulación de los arrendamientos de vivienda, dando mayor relevancia al pacto que a las disposiciones del Título II*”. Que “*ya no es necesario plantearse en qué medida la autonomía de la voluntad regulará el contrato, pues el legislador ha querido que todo arrendamiento de vivienda se rija por la voluntad de las partes en el marco establecido en el Título II, y supletoriamente por el CC*”,⁷⁷³ algo diferente es como el legislador haya expresado su voluntad en el texto del ap. 2 del Art.4. Y, que la reforma de algunos artículos del Título II de la LAU “*permite, en alguna medida, la posibilidad del pacto sobre determinados aspectos del contrato*” señalando entre éstos preceptos los Arts. 16.4, 17.5, 18.1, 20.2, 25.8 y 27.4 que veremos con detenimiento más adelante.⁷⁷⁴

No obstante, de acuerdo con la anterior autora (2013, p.22), el marco de lo dispuesto en el Título II, (dentro del cual pueden las partes establecer pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, rigiéndose el arrendamiento de vivienda por las mismas), sigue conteniendo “*límites a la autonomía de la voluntad*” que vienen determinados en aquellas normas de carácter imperativo, considerándose nulas y teniéndose por no puestas las estipulaciones que modifiquen dichas normas en perjuicio del arrendatario.⁷⁷⁵

Coincido con Blanco Carrasco, M. (2014, p. 48), en que sin duda el principal cambio se ha producido en lo relativo al régimen aplicable a estos contratos, en que la Ley 4/2013 da más fuerza a la voluntad de las partes que la normativa anterior.⁷⁷⁶ Y, con Pérez Pujazón, E., Trigo Sierra, E. (2014), en que la nueva dicción del ap.2 del Art. 4 “*no permite concluir que las normas de este título II hayan perdido su carácter imperativo*”.⁷⁷⁷ Así, se confirma al comprobar que la reforma no ha modificado el mencionado Art. 6, y sí que en cambio ha querido destacar el papel de la autonomía privada reformado alguno de los artículos del título II para contemplar la posibilidad de determinados pactos de las partes antes no previstos, entre los que destacan los previstos en los Arts.17.5, 18.1 y 25 de la LAU. Y, fuera del título II puede destacarse la positivización expresa del pacto de las partes para someter a mediación o arbitraje aquellas controversias que por su naturaleza sean susceptibles de resolución a través de

⁷⁷²Cfr. Carrasco Perera, Á. (2012). “Comentarios al Proyecto de Ley de Reforma de los Arrendamientos Urbanos” Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 4, 2012, pp. 118- 134.

⁷⁷³ Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*. Ed Aranzadi, Navarra. pp. 164.

⁷⁷⁴ Destacamos, el Art.16.4 de la LAU que en arrendamientos de duración superior a tres años, permite pactar que en caso de fallecimiento del arrendatario, las personas mencionadas en el mismo no tengan derecho de subrogarse en el contrato.

⁷⁷⁵Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁷⁷⁶ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*. Ed. Reus. Madrid, p. 294, Retrieved from <http://www.ebrary.com>

⁷⁷⁷Cfr. Pérez Pujazón, E., Trigo Sierra, E. (2014). “Novedades introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas en la legislación arrendaticia”. *Actualidad Jurídica (1578-956X)*, (núm. 36) Madrid, pp. 80-86.

estos medios alternativos de solución de conflictos (Art. 4.5 LAU),⁷⁷⁸ y la previsión de que las partes puedan señalar una dirección electrónica para realizar las notificaciones previstas en la legislación arrendaticia “*siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se realizaron*” (Art. 4.6 LAU),⁷⁷⁹ solo con ello se logran garantizar los derechos del consumidor que quiera alquilar una vivienda.

En la misma línea, que los anteriores autores, coincido con Parra Lucán, M. (2015, p.211), en que aun cuando sigue habiendo normas imperativas para el arrendador, “*la reforma de 2013 se caracteriza por reforzar el papel de la autonomía de la voluntad*”, y “*fortalecer la libertad de pacto dando prioridad a la voluntad de las partes*”.⁷⁸⁰

En mi opinión, es cierto que debemos interpretar el ap.2 del Art. 4 en el sentido de que aquellas materias que no son reguladas por las normas imperativas de los Títulos I y IV, ni por las normas imperativas contenidas en el Título II de la Ley 4/2013 constituye uno de los ámbitos donde resulta posible el juego de la autonomía de la voluntad de las partes. Dicho de otro modo, el ámbito de operatividad de la autonomía de la voluntad queda acotado a todo aquello donde la materia regulada tenga carácter dispositivo, ámbito en el que efectivamente primará lo estipulado por las partes, siendo así que, en defecto de pacto, en aquello no previsto la relación jurídica se regirá por las normas dispositivas del Título II LAU y, en su defecto, por el CC.

Antes de la reforma, la voluntad de las partes sólo operaba y entraba en juego cuando no había disposición en el título II, quedando supeditada a la integración de las lagunas. Ahora, en cambio, se aplica aun cuando haya una norma dispositiva en el título II, dando total prioridad a la libertad de pactos, que como principio general, serán los que rijan el contrato, no en lo no previsto en el título II, ni en su defecto, como antes, sino de forma principal, siempre que los mismos respeten el “*marco de lo dispuesto en el título II*”, pudiendo las partes mejorarlo en beneficio del arrendatario, pero nunca bajo pena de nulidad (Art.6) empeorarlo o modificarlo, en perjuicio del arrendatario o subarrendatario, salvo los casos en que la propia norma expresamente autorice y permita pactos, acuerdos o cláusulas que pudieran ir en perjuicio de aquellos.

Así, los autores, que opinan que nos encontramos ante una diferencia que podría considerarse más teórica que práctica, sin que se cambie en realidad la dinámica contractual, terminan reconociendo que el cambio de redacción del ap. 2 del Art. 4 dota sin duda de una mayor libertad en cuanto al establecimiento de pactos, y que teniendo

⁷⁷⁸ De conformidad con Gázquez Serrano, L. (2014, p.565) se ha de hacer “*dentro de los límites de lo que debe entenderse como materias disponibles*”. Cfr. Gázquez Serrano, L. (2014) "Cláusulas arbitrales y el contrato de arrendamiento urbano".

⁷⁷⁹ A propósito de esta última previsión, para Pérez Pujazón, E., Trigo Sierra, E. Uría Menéndez (2014) “*Lo importante es acreditar la recepción, a cuyo efecto debiera ser suficiente el acuse de recibo que el sistema genera automáticamente cuando se tiene activado este servicio*”. Se recomienda por ello que “*cuando en el contrato de arrendamiento se incluyan direcciones de correo electrónico para la práctica de notificaciones, se incluya la obligación de las partes de activar el servicio de confirmación de la recepción de comunicación, de forma que la negativa a su activación produzca como efecto que la notificación deba tenerse por efectuada*”. Cfr. Pérez Pujazón, E., Trigo Sierra, E. (2014). "Novedades introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas en la legislación arrendaticia".

⁷⁸⁰ Cfr. Parra Lucan, M. (2015). "Contratación y vivienda en la crisis económica".

en cuenta el conjunto de la Ley, debe prevalecer la libertad de pactos. Principalmente porque la EM se refiere en varias ocasiones al objetivo de favorecer la libertad de contratación, y porque el nuevo Art. 4.4 permite excluir preceptos de la LAU, “*cuando ello sea posible*”, esto es, se debe hacer de “*forma expresa respecto de cada uno de ellos*”.

En definitiva, podemos decir que la Ley 4/2013 introduce un cambio notable y sustancial en el régimen aplicable, al ser las normas dispositivas contenidas en el título II, ahora supletorias de la voluntad de las partes, dando más fuerza que en la normativa anterior, a esta última, hasta el punto de que prevalece la libertad de pactos entre arrendador y arrendatario a la hora de establecer las cláusulas que regirán su contrato, no en defecto de la ley, sino de forma principal, siempre que queden englobados en el “*marco de lo dispuesto en el título II*”. Por supuesto, el hecho de que la voluntad de las partes prime ahora sobre los preceptos de la ley, o incluso sobre lo pactado inicialmente, no excluye el carácter imperativo de las normas. No debemos olvidar, como indica Gázquez Serrano, L. (2014, p.579) que nos encontramos ante “*una materia muy delicada de nuestro ordenamiento*” y que precisamente ese carácter imperativo, tiene como finalidad “*proteger los derechos del arrendatario de vivienda*”.⁷⁸¹

En mi opinión, es coherente que para incentivar el mercado de alquiler de viviendas se fomente la autonomía de la voluntad. De modo, que podemos decir que ha resultado apropiada la prioridad que la Ley 4/2013 le ha concedido, como uno de los mecanismos para conseguir el objetivo de la flexibilización y dinamización del mercado inmobiliario. Sin embargo, se considera que para ello no ha sido necesario modificar el mencionado Art. 6 de la LAU. Precepto este último, que resulta beneficioso para el arrendatario consumidor, tratando de evitar los abusos por parte del arrendador profesional. Por ello, consideramos adecuado que la libertad de pactos encuentre su límite en la imperatividad de las normas, y que sea nulo cualesquier pacto, cláusula o condición de las partes que no respete en perjuicio del consumidor de vivienda los preceptos del Título II, pues no debemos olvidar que aquel sigue siendo la parte más débil de la relación contractual y que la vivienda es un bien de primera necesidad.

2. La duración del contrato

De acuerdo con Pérez Pujazón, E., Trigo Sierra, E. (2014), las reformas que afectan al plazo de duración del contrato de arrendamiento de vivienda,⁷⁸² son fundamentalmente tres; la reducción del plazo de duración mínima (Art. 9) y de la prórroga obligatoria (Art. 10); la flexibilización del régimen de recuperación de la vivienda para el caso de necesidad del arrendador (Art. 9.3); y por último, la flexibilización del régimen del desistimiento (Art. 11).⁷⁸³ A su estudio vamos a dedicar este epígrafe.

⁷⁸¹ Cfr. Gázquez Serrano, L. (2014). "Cláusulas arbitrales y el contrato de arrendamiento urbano".

⁷⁸² La LAU regula la duración del contrato de arrendamiento de vivienda en el Capítulo II (Arts. 9 a 16) del Título II.

⁷⁸³ Cfr. Pérez Pujazón, E., Trigo Sierra, E. (2014). "Novedades introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas en la legislación arrendaticia".

2.1. Las prórrogas obligatorias para el arrendador y prórrogas tácitas.

La Ley 4/2013, modifico el Art. 9 de la LAU manteniendo su título "*plazo mínimo*", a pesar de que ahora su objeto sea, como indica Blanco Carrasco, M. (2014, p. 86) regular "*la duración del arrendamiento*", que en la actualidad, "*será libremente pactada por las partes*". No obstante, hay que tener en cuenta que si el plazo pactado es excesivamente breve es posible que salga del ámbito de cobertura de esta norma al no cumplir con el requisito de que el contrato de arrendamiento debe satisfacer una "*necesidad permanente de vivienda del arrendatario*" (Art. 2.1 LAU).⁷⁸⁴

De acuerdo con Pérez Conesa, C. (2013, p. 30) "*si no se hubiera estipulado un plazo de duración*" o "*éste fuese indeterminado*", se entenderá "*celebrado por un año*", (Art. 9.2 LAU); "*tanto en el supuesto anterior como en el de haberse pactado una duración inicial inferior a tres años*", el arrendamiento se podrá prorrogar por plazos anuales hasta que alcance la nueva duración mínima de tres años.⁷⁸⁵

Así, el art. 9.1 establece que si la duración libremente pactada fuera inferior a tres años, "*llegado el día del vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de tres años*", plazo mínimo legal de la prórroga obligatoria, "*salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo*".

Blanco Carrasco, M. (2014) hace varias puntualizaciones al precepto.⁷⁸⁶ Así, según la anterior al tratarse, de un prórroga regulada en una norma imperativa (Art. 9. 1), que es de carácter potestativo para el arrendatario (puesto que es un derecho que tiene y que puede usar si quiere, pero si no lo desea puede declinarlo), y de obligado cumplimiento para el arrendador (puesto que esta decisión se le impone sin capacidad de contradecirla, salvo por necesidad, Art. 9.3 LAU), se ha preferido no referirse a este sistema de prórrogas como obligatorias, prefiriendo el término prórrogas forzosas. Estas prórrogas, son de carácter anual, a pesar de que el tiempo se haya computado de otra forma en el contrato inicial (por meses, semanas o días), y comienzan a computarse a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo inicial de duración del contrato. Así, compartimos con la referida autora y con Colas Escandón, A. M. y Marín López, J.J. (2013), que en el caso de que un contrato tenga una duración inicial inferior a un año o superior a este, el arrendatario podrá disfrutar de un número de prórrogas anuales hasta que se llegue, incluso se supere, el plazo mínimo de 3 años.⁷⁸⁷ Ésta solución es más razonable (aunque suponga estirar un poco el plazo de duración del contrato más allá del plazo mínimo), que el reducir una de las prórrogas forzosas a un

⁷⁸⁴ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁷⁸⁵ Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁷⁸⁶ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁷⁸⁷ Cfr. Colas Escandón, A. M. y Marín López, J.J. (2013). "Artículo 9. Plazo mínimo", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 277- 360.

tiempo inferior a un año, puesto que de lo contrario, en mi opinión, no se protegería al arrendatario necesitado de vivienda. Para que el contrato quede prorrogado, no se requiere que la voluntad de hacerlo se manifieste exteriormente, es decir, opera de forma automática y se prorrogará hasta alcanzar los 3 años si no existe manifestación en contra. De esta manera, el silencio del arrendatario es entendido por la LAU como una voluntad de prorrogar. Por el contrario, si el arrendatario quiere concluir el contrato, no utilizando el derecho a prorrogar, debe ponerlo de manifiesto en el plazo de 30 días de antelación como mínimo a la fecha de finalización del contrato o de la prórroga. Podemos decir entonces que en caso de que el arrendatario opte por no renovar tiene la obligación de manifestar expresamente esta voluntad de "no renovar", como indica, la ley en sus Arts. 9 y 12. Este plazo de 30 días podría contractualmente reducirse, pero no ampliarse, al ser los pactos en perjuicio del arrendatario nulos, conforme al Art. 6 de la LAU.

Es evidente, que antes de la reforma la voluntad del arrendatario podía extender la duración del contrato de arrendamiento de vivienda hasta cinco años, y que ésta modifica la duración del arrendamiento, reduciéndose de cinco a tres años la prórroga obligatoria. Además el Art. 10.1 establece que "*si llegada la fecha de vencimiento del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurrido como mínimo tres años de duración de aquel, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con 30 días de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará necesariamente durante un año más*". Según la normativa anterior, el arrendatario podía hacer uso de esta última prórroga (tácita) hasta un máximo de 3 años, de aquí que el contrato pudiera tener una duración máxima de ocho años, cinco de duración pactada o prorrogada mínima, y tres de prórroga tácita. En cambio, con la nueva redacción dada por la Ley 4/2013 dicho contrato tendrá una duración máxima de cuatro años, tres de duración mínima y uno de prórroga tácita.

Para que sea de aplicación la prórroga tácita, de acuerdo con Colas Escandón, A. M. y Marín López, J.J. (2013, p. 376) es precisa la "*conurrencia simultánea de los tres requisitos*"⁷⁸⁸ que indica el Art. 10.1. Ahora bien, si el plazo inicial fuera inferior a tres años, el vencimiento de dicho plazo, no determina la aplicación de ésta prórroga, sino la del Art. 9.1 LAU, de tal modo que habrá que esperar al vencimiento de ésta última para que (siempre, que concurren los otros dos requisitos del Art. 10 LAU) sea susceptible de entrar en funcionamiento la prórroga tácita. Es indiferente, que el transcurso del mínimo de los tres años proceda de la duración pactada en el contrato, o de la pactada más una o varias de las prórrogas del Art. 9.1 LAU. Si el plazo inicial fuera superior a tres años, el vencimiento de dicho plazo determina la aplicación de ésta prórroga, y no la tácita reconducción del Art. 1566 CC. Siempre que ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con treinta días de antelación, su voluntad de no renovar el contrato. Son válidos los pactos que alteren este plazo de preaviso de treinta días, siempre que no supongan un perjuicio para el arrendatario. Cumplidos estos tres presupuestos, el contrato quedará renovado pero sólo por un año más.⁷⁸⁹

⁷⁸⁸ Cfr. Colas Escandón, A. M. y Marín López, J.J. (2013). "Artículo 10. Prórroga del contrato", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 361-381.

⁷⁸⁹ Cfr. Colas Escandón, A. M. y Marín López, J.J. (2013). "Artículo 10. Prórroga del contrato".

La Ley 4/2013, en su E.M, explica que para conseguir el objetivo fundamental de flexibilizar el mercado del alquiler se "*modifica la duración del arrendamiento, reduciéndose de cinco a tres años la prórroga obligatoria y de tres a uno la prórroga tácita, con objeto de dinamizar el mercado del alquiler y dotarlo de mayor flexibilidad*". Entiende la norma que con esta medida "*arrendadores y arrendatarios podrán adaptarse con mayor facilidad a eventuales cambios en sus circunstancias personales*".

Sin embargo, compartimos con Carrasco Perera, A. (2012, p.125) que "*El modelo que resulta es incongruente con el propósito de incentivar el uso arrendaticio como alternativa a la propiedad*".⁷⁹⁰ Y, con Avilés García, J. J. (2014, p.13) que "*no hay relación causal*" entre el plazo anterior y un eventual retraimiento en la oferta de viviendas vacías.⁷⁹¹ En mi opinión, la reforma de la duración del contrato de arrendamiento de vivienda (disminuyendo plazos y prorrogas) no guarda coherencia con el objetivo de la Ley que termina disminuyendo el nivel de protección del arrendatario.

Por ello, coincidimos con Blanco Carrasco, M. (2014, p. 102) que "*este sistema supone una menor protección del arrendatario puesto que son contratos más inestables e inseguros, y el plazo en el que puede verse fuera de la vivienda es realmente corto si se piensa que se trata de una finca destinada a cubrir las necesidades permanente de vivienda*".⁷⁹² Y, con Quicios Molina, S. (2012, p.6), que vamos a pasar de una legislación "*ultraprotectora del arrendatario*"⁷⁹³ durante un plazo de cinco años, a una legislación que como indica Pérez Conesa, C. (2013, p.31) ya no garantiza al arrendatario que, "*en todo caso*", pueda tener la seguridad de que el arrendamiento va a durar, "*si lo desea, el plazo mínimo*".⁷⁹⁴

Como indica la anterior autora, (2013, pp.32-33) esta reforma no era necesaria para alcanzar el objetivo de la Ley, y las consecuencias han sido también negativas para

⁷⁹⁰ Cfr. Carrasco Perera, A. (2012). "Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de viviendas", Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 4, pp.118-134. Puede consultarse en la página web www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

⁷⁹¹ Cfr. Avilés García, J. J. (2014). "Política de acceso a la vivienda, arrendamiento vigilado y libertad de mercado en la nueva LAU."

⁷⁹² Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁷⁹³ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁷⁹⁴ Así veremos que como indica Pérez Conesa, C. (2013, p.32) con anterioridad a la Ley 4/2013, "*el arrendatario no sólo tenía asegurada la continuidad en la vivienda arrendada por un plazo mínimo de cinco años, sino que además durante dicho plazo su posición contractual estaba garantizada*". Esto quedaba reflejado en preceptos, hoy modificados "*en los que se disponía que, en todo caso, el arrendatario tenía derecho a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplieran cinco años. Así sucedía pese a que el derecho del arrendador se extinguiera por las causas que establecía el art. 13.1 LAU/1994 o cuando el arrendador enajenara la vivienda arrendada, situación en la que el art. 14, párrafo primero LAU/1994 disponía que el adquirente quedaba subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de contrato aun concurriendo en él los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH). Así ocurría aunque el arrendatario hubiera arrendado una vivienda ajena con persona que, en realidad, no era el verdadero propietario, según se desprendía del art. 13.3 LAU/1994. Del mismo modo, el art. 25.8 LAU/1994 consideraba válido el pacto de renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente sólo en contratos de duración pactada superior cinco años. De otra forma, pero también con la intención de proteger al arrendatario, el art. 18.1 LAU/1994 sólo permitía la actualización de la renta conforme al IPC durante los primeros cinco años*". Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

el arrendador, al que la Ley, no solo no le aporta estímulos para sacar su vivienda vacía al mercado del alquiler, sino que le ha supuesto “*mayores desincentivos*”:⁷⁹⁵ Los precios de los alquileres han bajado,⁷⁹⁶ el arrendatario, que no tiene asegurado un plazo, no está dispuesto a pagar lo que se pagaba antes por un arrendamiento de vivienda. Y, “*la precarización que ahora se intensifica favorece que se reduzca sustancialmente el cuidado que pueda poner el arrendatario en la vivienda, pues no tendrá interés en invertir para largo plazo o realizar una mejora necesaria que acaso sí haría si contara con la seguridad de una duración mayor*”. En conclusión, como indica la anterior “*el arrendador no tendrá modo de presionar al alza en la renta si no es renunciando a las nuevas ventajas legales que le concede la Ley 4/2013*”.⁷⁹⁷

A nuestro entender, de conformidad con González Carrasco, M. C. (2013, p.173) “*Los problemas de la LAU de 1994 no tienen su origen en la prórroga quinquenal obligatoria*”.⁷⁹⁸ Por ello, como indica con Pérez Conesa, C. (2013, p.33) no se trataba de flexibilizar la duración del contrato, sino de “*fomentar la confianza en el funcionamiento de la justicia*”.⁷⁹⁹ Porque al arrendador, no le preocupa la duración del contrato, sabe que un buen arrendador que pague puntualmente la renta y cuide la vivienda es la mejor de las inversiones, en cambio lo que le inquieta es no tener garantizado que, en caso contrario, el acceso a la justicia va a ser rápido y eficaz.

En mi opinión, esta reforma, no solo no ha favorecido a ninguna de las partes implicadas en el contrato, sino que ha tenido las consecuencias y efectos negativos que hemos expuesto para ambas. Además, no ha sido de ayuda al objetivo pretendido por la Ley 4/2013, porque en España, la dinámica del mercado del alquiler de vivienda y su expansión depende más de una buena inversión en el mejor y adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia, de manera que el arrendador cuente con unas garantías jurídicas que le aseguren que las controversias que surjan durante la vigencia del contrato de alquiler se van a solventar con celeridad.

2.2. La exclusión de la prórroga obligatoria por necesidad de la vivienda por parte del arrendador

Existen dos excepciones, en virtud de las cuales no se aplica la prórroga forzosa, la primera es que el arrendatario manifieste al arrendador su voluntad de no renovar el contrato (ap. 1 del Art.9), y la segunda que el arrendador la necesite⁸⁰⁰ “*para destinarla a vivienda permanente*” (ap. 3 del Art. 9). Por tanto, en mi opinión, podríamos decir que la primera excepción es una facultad del arrendatario y la segunda es una facultad del arrendador.

⁷⁹⁵ Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁷⁹⁶ Según Instituto Nacional de Estadística, en adelante INE.

⁷⁹⁷ Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁷⁹⁸ Cfr. González Carrasco, M. C. (2013). “El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler”.

⁷⁹⁹ Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁸⁰⁰ Las SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 18 marzo 2010 y 22 junio 2011, junto con las SSAP Vizcaya (Sec. 5ª) 30 octubre 2014 y Madrid (Sec. 19ª) 9 julio 2015, declaran que la necesidad “*capaz de impedir la prórroga forzosa... debe ser entendida como no forzosa, obligada o impuesta por causas ineludibles, sino lo opuesto a lo superfluo y en grado superior a lo conveniente, lo que constituye un medio adecuado para un fin lícito*”.

La Ley 4/2013, en paralelo a la reducción de plazos, ha flexibilizado los requisitos para poder aplicar esta última.⁸⁰¹ Entre las cuestiones más destacables de esta reforma, se encuentra en primer lugar, como indica Blanco Carrasco, M. (2014, pp.93-94) que *“una vez transcurrido el primer año de duración del mismo”*, no procederá la prórroga obligatoria del contrato, y el arrendador podrá recuperar la vivienda, estando vigente el contrato, *“sin necesidad de pacto expreso al efecto”* en el mismo *“como se exigía hasta ahora”*.⁸⁰² La situación ha cambiado, y como indica Pérez Conesa, C. (2013, p.35) ahora *“no se requiere ya que el arrendador, para evitar la prórroga obligatoria, no sólo no tenga que especificar una causa concreta de necesidad, sino ni tan siquiera la constancia genérica en el contrato de la necesidad futura de ocupar la vivienda”*.⁸⁰³

En segundo lugar, este artículo, que en principio solo incluía, el derecho a necesitar la vivienda para el arrendador, fue modificado por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre,⁸⁰⁴ para ampliar el marco de personas que podían tener necesidad de ocupar la vivienda a los familiares *“en primer grado de consanguinidad o por adopción”* o para su cónyuge *“en los supuestos de sentencia firme de divorcio o nulidad matrimonial. Y, por la Ley 4/2013, para incluir al cónyuge separado legalmente por sentencia firme. Por tanto, en mi opinión la separación de hecho sigue sin incluirse de forma acertada, pues lo contrario podría dar lugar a fraudes en perjuicio del arrendatario.*

En tercer lugar, como indica Pérez Conesa C. (2013, p. 36) se *“asegura al arrendatario que, al menos, pueda permanecer en la vivienda un año: lo que no se garantiza es que el contrato vaya a durar lo que haya pactado, puesto que a partir del año, sea cual sea la duración pactada, el arrendador tiene derecho a recuperar la vivienda”*.⁸⁰⁵

Para Padilla Ruiz, P. (2013, p.203), la reforma del el ap. 3 del Art. 9 tiene dos importantes lecturas; por un lado *“se libera al arrendador de la obligación de hacer una previsión de necesidades de la vivienda en el momento de firmar el contrato”*, y por otra parte *“se otorga cierta seguridad al arrendatario en el uso de la vivienda al ofrecerle al menos un año de posesión”*.⁸⁰⁶

⁸⁰¹ El Art. 9 en su ap. 3. establece que *“No procederá la prórroga obligatoria del contrato si, una vez transcurrido el primer año de duración del mismo, el arrendador comunica al arrendatario que tiene necesidad de la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial. La referida comunicación deberá realizarse al arrendatario al menos con dos meses de antelación a la fecha en la que la vivienda se vaya a necesitar y el arrendatario estará obligado a entregar la finca arrendada en dicho plazo si las partes no llegan a un acuerdo distinto... ”*.

⁸⁰²Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁸⁰³Cfr. Pérez Conesa C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁸⁰⁴ La Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios. BOE de 24 de noviembre de 2009, núm.283.

⁸⁰⁵Cfr. Pérez Conesa C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁸⁰⁶Cfr. Padilla Ruiz, P. (2013). "Comentarios a la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona, pp. 199-207.

En cuarto, y último lugar, destaca que el plazo para efectuar la comunicación se deba hacer solo con dos meses de antelación a la fecha en la que la vivienda se vaya a necesitar, y que el arrendatario esté obligado a entregar la finca arrendada en dicho plazo, si las partes no llegan a un acuerdo distinto. Este plazo, de acuerdo con Colas Escandón, A. M. y Marín López, J.J (2013, pp.351-352) además de ser excesivamente breve, "*crea una gran inseguridad para el arrendatario, ya que, transcurrido el primer año de duración del contrato*", el arrendador puede "*en cualquier momento*" sorprenderle comunicándole que necesita la vivienda, y que tiene dos meses para desalojarla.⁸⁰⁷

De acuerdo, con Quicios Molina, S. (2012) teniendo en cuenta, que ahora la prórroga sólo obliga al arrendador por tres años, la reforma del Art 9.3 debería haber sido más exigente con los requisitos que deben darse para entender existente la causa de necesidad.⁸⁰⁸

Y, con Carrasco Perera, A. (2013, p.384) esta reforma "*es error de bulto, tanto de justicia como de estrategia*". Además, nos parece "*inconcebible*" que se permita al arrendador recuperar la vivienda de cuyo uso ha dispuesto voluntariamente por un plazo de tres años. La denegación de prórroga sólo debería encontrar justificación en un contrato sujeto a prórroga forzosa indefinida, pero no en la actualidad cuando existe "*tiempo cierto, y además tan breve*". El riesgo de la aparición de esta necesidad sobrevenida "*debía ser enteramente absorbido por el propietario, que no puede pretender «nadar y guardar» la ropa, sacando dinero de una renta sin querer asumir el coste de tener que privarse durante un tiempo de la finca*".⁸⁰⁹

En mi opinión, una de las consecuencias o principales efectos de ésta reforma ha sido reducir de forma sustancial el plazo que el arrendador tiene para comunicar la necesidad de vivienda de cinco años a dos meses de antelación. Esta reforma solo ha beneficiado al arrendador. Y, aun cuando en un principio podría parecer una excepción lógica y justa, al tratarse de la necesidad de vivienda, se considera que no lo es, porque el arrendatario tiene esta misma necesidad, para eso alquila la vivienda y, puestas en la balanza ambas necesidades, esta se inclina hacia el arrendador, aun cuando las necesidades de las dos partes son idénticas. Y, si bien, es cierto que el arrendador es el propietario, en mi opinión, el más necesitado de protección es el arrendatario que tendrá que desocupar, la que ha sido su vivienda permanente durante un año y buscar otra si no quiere quedarse en la calle. Además, la ley amplía la necesidad de vivienda a la familia del arrendador, anteponiendo los intereses de los familiares de este a los del arrendatario, lo que evidentemente perjudica a este último.

El legislador, olvida que la vivienda, es un bien de primera necesidad, esencial para el desarrollo de la vida personal y familiar del arrendatario que, en nuestro caso, es un consumidor (que probablemente, no tiene otra alternativa para acceder a la misma),⁸¹⁰ y que es necesario garantizarle que pueda hacerlo con cierta estabilidad y

⁸⁰⁷ Cfr. Colas Escandón, A. M. y Marín López, J.J. (2013). "Artículo 9. Plazo mínimo".

⁸⁰⁸ Cfr. Quicios Molina, S. (2012). "La reforma de los arrendamientos urbanos, según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, de 31 de agosto de 2012".

⁸⁰⁹ Cfr. Carrasco Perera, A. (2013). "Artículo 11. Desistimiento del contrato". *En Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 383-399.

⁸¹⁰ No olvidemos, que uno de los objetivos de la Ley 4/2013, es que el mercado de alquiler sea profesionalizado, y que por tanto, la relación contractual se desarrolle con un consumidor y un profesional.

previsibilidad. Por ello, hubiera sido más justo que el arrendador que se dedica a alquilar viviendas como actividad profesional, asumiera los riesgos inherentes a esta actividad al ser este último el que se beneficia de ella a cambio de la renta. Y, en cualquier caso, lo mínimo hubiera sido que la Ley de forma expresa exigiera al arrendador que comunica la necesidad de vivienda, la acreditación de la misma por algún medio de prueba, y que indemnizara al arrendatario por el desalojo, y por el tiempo que quedaba por cumplir de forma similar a lo establecido en el Art. 11 de la LAU para el desistimiento.

Además, es injusto que al arrendatario se le dé un plazo de dos meses para desalojar su vivienda permanente. Y, que desde *"la extinción del contrato o, en su caso, del efectivo desalojo de la vivienda"* se conceda al arrendador o sus familiares un mes más, es decir, de tres meses, que es evidentemente un plazo más largo, para ocupar la vivienda, pues está claro que aquel dispone de solo dos meses para el *"efectivo desalojo de la vivienda"*, y el arrendador de un plazo máximo de tres meses para *"ocupar"* la misma. Si bien, sería válida una cláusula contractual que indicara que por acuerdo de las partes este plazo de tres meses se reduce, en cambio, sería nula si se amplía.

Por ello, entiendo que de forma acertada, para evitar que los arrendadores utilicen fraudulentamente esta causa de extinción del contrato,⁸¹¹ se mantiene en el ap. 3 del Art. 9 que *"si transcurridos tres meses a contar de la extinción del contrato o, en su caso, del efectivo desalojo de la vivienda"*, no hubieran procedido el arrendador o sus familiares a ocuparla, el arrendatario podrá optar, en el plazo de treinta días, entre *"ser repuesto en el uso y disfrute de la vivienda arrendada por un nuevo período de hasta tres años, respetando, en lo demás, las condiciones contractuales existentes al tiempo de la extinción, con indemnización de los gastos que el desalojo de la vivienda le hubiera supuesto hasta el momento de la reocupación"*, o *"ser indemnizado por una cantidad equivalente a una mensualidad por cada año que quedara por cumplir hasta completar tres, salvo que la ocupación no hubiera tenido lugar por causa de fuerza mayor"*.

Para ejercitar una de las dos opciones, el arrendatario cuenta con un plazo de treinta días. Coincidimos con Pérez Conesa, C. (2013, p.41) que éste plazo empezara a computarse *"a partir del momento en que hayan transcurrido los tres meses que tiene el arrendador o familiares para recuperar la vivienda sin haber procedido a ello"*.⁸¹² Además, el arrendatario debe tener en cuenta que si opta por ocupar de nuevo la vivienda se iniciara un nuevo contrato en lo que al plazo se refiere, es decir, la reposición en el uso y disfrute será por un plazo mínimo de tres años, si bien será en las mismas condiciones que el anterior contrato. Por tanto, sin posibilidad de que se le suba la renta, indemnizándolo además con *"los gastos que el desalojo de la vivienda le hubiera supuesto hasta el momento de la reocupación"*. Es decir, se le abonan no solo los gastos materiales que le hubiera ocasionado dejar la vivienda desocupada y volver a ocuparla, sino también como indica Colas Escandón, A. M. y Marín López, J.J (2013, p.352) *"todos los que tengan en el desalojo su motivo u ocasión (por ejemplo, la mayor renta pagada en el inmueble que hubo de alquilar el arrendatario hasta la reposición;*

⁸¹¹ Una vez recuperada la vivienda, debe ser usada como vivienda habitual y permanente, lo que excluye la posibilidad de que pueda ser destinada a otros usos diferentes, como por ejemplo utilizarla de despacho profesional o venderla.

⁸¹² Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

*los gastos de realojo también son indemnizables), siempre que unos y otros sean debidamente probados por el arrendatario que afirme haberlos padecido".*⁸¹³

Y, si opta por ser indemnizado, coincido con Quicios Molina, S. (2013) se le abonara tan solo, la ridícula cantidad de un mes por cada año que quedase por transcurrir hasta completar los dos años de duración obligatoria.⁸¹⁴ Es decir, la cantidad máxima a indemnizar será la correspondiente a dos meses de renta. En ningún caso, el arrendatario, tendrá derecho a ser indemnizado por los eventuales daños morales (tan difíciles de acreditar ante los tribunales) puesto que el precepto solo se refiere a la indemnización de los gastos originados por el desalojo. Esta ridícula indemnización, comparto con González Carrasco, M. C. (2013, p.175) "*propiciará que el arrendatario opte siempre por el retorno que la norma le sigue permitiendo en un intento de negociar una indemnización mayor*".⁸¹⁵

Una vez recuperada la vivienda por el arrendador, la ley no dice si se requiere un plazo mínimo de estancia o permanencia efectiva en la misma antes de poder volver a arrendarla o venderla. Este tipo de previsión, no existía, ni en la regulación anterior a 2013, ni tampoco en la nueva. Por ello, coincido con Blanco Carrasco, M. (2014, pp. 97-98), que llama la atención que no se haya aprovechado esta modificación para incorporar algo que sin duda viene siendo objeto de discusión desde hace tiempo.⁸¹⁶ Y, con Colas Escandón, A. M. y Marín López, J.J. (2013, p.353) en que este tipo de actuación demuestra que la vivienda que se ha recuperado realmente no se pretendía destinar a satisfacer la necesidad de una "*vivienda permanente para sí*", lo que faculta al arrendatario para exigir la reposición de la misma o la indemnización. Pero, como tampoco es justo pretender la "*amortización indefinida de la vivienda recuperada*" en manos del arrendador (quien acaso la necesitaba ciertamente en el momento de la recuperación, pero dejó de necesitarla algún tiempo después), habrá que estar al caso concreto, para decidir si la vivienda recuperada cubrió o no, durante un tiempo razonable, una necesidad real de vivienda permanente para el arrendador o sus familiares.⁸¹⁷

Según Avilés García, J. (2014, p.18) "*deberá ser la capacidad negociadora y previsor del inquilino la que ahora convenga al arrendador para «flexibilizar» las condiciones del contrato en beneficio propio*". Se reconoce "*la validez de aquellos pactos y cláusulas por los que el arrendador renuncie a ejercer su derecho a recuperar su vivienda*", o, también, la validez de aquellos pactos que permitan atemperar en favor del inquilino cualesquiera de las condiciones onerosas previstas por ley, establecidas ahora netamente en favor del arrendador para recuperar su vivienda.⁸¹⁸ No obstante, se considera, que hubiera sido mejor para el arrendatario, si la Ley de forma expresa obligara al arrendador a aportar con la solicitud un medio de prueba, y asumir no solo

⁸¹³ Cfr. Colas Escandón, A. M. y Marín López, J.J. (2013). "Artículo 9. Plazo mínimo".

⁸¹⁴ Cfr. Quicios Molina, S. (2013). "La reforma de los arrendamientos urbanos según la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, de 3 de agosto de 2012".

⁸¹⁵ Cfr. González Carrasco, M. C. (2013). "El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler".

⁸¹⁶ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁸¹⁷ Cfr. Colas Escandón, A. M. y Marín López, J. J. (2013). "Artículo 9. Plazo mínimo".

⁸¹⁸ Cfr. Avilés García, J. J. (2014). "Política de acceso a la vivienda, arrendamiento vigilado y libertad de mercado en la nueva LAU".

los costes del desalojo, sino también una indemnización por el tiempo que quede por cumplir.

La Sala de lo Civil (Sec.1ª) del TS admite que el arrendador pueda renunciar a la denegación de prórroga por necesidad. Así, lo declaran las sentencias de 24 de junio de 2015 y 8 de marzo de 2013. En ellas, se deniega la resolución del contrato de arrendamiento basada en la necesidad del arrendador, al quedar acreditado que se pactó una cláusula contractual renunciando a la denegación de prórroga por este motivo, y que por ésta renuncia el arrendador obtuvo una sensible mejora económica en la renta a percibir, cuya contrapartida fue la mencionada renuncia. En estas sentencias, se dice que la renuncia no es un derecho personalísimo del arrendador, sino una facultad que la LAU otorga a éste, y a quien le suceda, y que sólo está prohibida cuando perjudique a terceros, pero es válida la que afecta a los propios derechos del renunciante aun cuando en el futuro pueda perjudicar a sus herederos.⁸¹⁹

De conformidad con Castilla Barea, M. (2016) no se comparte lo anterior al considerar que la facultad del arrendador de oponerse a la prórroga forzosa del arrendamiento con base en su propia necesidad de vivienda para sí o sus familiares, constituye un derecho personalísimo, de quien en cada momento ostenta la cualidad de arrendador. Por ello, la renuncia sólo vincula a éste último y no a sus sucesores, de modo que aquel no tiene la capacidad de disponer, en perjuicio de sus sucesores, de un derecho que no le corresponde, que no le es propio, y que surgirá en su caso y en su momento como derecho propio del sucesor necesitado de vivienda.⁸²⁰

2.3. El derecho de desistimiento del arrendatario

La Ley 4/2013, modificó el Art.11, flexibilizado los requisitos del desistimiento, según Costal Rodal L. (2013) como contrapartida a las modificaciones operadas en el Art. 9 (que benefician al arrendador), y para flexibilizar el mercado del alquiler desde el punto de vista del arrendatario.⁸²¹ La intención de esta reforma, coincidimos con Blanco Carrasco, M., (2014, p.107), fue "*aportar algo de luz a los arrendatarios, ante una normativa claramente favorable para el arrendador*". Sin embargo, como apunta la anterior autora la ley "*no ha aprovechado la coyuntura para ofrecer una regulación uniforme del desistimiento en todos los tipos de arrendamientos*" admitiéndose únicamente para los contratos de arrendamiento de vivienda.⁸²²

⁸¹⁹ En ellas se dice que el Art. 6.2 del CC "*proscribe la renuncia de derechos cuando perjudiquen a tercero, pero como declara la doctrina, es válida la renuncia que no afecta a otros derechos que a los propios del renunciante aunque en el futuro pueda perjudicar a sus herederos. Es decir, nada impide que la renuncia tenga un efecto reflejo sobre terceros, pero la renuncia no se hizo para perjudicar a terceros que es lo que proscribiera el art. 6 del CC*"

⁸²⁰ Cfr. Castilla Barea, M. (2016). "Sentencia 24 junio 2015. Renuncia del arrendatario al derecho de denegación de prórroga del arrendamiento de la vivienda por causa de necesidad para sí mismo o su familia." *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* núm.101, pp. 167-190.

⁸²¹ Cfr. Costal Rodal L. (2013). "Principales novedades introducidas en la LAU/94 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas".

⁸²² Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

Entre las principales novedades de ésta reforma, Pérez Conesa, C. (2013, p.56-57) destaca que el derecho de desistimiento del arrendatario, a diferencia de antes, no queda condicionado únicamente a los supuestos de arrendamientos de duración pactada superior al plazo mínimo. Con la modificación del precepto "*a partir del sexto mes, con independencia de que se haya pactado un plazo de duración del contrato superior o inferior a tres años*" el arrendatario se beneficia al poder "*desvincularse unilateralmente del contrato*" en cualquier momento. Reduciéndose de dos meses a treinta días el plazo de preaviso en el que el arrendatario tiene que notificar la voluntad de desistir al arrendador.⁸²³

En mi opinión, el preaviso (en el que no es necesario justificar la causa, ni decir el motivo), aun cuando, la ley no exige que se haga por escrito, ni que tenga forma pública, sería conveniente que el arrendatario lo hiciera de forma fehaciente, ya que en caso contrario, no podrá acreditar, si tiene que acudir a los tribunales, que envió la comunicación como le exige la Ley. Se considera que un burofax con certificación de texto y acuse de recibo, es prueba documental suficiente.

El arrendatario que desista del contrato antes de esos seis meses, se puede encontrar con que el arrendador acepte que se vaya sin exigirle nada más. Esto sería válido, al ser eficaz un pacto que permitiese al arrendatario desistir del contrato sin necesidad del transcurso de seis meses, al no ser perjudicial para este último. Lo recomendable, en este caso sería que las partes firmen un documento dando por rescindido el contrato, y acordando que las partes no se adeudan cantidad alguna, una vez que el arrendador devuelve en defecto de desperfectos la fianza entregada. Pero, también puede ocurrir que el arrendador se oponga a que el arrendatario se vaya antes de lo convenido. En este caso, debemos partir del hecho de que el contrato da al arrendatario la posibilidad de habitar la vivienda, pero no la obligación, por lo que evidentemente puede abandonar la vivienda. Ahora bien, la ley solo permite el desistimiento cuando el contrato lleve al menos seis meses de duración, es decir, que el arrendatario podría abandonar la vivienda pero, salvo pacto en contra, estará obligado al pago de la renta durante los seis primeros meses.

El desistimiento, comparto con Blanco Carrasco, M., (2014, p.108), "*extingue el contrato y libera al arrendatario de tener que pagar las rentas futuras. Eso sí, pasado el plazo de preaviso deberá abandonar la finca so pena de ser desahuciado*".⁸²⁴

En mi opinión, la reforma del Art. 11, hace más atractivo el arrendamiento de vivienda para el arrendatario, y potencia la voluntad de las partes, hasta el punto de permitir que estas puedan "*pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir*". Dando lugar los períodos de tiempo inferiores al año "*a la parte proporcional de la indemnización*".

Esta indemnización a favor del arrendador, hay que tener en cuenta que no es obligatoria, y que por tanto, sólo se abonará si se hubiese pactado expresamente en una cláusula del contrato. Si el contrato no contiene cláusula de indemnización no cabe el

⁸²³ Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁸²⁴ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

pago de la misma. Y, además, no se puede pactar una indemnización superior a la tasada legalmente. Esto significa, que si en el contrato de arrendamiento se hubiese pactado una indemnización superior, conforme al Art. 6 de la LAU, dicha cláusula sería nula, y se tendría por no puesta al ser contraria a los derechos de los arrendatarios reconocidos en las normas del Título II. De acuerdo con Blanco Carrasco, M., (2014, p.111) se pueda pactar una indemnización menor, pero nunca mayor, evitando que se pueda recoger en el contrato una "indemnización" que realmente sea "*un cumplimiento íntegro de la obligación de renta, abonando todas rentas hasta cubrir el periodo pactado*". Se trata "*simplemente de compensar o indemnizar hasta la cantidad establecida en la norma, pero no se puede ir más allá de esta cantidad, que es un tope máximo para la indemnización del arrendador*", y que impide incluir en dicha indemnización el lucro cesante, "*evitando de esta forma el enriquecimiento desmedido del arrendador que podría solicitar el abono de todas las rentas impagadas pero con la posibilidad de volver a alquilar el piso a otro inquilino al encontrarse la vivienda disponible*",⁸²⁵ porque, al fin y al cabo, como indica, Magro Servet, V. (2013), "*el arrendador recupera la posesión y puede arrendar el inmueble de nuevo*".⁸²⁶

Según, Costal Rodal, L. (2013), la efectividad del desistimiento como medida para flexibilizar el mercado del alquiler se ve reducida si este pacto se hace habitual.⁸²⁷ No obstante, para Pérez Conesa, C. (2013, p.57) la incertidumbre que esta reforma produce al arrendador no se ve compensada con la indemnización pactada. A su juicio, esta reforma no ha incrementado "*la oferta de vivienda en alquiler*".⁸²⁸ Tampoco, para González Carrasco, M. C. (2013, p.176-177) este derecho, tiene "*ningún efecto positivo de cara a la dinamización del mercado de los alquileres*".⁸²⁹

En la misma línea, para Carrasco Perera, A. (2013, p.384) esta reforma es un "*sinsentido*" con "*efectos perversos*", opinión que no compartimos, pues como éste mismo reconoce este precepto es "*el único de la reforma que está diseñado para favorecer al arrendatario*", y "*puede reputarse de conquista importante para los arrendatarios como clase*", aunque es cierto que no se advierte en qué medida tiene que ver con la dinamización del mercado de alquileres.⁸³⁰ No consideramos, tampoco que como indica el anterior autor (2013, p.384) el desistimiento favorezca "*sólo a los arrendatarios sin arraigo*", ni que "*a los demás el nuevo derecho les costará dinero*". Es cierto que "*ninguna familia podrá convencer a un propietario para que les ajuste la renta en consideración a que desean comprometerse en un arrendamiento a largo plazo*". Porque el derecho de desistimiento es "*irrenunciable, y la promesa de continuidad ya no es creíble*"; y que "*mientras el arrendador puede renunciar al derecho de denegar la prórroga por necesidad, el arrendatario no puede renunciar su facultad de desistir del plazo pactado*". Esto significa, que aunque los inquilinos quisieran hacer ver al arrendador su intención de estabilidad en el arrendamiento, de permanecer por un largo periodo en el domicilio, y con ello obtener algún tipo de

⁸²⁵Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁸²⁶ Cfr. Magro Servet, V. (2013). "El desistimiento del arrendatario en los contratos de arrendamiento y sus efectos tras la reforma de la LAU", en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3, pp. 21-34.

⁸²⁷Cfr. Costal Rodal L. (2013). "Principales novedades introducidas en la LAU/94 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas".

⁸²⁸ Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁸²⁹Cfr. González Carrasco, M. C. (2013). "El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler".

⁸³⁰ Cfr. Carrasco Perera, A. (2013). "Artículo 11. Desistimiento del contrato".

ventaja en la renta o en cualquier otro elemento del contrato, esto no tendrá ningún efecto puesto que no es posible renunciar al mismo, y por lo tanto, el inquilino podría desistir del contrato aunque su intención inicial fuera permanecer en la vivienda durante largo plazo. En definitiva, no se podrá, pactar excluir este derecho del contrato, ni tampoco aumentar el plazo de preaviso, ni la cuantía de la indemnización. Este derecho es ejercitable en cualquier momento de vida del contrato, tanto en el periodo pactado como en el periodo de prórroga forzosa.

Sin embargo, de lo anterior no concluimos como hace Carrasco Perera, A. (2013, p.385) que *"la regulación propuesta sólo sirve para inquilinos movedizos que «van y vienen»"* ni tampoco que *"para las familias que pretendan estabilizar un derecho de uso de largo plazo, el proyecto sólo les ofrece precariedad, por lo que continuarán operativas las presiones sociales y psicológicas para la inversión hipotecaria en propiedad"*.⁸³¹

Para, Pérez Conesa, C. (2013, p.58) existe un desequilibrio en términos de estabilidad para ambas partes, porque la reforma del Art. 9.3 repercute de forma negativa en el arrendatario que solo tiene asegurado un año en la vivienda, y la reforma del Art. 11 repercute de forma negativa en el arrendador que solo tiene asegurada la renta durante seis meses. Y, a su juicio *"tan inseguro es para el arrendador que, habiendo transcurrido seis meses, pueda libremente el arrendatario desvincularse del contrato, como para el arrendatario que, sin constancia alguna en el contrato y pudiendo beneficiarse de la prórroga del mismo, se le impida por la futura necesidad de la vivienda arrendada que tuviera el arrendador"*.⁸³²

En mi opinión, no se puede equiparar el enorme perjuicio que se causa al arrendatario con la denegación de la prórroga por necesidad transcurrido un año con el que se causa al arrendador con el desistimiento del arrendatario transcurridos seis meses, porque es indudable que al arrendatario que se le deniega la prórroga, se le obliga a perder la que ha sido su vivienda habitual durante un año, obligándole a dejarla desocupada en un brevísimo plazo (dos meses). Y, ¿que pierde el arrendador con el desistimiento del arrendatario?, si durante el preaviso le da tiempo a buscar un nuevo inquilino e, incluso puede que se haya pactado una indemnización a su favor. Pero aun en el hipotético caso de que se le ocasionase una pérdida, esta será, tan solo, económica, y nunca comparable con la pérdida que, no solo a efectos económicos, se le ocasiona al arrendatario obligado a dejar su vivienda en caso de necesidad del arrendador o de sus familiares.

No obstante, considero que la reforma ha supuesto una mejora en favor de los derechos de todos los arrendatarios. No creo, que a priori, existan arrendatarios que libre y voluntariamente decidan no tener arraigo, o a los que les guste ir y venir cuando se trata de algo tan íntimo e importante como es la vivienda. Cuestión distinta, es que no se conoce bien una vivienda hasta que no se habita en ella. Por ello, es frecuente que el arrendatario tras habitarla advierta que realmente las características que ésta presenta no son las que esperaba cuando la visito por primera vez, y decida desistir.

⁸³¹ Cfr. Carrasco Perera, A. (2013). "Artículo 11. Desistimiento del contrato".

⁸³² Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

En mi opinión, el desistimiento siempre debe ser un derecho irrenunciable del arrendatario, pues evidentemente solo así queda protegido de manera efectiva, de eventuales estafas o engaños por parte de un arrendador que pretenda ocultar algún vicio o defecto en la vivienda, o cuando simplemente la vivienda que aparentemente parecía habitable, realmente no lo es para un arrendador en concreto. Creo que en principio todos los arrendatarios desean comprometerse en un arrendamiento a largo plazo, pero siempre y cuando, la vivienda cumpla sus expectativas, porque ¿a quién le puede gustar hacer una mudanza cuando tan solo se lleva en la vivienda seis meses?

De igual modo, considero que la reforma ha pretendido proteger a la familia en casos de separación de hecho donde aún no ha recaído resolución judicial,⁸³³ permitiendo el Art. 12 que el cónyuge o la pareja de hecho⁸³⁴ del arrendatario pueda continuar usando la vivienda en los casos que éste último desista o no renueve el contrato sin consentimiento de aquel, o que abandone la vivienda sin comunicar su intención de desistir o renovar.

3. Efectos de la inscripción del contrato de arrendamiento de vivienda en el registro de la propiedad

Antes de exponer estos efectos, nos parece importante recordar que la inscripción en el Registro de la Propiedad de los arrendamientos de vivienda se hizo posible tras la publicación de la LAU de 1994, cuya DA 2ª con la intención de facilitar el acceso de estos al Registro modificó el Art. 5. 2 de la LH, dictándose el RD 297/1996, de 23 febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos, todavía vigente en este momento.⁸³⁵

Pérez Pujazón, E. y, Trigo Sierra, E. (2014), indican como con esa regulación se protegía al arrendatario asegurándole que se podía mantener en la vivienda durante cinco años (el plazo de duración mínima), aunque durante ese periodo se extinguiese el derecho de propiedad del arrendador por causas previas o posteriores al contrato de arrendamiento que, incluso, podían figurar inscritas, o se vendiese la finca a un tercero que reuniese los requisitos para resultar protegido por el juego de la fe pública registral, sin necesidad de que el arrendatario para gozar de esa protección tuviera inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad.⁸³⁶ Sin embargo, pasados los cinco años, si se hacía depender la continuidad del contrato de su inscripción en el Registro.

Esto suponía, según Delgado Ramos, J. (2013) una vulneración de los principios registrales al conceder a los arrendamientos no inscritos efectos incluso frente a terceros

⁸³³Supuesto de hecho distinto del contemplado en el Art. 15, donde tras recaer resolución judicial que atribuya el uso y disfrute de la vivienda arrendada, al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario, aquel pasara a ser titular del contrato, subrogándose en los derechos y obligaciones del arrendatario.

⁸³⁴ Siempre que hubieran convivido al menos dos años antes, salvo que hubieran tenido descendencia en cuyo caso basta la mera convivencia. Art. 12.4 de la LAU.

⁸³⁵ BOE núm. 64 de 14 marzo 1996, páginas 10138 a 10139 (2 págs.).

⁸³⁶Cfr. Pérez Pujazón, E. y, Trigo Sierra, E. (2014). "Novedades introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas en la legislación arrendaticia".

registrales.⁸³⁷ Por ello, la E.M de la Ley 4/2013, indica que se hace preciso “normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas” para que “la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario, no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico”, para conseguir esa finalidad se exige que “el arrendamiento de viviendas regulado por la Ley 29/1994, se someta al régimen general establecido por nuestro sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario” y, en consecuencia, en primer lugar, “que los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no puedan surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho” y, en segundo lugar, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el Art. 34 de la L H, no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito. Todo ello, “sin mengua alguna de los derechos ni del arrendador, ni del arrendatario.”.

Se trata como indica González Carrasco, M. C. (2013, p. 176) de reforzar la seguridad del tráfico jurídico a través del sometimiento de los derechos de las partes y de terceros a las reglas registrales.⁸³⁸ Para conseguir esta finalidad, veremos a continuación que se introdujeron los Arts. 7.2 y el 9.4 de la LAU, y se modificaron los Arts. 10.2, 13 y 14 de la LAU.

Para Pérez Pujazón, E.y, Trigo Sierra, E. (2014, p.83) hoy, la regla general es que el contrato de arrendamiento urbano será oponible frente a terceros solo cuando esté inscrito en el Registro de la Propiedad. Por tanto la inscripción “continua siendo facultativa”, sin perjuicio de que resulte “necesaria para que el arrendatario pueda hacer valer sus derechos frente al nuevo adquirente de la vivienda arrendada”.⁸³⁹ (Art. 7.2 de la LAU).⁸⁴⁰

3.1. La resolución del derecho del arrendador

El Art. 13 modificado por la Ley 4/2013, establece que si durante la duración del contrato de arrendamiento “el derecho del arrendador quedara resuelto” por “el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra”, quedará extinguido el arrendamiento, excepto si “el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador”.⁸⁴¹

⁸³⁷ Cfr. Delgado Ramos, J. (2013). "La reforma de la ley de arrendamientos urbanos corrige la anterior vulneración de los principios registrales". en www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/2013.

⁸³⁸ Cfr. González Carrasco, M. C. (2013). "El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler".

⁸³⁹ Cfr. Pérez Pujazón, E., Trigo Sierra, E. (2014). "Novedades introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas en la legislación arrendaticia".

⁸⁴⁰ El Art. 7.2 indica que "En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efectos frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad".

⁸⁴¹ Coincidimos con Colás Escandón, A.M. y Marín López, J.J. (2013). que la lista de supuestos mencionados en el Art. 13.1 LAU no tiene carácter exhaustivo, y debe aplicarse por analogía a los supuestos no previstos en él, en los que el arrendador, en un momento posterior a la celebración del

Como indican Colás Escandón, A.M. y Marín López, J.J. (2013), antes de la reforma, si tenía lugar alguno de los supuestos indicados en el precepto, la situación del arrendatario era diferente dependiendo de si se producía antes de que hubiesen transcurrido los cinco años de duración mínima del contrato o después. En el primer caso, el arrendatario tendría “*derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento*” hasta que se cumplieran cinco años, mientras que si se producían transcurridos los cinco primeros años el contrato quedaba extinguido, salvo que estuviera inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, en cuyo caso continuaba el arrendamiento por la duración pactada.⁸⁴² Por tanto, no se tenía en cuenta si el contrato estaba o no inscrito, lo cual, como hemos visto fue objeto de crítica ya que esa oponibilidad del arrendamiento no inscrito a los terceros que resultasen titulares del derecho del arrendador, como consecuencia de una causa de resolución inscrita en el Registro, suponía según Delgado Ramos, J. (2013) una vulneración de los principios registrales.⁸⁴³

Tras la reforma introducida en el Art. 13, lo importante ya no es el momento en el que se encuentre el arrendamiento, sino si éste ha sido o no inscrito en el Registro de la Propiedad. Así, de conformidad con Colás Escandón, A.M. y Marín López, J.J. (2013), podemos decir que si el derecho del arrendador (perteneciente a una vivienda inmatriculada en el Registro) se resuelve como consecuencia de las vicisitudes que se indican en el precepto, finalizará también el derecho del arrendatario a disfrutar de la vivienda. Es decir, queda extinguido el arrendamiento, salvo que este contrato hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendado,⁸⁴⁴ supuesto en el cual continuará el arrendamiento por la duración pactada.⁸⁴⁵

El arrendatario que inscribió con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador continuará disfrutando de la vivienda por la duración pactada, si se ha pactado por tres años, continuará durante esos tres años y tendrá también derecho el arrendatario a las prórrogas, a pesar de que se haya resuelto antes el derecho del arrendador. Coincidimos con Pérez Conesa, C. (2013) que siendo el arrendamiento inscrito oponible a los titulares de derechos posteriores (Art. 7. 2 de la LAU), resuelto el derecho del arrendador, los terceros adquirentes del Art. 13.1.I LAU también quedarán subrogados en los derechos y obligaciones del arrendador, y entre éstas se encuentra la de respetar la prórroga obligatoria si el arrendatario no manifiesta su voluntad en contra, al igual que la prórroga voluntaria anual si ninguna de las partes

arrendamiento, se vea obligado por cualquier causa jurídica a restituir a un tercero la vivienda alquilada. Cfr. Colás Escandón, A.M. y Marín López, J.J. (2013). "Artículo13.Resolución del derecho del arrendador", en. *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 431- 492.

⁸⁴² Cfr. Colás Escandón, A.M. y Marín López, J.J. (2013). "Artículo13.Resolución del derecho del arrendador".

⁸⁴³ Cfr. Delgado Ramos, J. (2013). “La reforma de la Ley de arrendamientos urbanos corrige la anterior vulneración de los principios registrales”

⁸⁴⁴ Cfr. Colás Escandón, A.M. y Marín López, J.J. (2013). "Artículo13.Resolución del derecho del arrendador".

⁸⁴⁵ El Art. 13.1 establece que conforme a lo dispuesto en los Arts. 7.2 y 14 “*se exceptúan los supuestos en los que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendado. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada*”.

notifica a la otra lo contrario.⁸⁴⁶ Si fue pactado por un tiempo inferior a tres años, los mencionados preceptos obligan a respetar el derecho que tiene el arrendatario de prorrogar el contrato hasta alcanzar los tres años de duración del Art. 9, y la prórroga tácita del Art. 10.

Coincidimos con Colás Escandón, A.M. y Marín López, J.J. (2013), que la pretendida excepción que refleja el legislador en el art. 13 LAU, no es tal, ya que se trata simplemente de la aplicación a este caso concreto de los principios registrales de prioridad registral e inoponibilidad de lo no inscrito, de tal modo que si con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución, el arrendatario hubiera inscrito su derecho, tendrá preferencia y podrá oponerlo frente a los sujetos que ostentan esos títulos que hacen que se resuelva el derecho del arrendador y que lo inscribieron con posterioridad.⁸⁴⁷ En cambio, si el arrendatario no ha inscrito su derecho estando la vivienda inmatriculada, no podrá oponerlo frente a los sujetos mencionados y por lo tanto su derecho se resolverá junto con el del arrendador. Tras la reforma la extinción del arrendamiento se extiende a toda la duración del contrato (antes debían de pasar cinco años).

En mi opinión, cuestión distinta será que el derecho del arrendador (pertenece a una vivienda no inmatriculada en el Registro) se resuelva como consecuencia de las vicisitudes que se indican en el Art. 13. En este caso, se establece que el derecho de arrendamiento tendrá la duración establecida en el Art. 9. 4 de la Ley 4/2013, es decir tres años.

No compartimos con Carrasco Perera, A. (2012, p.127) la idea de que la regulación de este último caso sea “*absurda*”. Es cierto, que resulta finalmente mejor tratado el arrendatario “*a non domino*” (Art. 9.4), que quien arrienda de un propietario real, que en caso de resolución del título de éste último puede verse obligado a desalojar la vivienda de inmediato, (Art. 13).⁸⁴⁸ Consideramos que la explicación se encuentra en que quien arrienda la vivienda de un propietario real, estando aquella inmatriculada, podría haber inscrito su derecho en el folio registral de la misma, y si no lo hace, la Ley le hace asumir las consecuencias. De modo, que si se resuelve el derecho del arrendador puede extinguirse el contrato de arrendamiento. En cambio, el que arrienda la vivienda de un propietario real cuya vivienda no está inscrita en el Registro de la Propiedad no puede inscribir su derecho, y se encuentra desprotegido. Por ello, en caso de que se resuelva el derecho del arrendador, el Art. 13 le concede la duración de tres años establecida en el Art. 9. 4, que regula el caso de que tratándose de una vivienda no inmatricula, el arrendatario de buena fe contrata, con un arrendador “*a non domino*, es decir “*con la persona que parezca ser propietaria en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable a verdadero propietario*”, el arrendatario en este caso, como en aquel último se encuentra imposibilitado para inscribir su derecho, de modo que la Ley establece que su duración sea de tres años.

⁸⁴⁶Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁸⁴⁷ Cfr. Colás Escandón, A.M. y Marín López, J.J. (2013). "Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador".

⁸⁴⁸Carrasco Perera, A. (2012). “Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de viviendas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 4, pp. 118-134

Consideramos que la reforma del Art.13 perjudica seriamente al arrendatario de vivienda. Parece que al legislador le interesa más la seguridad del tráfico jurídico, y los principios registrales que la persona del consumidor necesitada de un bien tan esencial como es la vivienda. Pensemos en el caso, frecuente por desgracia, que el arrendatario desconozca que la vivienda que arrienda está gravada con una hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad y no inscriba su derecho, en caso de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria su derecho quedara resuelto, consecuencia injusta, que incluso puede sufrir si conociendo aquella carga inscrita opta por inscribir su derecho. Hay que tener en cuenta, que un alto porcentaje de las viviendas que se sacan al mercado tienen inscrita una hipoteca, por lo que en estos casos, aunque se inscriba el derecho del arrendatario no se gozara de protección. No parece muy comprensible que el legislador, preocupado por el alto número de desahucios y tras aprobar medidas para frenarlos, haya querido ahora con esta reforma que los arrendatarios pese a que abonen la renta, puedan verse en la calle y privados de su vivienda por una ejecución hipotecaria de la que solo se podrían salvar en el infrecuente caso de que su derecho se hubiera inscrito antes que la hipoteca.

3. 2. La enajenación de la vivienda arrendada.

El Art. 14, según Blanco Carrasco, M. (2014) regula la situación que se produce cuando el arrendador transmite la finca inscrita en el Registro de la propiedad a un tercero, en estos casos, es necesario saber si se protegen los derechos del arrendatario y por consiguiente, el tercer adquirente debe respetar el arrendamiento concertado por el titular anterior, o por el contrario ese tercero en su condición de propietario de la vivienda puede obviar el arrendamiento y solicitar el desalojo del arrendatario.⁸⁴⁹

El nuevo Art. 14 distingue si el derecho del arrendatario ha sido o no inscrito en el Registro de la Propiedad. Si el contrato de arrendamiento ha sido inscrito antes de la enajenación de la vivienda, el ap. 1 indica que *"El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sólo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión"*, en cuyo caso también será oponible el derecho del prórroga del Art. 10 de la LAU.

Según el anterior precepto, el adquirente que reúne los requisitos del Art. 34 LH sólo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el contrato de arrendamiento se encuentra inscrito en el Registro de la Propiedad *"con anterioridad a la transmisión de la finca"*, en cuyo caso, el contrato de arrendamiento continuará, convirtiéndose el comprador en el nuevo arrendador. En cambio, no está obligado a continuar con el arriendo no inscrito, salvo pacto en contrario.

Del tenor literal del Art. 14.1 se puede deducir que se conculca el principio de prioridad del Art. 17 de la LH, porque se exige que el arrendamiento se hallase inscrito

⁸⁴⁹ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

antes de la transmisión, en vez de decir, antes de la inscripción de la transmisión. Así, por ejemplo, si se ha producido una transmisión que no ha accedido al registro y el arrendatario inscribe su derecho después de la transmisión, en la dicción literal del Art. 14, no quedaría protegido ante una inscripción posterior de la transmisión.

Blanco Carrasco, M. (2014, p.160), afirma que las continuas referencias que el Art. 14 hace al Art. 34 de la LH, son del todo “*inapropiadas*”, debería referirse al Art. 32 de la LH. El Art. 14 confunde el Art. 34 (garantiza el principio de fe pública registral) con el Art. 32 de la LH (garantiza el principio de inoponibilidad de lo no inscrito). Lo que pretende proteger el Art. 34 de la LH es a quien, “*confiando en lo publicado en el Registro de la Propiedad adquiere alguna titularidad a título oneroso e inscribe el derecho adquirido*”. Esta protección “*no es la que se pretende en el artículo 14 de la LAU, puesto que lo que se pretende es que los arrendamientos no inscritos no puedan oponerse a terceros adquirentes de la finca arrendada. Las referencias que se hacen al artículo 34 en esta materia se hacen con la intención de determinar que el contrato de arrendamiento no inscrito no es oponible a terceros adquirentes, lo que sin duda es confundir el artículo 34 con el 32 de la LH*”.⁸⁵⁰

Una vez subrogado el nuevo adquirente en los derechos del arrendador, está obligado a respetar el arrendamiento durante todo el tiempo pactado, y de conformidad con González Carrasco C. (2013), “*serán oponibles al nuevo titular de la finca todas las cláusulas contractuales inscritas por aplicación (en este caso también a las obligaciones puramente personales) de las regla de la oponibilidad registral (art. 7.2)*”. Y, si la duración pactada es inferior a tres años y se enajena en período prorrogado, “*el adquirente tiene que respetar la posesión arrendaticia hasta completarse las prórrogas legales obligatorias para el arrendador*”.⁸⁵¹ Cuando hayan transcurrido los tres años, el arrendador deberá manifestar su oposición a la continuidad del contrato con el fin de que no se aplique la prórroga tácita del Art. 10.2 de la LAU. Igualmente, si el arrendamiento se ha concertado por tres años, al cabo de los mismos, deberá manifestar su voluntad de no prorrogar el contrato con 30 días de antelación.

De este modo, si tenemos en cuenta que la nueva regulación establece, que el contrato de arrendamiento urbano solo será oponible frente a terceros cuando esté inscrito en el Registro de la Propiedad, la regla general será la no oponibilidad del arrendamiento no inscrito a terceros que inscriban su derecho en el Registro. Y, de conformidad con Pérez Pujazón, E., Trigo Sierra, E. (2014, p.83), esto supone para los arrendamientos no inscritos el restablecimiento del tradicional principio “*venta quita renta*”,⁸⁵² conforme a lo dispuesto en el Art. 1571 del CC.

Por tanto, si el contrato de arrendamiento no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad antes de la enajenación de la vivienda, no prevalece frente a terceros adquirentes de buena fe. A éste adquirente, se permite, si así lo desea, ejercer la opción que le ofrece el Art. 1571 del CC de “*que termine el arriendo vigente al verificarse la*

⁸⁵⁰ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁸⁵¹ Cfr. González Carrasco, M. C. (2013). “El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler”.

⁸⁵² Cfr. Pérez Pujazón, E., Trigo Sierra, E. (2014). “Novedades introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas en la legislación arrendaticia”.

venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la LH". Es decir, el adquirente puede decidir continuar o no con el contrato de arrendamiento haciendo uso del derecho reconocido en el referido artículo. Si desea concluir, deberá notificarlo fehacientemente al arrendatario, y éste podrá exigirle continuar durante tres meses, computados desde el día siguiente a la notificación, durante estos tres meses el arrendatario deberá pagar la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente. Y, además, el arrendatario podrá exigir al arrendador enajenante que le indemnice los daños y perjuicios causados. La cuantía de ésta indemnización no viene determinada por la nueva normativa, al contrario de lo que ocurría con la redacción anterior, en la que se fijaba una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que falten por cumplir más allá de los 5 años. Coincido con Colás Escandón, A.M. y Marín López, J.J. (2013), en que esta falta de determinación es beneficiosa y más adecuada a los principios inspiradores del Derecho de daños, puesto que los daños no se presumen, sino que deben ser probados, para que puedan tener el efecto reparador que le es propio⁸⁵³. Pero en mi opinión, además beneficia al arrendatario ya que con la regulación anterior la indemnización era ridícula.

Coincidimos con Pérez Pujazón, E., Trigo Sierra, E. (2014, p.83), que las modificaciones en materia de publicidad registral y la inoponibilidad frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho del contrato de arrendamiento no inscrito son los aspectos principales de la reforma de la Ley 4/2013. Y, con Delgado Ramos, J. (2013,p.1) ésta ha sido una de las principales modificaciones de la actual reforma, pasando de una solución protectora del arrendamiento, en la ley anterior, a otra que hace depender esta protección de la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro anterior a la enajenación, lo que en su opinión "*con gran acierto, resulta más respetuoso*",⁸⁵⁴ con los principios de inoponibilidad frente a terceros de los derechos no inscritos (Art. 32 de la LH) y, de protección del tercero del (Art. 34 de la LH).

Sin embargo, en mi opinión nos deberíamos preguntar: Primero, porque la Ley no ha sido también respetuosa con la protección de que ya gozaba, el arrendatario, que como consumidor sigue siendo la parte más débil de este contrato; Segundo, cuál es la causa por la que un arrendatario de una vivienda inscrita en el Registro de la Propiedad no inscribe su derecho, sobre un bien esencial como es la vivienda, si su protección depende de ello; Tercero, porque esta modificación no fue acompañada de la aprobación simultánea de un régimen que facilite la inscripción de los arrendamientos de vivienda, eliminando formalismos, de manera que la inscripción sea un acto sencillo y accesible para los arrendatarios, abaratándola o haciéndola gratuita; Y, cuarto, porque la adaptación del RD 297/1996, no se ha llevado a cabo cuando tenía que haberse hecho antes del 6 de diciembre de 2013.⁸⁵⁵

⁸⁵³ Cfr. Colás Escandón, A.M. y Marín López, J.J. (2013). "Artículo14.Enajenación de la vivienda arrendada", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 493- 515.

⁸⁵⁴ Cfr. Delgado Ramos, J. (2013). "La reforma de la ley de arrendamientos urbanos corrige la anterior vulneración de los principios registrales".

⁸⁵⁵ En este sentido la D. F. 2ª de la Ley 4/2013. Indicaba que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno adaptará la regulación contenida en el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos, a las previsiones de la misma, en especial en lo concerniente a las condiciones de cancelación de la inscripción de los arrendamientos y a la modificación de los aranceles notariales y registrales aplicables.

Coincidimos con Blanco Carrasco, M. (2014) y con Padilla Ruiz, P. (2013) que la nueva regulación no cumple lo expuesto en la E.M de la Ley 4/2013 cuando, afirma que este nuevo régimen no creará "*mengua alguna de los derechos ni del arrendador, ni del arrendatario*".⁸⁵⁶ Es evidente, que supone una mengua de los derechos que ya tenía reconocidos el arrendatario, y que este último ha visto disminuido su nivel de protección de forma drástica y además, tanto si inscribe su derecho, como si no. La Ley impone al arrendatario la carga económica de inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad, cuando lo cierto es que la inscripción del arrendamiento también interesa y beneficia en términos económicos al vendedor que de esta manera evitaría que le puedan reclamar una indemnización tanto el arrendatario, como el comprador por los daños que le producirá la imposibilidad de entrar en la inmediata posesión de la vivienda, cuando no le comunico que la vivienda adquirida estaba arrendada.

El arrendatario que tenga la diligencia de inscribir su derecho con los gastos que conlleva, gozará de los mismos derechos que tenía antes de la reforma, aunque recortados en el plazo mínimo de duración del contrato, derechos que venía teniendo hasta la Ley 4/2013 sin necesidad de inscripción. Y, el arrendatario que no inscriba el arrendamiento, ha visto reducidos los derechos que la ley le reconocía y que le amparaban incluso sin inscripción durante los cinco años de duración mínima.

Consideramos que esta reforma protege al arrendador que, en nuestro caso, es un profesional que aprovechando que el contrato de arrendamiento no se ha inscrito, puede transmitir libremente la vivienda a terceros sin que éstos se vean afectados ni obligados a subrogarse, como hasta ahora, en el contrato de arrendamiento existente.

Coincido con Blanco Carrasco, M (2014, p.162), que "*se invierten así, en la defensa de la seguridad jurídica, los efectos de una venta fraudulenta en la que el arrendador-vendedor oculta la existencia del arrendamiento al comprador*" con el régimen legal anterior, en estos supuestos "*el arrendatario quedaba al margen de la cuestión y el comprador estaba facultado para exigir daños y perjuicios al vendedor o incluso resolver la compraventa (art. 1.124 del Código Civil)*".⁸⁵⁷ Esta solución, en mi opinión es más justa pues cabe preguntarse de conformidad con González Carrasco, M. C. (2013, p. 178), "*¿En cuántas ocasiones podrá predicarse la buena fe de un adquirente habida cuenta de la situación de hecho extrarregistral que supone la ocupación de la finca por el arrendatario, habida cuenta de la aplicación judicial conjunta de los arts. 34 y 36 LH? ¿Quién compra una vivienda usada sin visitarla y comprobar su estado? ¿Era necesario imponer los gastos de la escrituración y el registro de su derecho a un arrendatario cuya posesión es pública y notoria?*"⁸⁵⁸

Se considera que la inmensa mayoría de los adquirentes de una vivienda antes de comprarla conocen la existencia del arrendamiento no inscrito, aunque quizás no con todos los detalles. En estos casos, de conformidad con Achón Bruñén, M.J. (2014) el

⁸⁵⁶ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*; Cfr. Padilla Ruiz, P. (2013). "Comentarios a la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona, pp. 199-207.

⁸⁵⁷ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁸⁵⁸ Cfr. González Carrasco, M. C. (2013). "El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler".

adquirente dejara de tener buena fe, y no podrá pretender ejercitar el derecho del Art. 1.571 del CC, al no concurrir los requisitos del Art 34 de la LH.⁸⁵⁹

Sin embargo, en mi opinión, es muy probable que el adquirente de la vivienda, intente extinguir el derecho de arrendamiento, aun cuando lo conozca antes de la compra. Y, que el arrendatario que alegue la mala fe del adquirente tenga que probarla, y acreditar su posesión pública y notoria. Por ello, no creemos a diferencia de la anterior autora que (2014, p.6) *“el arrendatario cuyo contrato no accede al Registro puede conseguir igual protección por la mera publicidad posesoria frente al comprador del inmueble que conoce su existencia”*.⁸⁶⁰

Por todo ello, consideramos que la anterior regulación, no solo era más respetuosa para el arrendatario de vivienda, sino más justa. El arrendatario que paga la renta y cuida la vivienda nunca debería resultar perjudicado, debería quedar siempre al margen de las vicisitudes por las que el arrendador, en un momento posterior a la celebración del arrendamiento, se vea obligado por cualquier causa jurídica a restituir a un tercero la vivienda alquilada o la enajene. De lo contrario, con el actual régimen pagan justos por pecadores. Y, además no se tiene en cuenta que el objeto sobre el que recae este contrato es la vivienda calificada como bien de uso o consumo común, ordinario y generalizado que deberá ser objeto de una especial protección por parte de los poderes públicos.⁸⁶¹

En definitiva se ha reforzado la seguridad del tráfico jurídico a costa del arrendatario que puede que no inscriba su derecho por falta de asesoramiento, información, o medios económicos, o puede que pudiendo inscribir su derecho no le compense hacer este esfuerzo económico para tener que cancelar la inscripción al poco tiempo, teniendo en cuenta que se ha reducido la duración mínima a tres años, y que a partir de los seis primeros meses puede desistir, o a partir del primer año puede verse obligado a desalojar la vivienda si el arrendador la necesita. En cualquier caso, nos parece que al arrendatario le favorece más una escasa protección que una nula. Por ello, sería aconsejable pactar con el arrendador pagar los gastos por mitad, y en su defecto, asumírselos el arrendatario al comienzo del contrato.

La introducción de los Arts. 7.2 y 9.4 de la LAU, y la modificación de los Arts. 10.2, 13 y 14 de la LAU, en mi opinión no es coherente con los objetivos de la Ley 4/2013, no sirve para fomentar ni impulsar el mercado de alquiler de viviendas. En cambio, sí que fomenta y garantiza mejor la venta de las viviendas alquiladas, suprimiendo el inconveniente que existía antes de que el tercero adquirente de la vivienda se viera obligado, por disposición legal, a subrogarse en el contrato durante los cinco primeros años de arrendamiento. Es a este último, y al arrendador profesional a los que la reforma les beneficia en detrimento del arrendatario que como consumidor resulta gravemente dañado. Por ello, es indudable que si no se hubieran llevado a cabo estas modificaciones, el arrendatario hubiera quedado mejor protegido, sin perjudicar al adquirente de la vivienda que solo vendría obligado a subrogarse en el contrato de arrendamiento como máximo tres años, y no los cinco de antes, percibiendo la renta

⁸⁵⁹Cfr. Achón Bruñén, M.J. (2014)."Las engañosas ventajas de inscribir un contrato de arrendamiento en el registro de la propiedad." *Diario La Ley* núm.8340. p. 14.

⁸⁶⁰Cfr. Achón Bruñén, M.J. (2014)"Las engañosas ventajas de inscribir un contrato de arrendamiento en el registro de la propiedad".

⁸⁶¹Anexo II del RD 1507/2000.

durante ese tiempo, y pudiendo además reclamar daños y perjuicios al vendedor o incluso resolver el contrato de compraventa.

Para concluir, estamos de acuerdo con Bello Janeiro, D. (2014, pp.338-339), en que si “*la finalidad del legislador*” como parece, “*es potenciar la inscripción*” una “*buena medida*” para ello sería, al tratarse de la vivienda, “*propiciar el ahorro en los gastos de formalización pública del contrato y acceso al Registro, reduciendo los aranceles notariales y registrales*”, incidiendo también en “*la necesidad de rebajar el importe a satisfacer*” del ITP y AJD, y “*determinando con claridad, sobre qué parte contratante, y en qué medida, recaen los gastos notariales, registrales y fiscales*”. Todo ello aparte de promover “*la inmediata modificación*” del Art. 1280 del CC para “*armonizarlo*” con el Art. 2.5 de la LH, “*debiendo permitirse que cualquier parte contratante inste la elevación a escritura pública del arrendamiento concertado*”, y “*siendo preciso que la modificación reglamentaria que se anunciaba en el ámbito hipotecario haya regulado de modo rápido, en el mencionado artículo 7 del Real Decreto 297/1996, la cancelación de los asientos de arrendamiento para impedir que figuren en el Registro derechos totalmente extinguidos*”.⁸⁶²

4. Contenido del contrato de arrendamiento, derechos y obligaciones de las partes.

El encabezamiento del Capítulo IV del Título II de la LAU, se referirse a “*los derechos y obligaciones de las partes*”, su regulación de conformidad con Gázquez Serrano, L. (2014, p.579) es de “*carácter imperativo, para proteger los derechos del arrendatario de vivienda*”, de modo que “*no solo nos encontramos con una regulación minuciosa de los derechos y obligaciones de las partes y de las demás circunstancias atinentes a la regulación negocial*”,⁸⁶³ sino que además, como la Ley 4/2013 ha potenciado que las obligaciones y derechos de las partes vengan regulados por los pactos que se reflejen en el contrato,⁸⁶⁴ serán nulas y se tendrán por no puestas, conforme al Art. 6 “*las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario*”, las normas del Título II, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice.

4.1. La renta

Siendo el contrato de arrendamiento de vivienda un contrato oneroso y conmutativo, coincidimos con Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.891) que la principal

⁸⁶² Cfr. Bello Janeiro, D. (2014). "La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza" *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas: Perspectiva desde la reforma*. Ed. Aranzadi, Pamplona, pp. 294-339.

⁸⁶³ Cfr. Gázquez Serrano, L. (2014). "Clausulas arbitrales y el contrato de arrendamiento urbano".

⁸⁶⁴ Por ello, la LAU establece en su Art. 4.2 que los arrendamientos de vivienda, respetando lo establecido en el ap. anterior, se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones que determinen libremente las partes, siempre que se respete el marco establecido en el Título II de la LAU, que regula las normas generales (Capítulo I), la duración del contrato (Capítulo II), la fijación de importe de la renta (Capítulo III), los derechos y obligaciones de las partes contratantes (Capítulo IV), la suspensión, resolución y extinción del contrato (Capítulo V). Y, supletoriamente, por lo dispuesto en el CC

obligación del arrendatario consiste en pagar la renta, y que por renta debemos entenderse "tanto la renta inicial como la renta actualizada por transcurso de los sucesivos períodos anuales (art. 18 de la LAU), así como la renta elevada por realización de obras de mejora (art. 19 de la LAU)",⁸⁶⁵ cumpliendo el arrendatario con esta obligación principal, no sólo "cuando satisfaga de manera idéntica, íntegra e indivisible la renta pactada, en el lugar y el momento convenidos", sino también "cuando existan los requisitos necesarios para que se produzcan lo que doctrinalmente se ha llamado subrogados del pago".⁸⁶⁶

Por ello, en este epígrafe vamos a analizar la determinación de la renta, para a continuación estudiar su sustitución por obras de reforma o rehabilitación, cuando procede su actualización, su incremento por obras de mejoras y, por último el aumento de los gastos generales.

a). Determinación de la renta

La cuantía de la renta y demás circunstancias de tiempo, procedimiento y lugar se regirán, por lo que hayan acordado las partes en el contrato; en defecto de pacto, por lo dispuesto en el Art. 17 de la LAU; y, supletoriamente, por el CC. (Arts. 1157 y ss.). La LAU regula en el Capítulo III la renta (Art 17 a 20), y en el Art. 17 su determinación, la forma de pago y su acreditación, estableciendo el ap. 1 que "La renta será la que libremente estipulen las partes", y el ap. 2 que salvo pacto en contrario, el pago de la misma será mensual, y debe efectuarse en los siete primeros días del mes en curso, sin que en "ningún caso" el arrendador pueda exigir el pago anticipado de más de una mensualidad de renta, lo que de conformidad con Parra Lucan, M. (2014, p.144) "parece aplicable, con independencia de que el devengo no sea mensual",⁸⁶⁷ incluso cuando el precio del alquiler en el contrato suele establecerse por anualidades.

Según Blanco Carrasco, M. (2014) hay que diferenciar la periodicidad de esta obligación (que será salvo acuerdo distinto de un mes) del término de su exigibilidad (que será los siete primeros días del mes en que se inicia el contrato). Además, en su opinión, aunque en el momento de celebrar el contrato la renta puede estar indeterminada, la misma habrá de ser determinarla en el momento del pago, siempre que esta determinación pueda realizarse sin necesidad de un nuevo convenio y es posible igualmente, la determinación de la renta en especie, con los límites impuestos por la buena fe, la costumbre o el uso del lugar.⁸⁶⁸ Porque como indica Parra Lucan, M. (2014, p.141) ley "no exige expresamente que la renta sea una suma de dinero", aun

⁸⁶⁵ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 877-951.

⁸⁶⁶ Comprendiendo los casos de compensación, consignación, dación en pago y cesión de bienes para pago. En este sentido amplio, debe interpretarse el Art. 444.1 de la LEC, referente al juicio verbal de desahucio por falta de pago, que sólo admite alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación. Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013) "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones".

⁸⁶⁷ Cfr. Parra Lucan, M. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*. Ed. Aranzadi, pp. 187.

⁸⁶⁸ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

cuando sea algo que está implícito en el Art. 17. 5.⁸⁶⁹ Para González Pacnowska, I. (2013), podría incluso cumplirse con el abono de una cantidad alzada que corresponda a todo el tiempo de duración del contrato.⁸⁷⁰

El Art. 17 establece en su ap. 3 que el pago se efectuará en el lugar y por el procedimiento que acuerden las partes, y en su defecto, en metálico y en la vivienda arrendada. Y, en el ap. 4 que una vez el arrendatario ha pagado la renta el arrendador queda obligado "*a entregar al arrendatario recibo del pago*", que acredite el cumplimiento de aquella obligación, salvo que se hubiera pactado en el contrato que el pago de la renta se haga "*mediante procedimientos que acrediten el efectivo cumplimiento de la obligación de pago por el arrendatario*". En mi opinión, como en la actualidad, lo más frecuente es esto último, el recibo del pago, no tendría sentido al estar en desuso el pago en metálico o en cheque, y utilizarse con frecuencia la transferencia bancaria o el ingreso en el número de cuenta que el arrendador hizo constar en el contrato (en estos casos, el resguardo del bancario, cumplimentado debidamente acredita el pago), pero la Ley deja abierta la posibilidad a cualquier medio que pueda surgir en el futuro como sistema de acreditación del pago.

El recibo o documento acreditativo que lo sustituya, resulta indispensable, en caso de conflicto, para que el arrendatario pueda demostrar que se ha realizado el pago, y debe contener según Blanco Carrasco, M. (2014), la expresión de la prestación recibida y de la deuda a que corresponde, el nombre de la persona que paga y la firma del arrendador. En mi opinión, además debería contener los datos (nombres y DNI o CIF), la dirección de la vivienda, la fecha y las firmas de ambos. La expresión de la deuda a que corresponde, es importante porque el ap. 4 del Art. 17 de la LAU establece que en el recibo deberá constar "*separadamente las cantidades abonadas por los distintos conceptos de los que se componga la totalidad del pago y, específicamente, la renta en vigor*". Como indica González Pacnowska, I. (2013), el recibo tendrá que desglosar el total, asignando los conceptos cuyo pago corresponda al arrendatario y desglosando los gastos generales para el sostenimiento de la vivienda (en el caso de que sean a cargo del arrendatario con arreglo al Art. 20), y los servicios y suministros individuales (como por ejemplo, el agua o la electricidad, en caso de que no los pague directamente el arrendatario). En el concepto de "*renta en vigor*", se consideran incluidas las actualizaciones y elevaciones por mejora según los Art. 18 y 19. Por ello, una vez elevada la renta se integran en este concepto sin necesidad de desglosarlo en el recibo, aunque si es conveniente hacerlo en la primera mensualidad en que se repercute. Además, según ésta última autora (2013), la notificación para actualizar la renta conforme al Art. 18, se podría incluir en el contenido del recibo.⁸⁷¹

El ap. 4 establece que si no se entrega el recibo, son de cuenta del arrendador "*los gastos que origine al arrendatario dejar constancia del pago, pero en ningún caso pueden tomar ningún tipo de represalia para obligar al arrendatario a cumplir con su obligación, como por ejemplo retener el pago o descontar de la renta la cantidad gastada para dejar constancia*". En mi opinión, el recibo o documento acreditativo,

⁸⁶⁹ Cfr. Parra Lucan, M. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*.

⁸⁷⁰ Cfr. González Pacnowska, I. (2013). "Artículo 17. Determinación de la renta", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz RodríguezCano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 563-600.

⁸⁷¹ Cfr. González Pacnowska, I. (2013) "Artículo 17. Determinación de la renta".

constituye una garantía para el arrendatario que de este modo queda protegido frente al arrendador que pretenda reclamarle la renta ya abonada o retener el pago o descontar de la renta la cantidad gastada para dejar constancia.

b). Sustitución de la renta por realizar obras de reforma o rehabilitación

La sustitución de la renta por obras de reforma o rehabilitación de la vivienda, coincidimos con Blanco Carrasco, M. (2014, p.131) es la principal novedad aportada por la Ley 4/2013 que ha introducido un ap. 5 en el Art 17 en el que se establece la posibilidad de que las partes puedan acordar “libremente” que “durante un plazo determinado”, la obligación del pago de la renta “pueda reemplazarse total o parcialmente por el compromiso del arrendatario de reformar o rehabilitar” la vivienda “en los términos y condiciones pactadas”.⁸⁷² De forma que “esta práctica”, frecuente en el mercado arrendaticio español, “encuentra así acomodo en la normativa, y al mismo tiempo se ofrece una garantía al arrendador que podría ser más reacio a realizar estas obras al no tener garantizado un retorno adecuado a dicha inversión”. Este artículo es de conformidad con la anterior autora, “una muestra del deseo del legislador de impulsar los pactos entre las partes”.⁸⁷³

En mi opinión, esta modificación, además es acertada al pretender ofrecer una alternativa a los titulares de viviendas vacías que precisan ser reformadas para sacarlas al mercado del alquiler. De modo que el coste económico de las obras de reforma o rehabilitación que no pueda asumir el propietario sea sufragado por el arrendatario, computándose la inversión a efectos del pago de la renta durante un tiempo determinado. Y, favorece también a estos últimos, pues habitar una vivienda en la que se hacen obras de conservación o mejora es cuanto menos muy incómodo, y pactando que él arrendatario se encargará de realizarlas se facilita que éste último pueda organizarse.

Avilés García, J. (2014, p.232) no ve inconveniente en que la renta se sustituya por obras durante toda la duración del contrato, y para eludir la nulidad de este pacto propone “pactar un plazo determinado” que consista en la “duración completa del contrato menos un día o un plazo simbólico”⁸⁷⁴ para que se pueda cumplir el Art. 17. 5. No obstante, de conformidad con Parra Lucan, M. (2014, p.142), en este caso “el contrato no sería arrendamiento, sino un contrato atípico, y no quedaría sujeto a la legislación especial”.⁸⁷⁵

Por ello, coincidimos con González Pacnowska, I. (2013, p.585), que “la norma no se refiere al contrato en el que la única prestación del arrendatario consista en la reforma o rehabilitación”, sino al contrato que “debe tener como principal prestación

⁸⁷²Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*

⁸⁷³ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁸⁷⁴ Cfr. Avilés García, J. (2014). "Arrendamiento de viviendas, libertad de pactos y nuevo reequilibrio contractual tras la reforma legal de 2013."

⁸⁷⁵ Cfr. Parra Lucan, M. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*.

el pago de una renta en dinero”, pero admite la posibilidad de sustituir, “*puntualmente*”, este pago por una prestación de obra “*que quedará en beneficio del arrendador al finalizar el contrato sin que el arrendatario pueda pretender en ningún caso compensación adicional*”.⁸⁷⁶

Y, con Blanco Carrasco, M. (2014, p. 132), que se trata de obligar a las partes, desde el principio a determinar en el acuerdo de compensación el coste o precio de la obra a un tanto alzado, y la cuantía de la renta cuyo pago se va a reemplazar, fijando el tiempo o el modo por el cual el pago de la renta se reemplazará por la prestación de obra, siendo igualmente conveniente establecer un “*plazo máximo*” en el cual se debe cumplir la prestación de la obra, lo que facilitaría la determinación del cumplimiento o incumplimiento de la obligación del arrendatario que podría llevar a la resolución del contrato.⁸⁷⁷

Para aplicar del ap. 5 del Art. 17, en principio parece indiferente el tipo de obra, pudiendo incluir obras de conservación o mejora (independientemente de quién tenga la obligación de acometerla), pues lo determinante es que la obra tenga en cualquier caso el valor de la renta a la que sustituye durante el plazo fijado en el contrato, con independencia de que el gasto destinado a la misma resulte ser en realidad inferior o superior a la cuantía de la renta reemplazada o sustituida. Sin embargo, como el ap. 5 del Art. 17 dispone que al finalizar el arrendamiento, “*el arrendatario no podrá pedir en ningún caso compensación adicional por el coste de las obras realizadas*”, coincidimos con González Pacnowska, I. (2013), que debe haber un equilibrio entre el coste de la reparación y el montante de la renta que se deja de pagar.⁸⁷⁸ Y, con Blanco Carrasco, M. (2014) esto no impide que las partes puedan pactar una compensación adicional, por mayor o menor coste del inicialmente previsto.⁸⁷⁹ Porque como indica González Pacnowska, I. (2013), lo que se proscribía la norma es la compensación adicional a la propia sustitución de la obligación de pago de la renta.⁸⁸⁰ Es decir, que el arrendatario pida una indemnización por las obras pactadas. De modo que cuando el arrendatario hubiere cumplido con su prestación de obra, sin que la duración del contrato le haya permitido reemplazar en todo o en parte a la renta (por ejemplo, en los casos de desistimiento o denegación de la prórroga por necesidad de la vivienda), el arrendador deberá restituir al arrendatario, que adelantó su propia prestación, la cuantía de la renta que no ha llegado a ser reemplazada.

El ap. 5 y último del Art. 17 establece que “*el incumplimiento por parte del arrendatario de la realización de las obras en los términos y condiciones pactadas podrá ser causa de resolución del contrato de arrendamiento*”. Además, coincidimos con Blanco Carrasco, M. (2014) que llama la atención la remisión que este precepto hace al Art. 23.2 de la LAU indicando que “*resultará aplicable*” lo dispuesto en el mismo, pues como veremos este último regula un supuesto distinto. De modo que el Art. 17 se refiere a obras consentidas y las razones por las que no se han podido llevar a cabo, en parte o en nada o sea defectuosa pueden ser diferentes. Si fuera una obra

⁸⁷⁶ Cfr. González Pacnowska, I. (2013). "Artículo 17. Determinación de la renta".

⁸⁷⁷ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*. .

⁸⁷⁸ Cfr. González Pacnowska, I. (2013). "Artículo 17. Determinación de la renta".

⁸⁷⁹ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁸⁸⁰ Cfr. González Pacnowska, I. (2013). "Artículo 17. Determinación de la renta".

defectuosa, podría establecerse que se deshaga lo mal hecho, tal y como establece el Art. 23.2. En cambio, en el caso de que la obra se realice solo en una parte, y el contrato se extinga precisamente por incumplimiento, no parece razonable que el arrendador se quede con la parte hecha que le reporta utilidad sin restituir al arrendatario que no haya podido compensarla con la renta. Lo más conveniente, de conformidad con la anterior autora sería reducir la parte proporcional de la indemnización de daños que pudiera eventualmente acordarse.⁸⁸¹

Si el arrendatario, a pesar de no haber realizado la obra o haberla hecho mal, ha continuado disfrutando del arrendamiento sin abonar las rentas (en atención a la supuesta compensación por la obra que finalmente no se realizó o se hizo mal), parece lógico que a la resolución por incumplimiento se sume la reclamación de las rentas correspondientes que no quedaron reemplazadas al no realizarse la obra que las compensaba.

c). Actualización

La actualización de la renta, está regulada en el Art. 18 cuya redacción fue objeto de modificación por la ley 4/2013, y por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.⁸⁸² Coincidimos con Magro Servet, V. (2015) en que se introduce un cambio de relevancia en esta materia, porque en la actualidad, para que se pueda actualizar la renta debe haber pacto expreso y si este no existe no procederá esta actualización, y solo podrá aplicarse la renta fijada durante la vigencia del contrato, debiendo esperar el arrendador al vencimiento de las prórrogas para fijar una nueva regulación en su caso.⁸⁸³

El marcador de referencia que se aplicaba, en defecto de pacto, para actualizar las rentas de las viviendas era (hasta el 31 de marzo de 2015) el volátil Índice de Precios de Consumo (en adelante, IPC) pero como las subidas del IPC incrementaban las rentas de los alquileres de viviendas con la consiguiente pérdida de competitividad para la economía española, la DF1ª de la Ley 2/2015 modifico el mecanismo de actualización de la renta aplicándose a partir de esa fecha, en defecto de pacto, el Índice de Garantía de la Competitividad (en adelante, IGC).⁸⁸⁴

⁸⁸¹Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁸⁸²Publicada en BOE núm. 77 de 31 de Marzo de 2015.

⁸⁸³Cfr. Magro Servet, V. (2015). "La actualización de rentas en los arrendamientos de vivienda tras la Ley de desindexación de la economía española 2015" *Revista de Derecho Inmobiliario*, núm. 30. *Lefebvre. El Derecho*, www.elderecho.com

⁸⁸⁴ El objetivo de la Ley 2/2015 es establecer un régimen basado en que los valores monetarios no sean modificados en virtud de IPC, como los contratos de arrendamiento de vivienda suelen contener cláusulas de revisión de la renta, se modifica el mencionado precepto para proteger la seguridad jurídica de quienes firman contratos de arrendamiento. Para lograr que el IGC sea mucho más estable que el volátil IPC y mantenga la estabilidad sobre las rentas de las vivienda, lo que ha hecho el gobierno es establecer en el anexo de la Ley 2/2015, unos factores correctores, el primero es un tope máximo y mínimo: el IGC se encuentra limitado entre el 0% de suelo y el objetivo de inflación de la eurozona, que decide el Banco Central Europeo (BCE), y que actualmente es del 2%. Este es uno de los elementos que impedirá que los precios (la inflación) se dispare hacia arriba. El segundo de los factores que impedirá que la inflación se dispare es que a partir de ahora el IGC va a tomar como base los datos del IPC armonizado de la zona euro que es, más bajo que el que tradicionalmente hemos tenido en España. Y el factor corrector histórico:

El Art 3. 1. b) de la Ley 2/2015 establece que lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a las revisiones de renta de arrendamientos urbanos, y será el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) el responsable del cálculo del índice de variación del IGC, y de su publicación mensual. Y por supuesto, se podrá seguir consultando en la Web del INE tal y como se hacía hasta ahora con el IPC.⁸⁸⁵

Para, González Carrasco, M^a C. (2015) no puede decirse que la reforma de la Ley 2/2015 fuera necesaria para la actualización de la renta, ni que el cambio de índice de referencia vaya a tener efectos relevantes en el mercado del alquiler, porque aunque el IGC tiene un efecto de clausula suelo techo en la variabilidad de la renta, en la práctica esta es muy relativa atendiendo a la flexibilización temporal introducida por la Ley 4/2013.⁸⁸⁶

En mi opinión, siempre será bueno para el arrendatario eliminar mecanismos que generen subidas encadenadas en la renta de un bien esencial como es la vivienda. Y, en este sentido, el IGC protege la seguridad jurídica de los arrendatarios para los que la renta se mantiene más estable, en cualquier caso, para entender el verdadero alcance de la reforma producida por la Ley 2/2015, hay que comparar el régimen de actualización de la renta según la fecha de celebración del contrato pues a partir de esta última Ley pueden darse tres situaciones distintas:

Los contratos celebrados antes del 6 de junio de 2013. Se rigen por la LAU 29/1994, que por primera vez contemplo la actualización de la renta, terminando así con la protección excesiva del arrendatario ofrecida por la LAU de 1964 que no contemplaba la actualización de la renta. De la redacción original del Art. 18 LAU de la Ley 29/1994, se concluía que para la actualización de la renta, no había necesidad de pacto expreso, se trataba de una facultad que las partes podían utilizar si lo deseaban. De manera que durante los cinco primeros años (hasta 5 de junio de 2018), solo se podía aplicar la variación porcentual experimentada por el IPC. En cambio, durante los tres años de prórroga legal: se aplicaba el sistema acordado y en su defecto el IPC.⁸⁸⁷

Para actualizar la renta de los contratos celebrados con posterioridad al 6 de Junio de 2013, y con anterioridad al 1 de abril de 2015, hay que tener en cuenta que al igual que antes, no hay necesidad de pacto expreso, se podía hacer si lo solicita alguna parte en la fecha en que se cumpliera cada año de vigencia del contrato, y solo en defecto de pacto expreso, se aplicaba el IPC.

basado en el IPC de la zona euro, que implicara restar un porcentaje correspondiente a la pérdida de competitividad de la economía española acumulada desde 1999.

⁸⁸⁵ Como curiosidad, el último índice que se publicó es de diciembre de 2015 a diciembre de 2016 fue de -1,61% y el primer índice que publicó del IGC (de enero de 2014 a enero de 2015) fue del -3,37%, de junio de 2014 a junio de 2015 la variación también fue negativa de -3,05%. Y, por último, de junio de 2015 a junio de 2016 fue de -2,85%. En estos casos, la revisión de un alquiler de vivienda basado en el IGC, como la tasa de variación se sitúa por debajo del 0%, se tomará este valor como referencia, lo que equivaldría a la aplicación de la regla de no revisión de la renta y quedaría en 0%. Si, por el contrario, la tasa de variación de este índice superase el objetivo del 2% del BCE, se tomará este 2% como referencia.

⁸⁸⁶ Cfr. González Carrasco, M^a C. (2015). "Preguntas y respuestas sobre la actualización de la renta arrendaticia conforme al nuevo Índice de Garantía de Competitividad" en <https://blog.uclm.es>

⁸⁸⁷ Además, para actualizar la renta, antes de la modificación del año 2013, eran necesarios dos requisitos: La notificación a la otra parte. Y, la variación del IPC durante los doce meses anteriores o en la forma pactada si se pretende la actualización a partir del sexto año.

La principal novedad respecto al régimen precedente radica, según González Carrasco, M^a C., (2015) en que la Ley 3/2014, *"liberalizó el índice de referencia a utilizar durante toda la vigencia del contrato, de forma que sólo en defecto de pacto entre las partes en relación con dicho índice, se aplicaría por defecto el IPC"*.⁸⁸⁸

En los contratos celebrados a partir del 1 de Abril de 2015, rige el Art. 18.1 LAU. Del tenor literal de este precepto se puede concluir: Primero que a diferencia de antes, sí que es necesario un pacto expreso para que se pueda realizar la actualización de la renta. Si las partes no incluyen en el contrato una cláusula expresa de actualización, la renta no podrá actualizarse. Es decir, como indica González Carrasco, M^a C., (2015), la renta no experimentara variación alguna y esta novedad, sin duda es de interés para el arrendatario, y no hace temer una congelación de rentas tras reducirse los plazos de duración del contrato.⁸⁸⁹

La segunda conclusión que podemos extraer del tenor literal del ap. 1 del Art 18 tras la reforma operada por la Ley 2/2015 es que sólo en el caso de que exista *"pacto expreso"* de actualización en el contrato o incluso en un anexo posterior, esta se llevará a cabo según el índice de referencia pactado,⁸⁹⁰ y en su defecto por el IGC.⁸⁹¹

En mi opinión, el principio de libertad de pactos debe tener ciertos límites para evitar abusos por parte del arrendador profesional, de lo contrario se puede profundizar en el desequilibrio de las dos partes del arrendamiento, acentuando la asimetría de poder contractual en dicha relación jurídica. Esta razón, aconseja al arrendatario consumidor intentar mantener el IGC que le aporta certeza y seguridad, durante, al menos, la duración mínima obligatoria de los contratos, favoreciendo su estabilidad.

Por ello, coincidimos con Blanco Carrasco, M. (2014, pp.140-142), que las cláusulas deben ser de actualización y no de *"mera elevación"*, que son aquellas que *"solo permiten alzar la renta pero no disminuirla"*, impidiendo acuerdos en los que las partes determinen el incremento arbitrariamente, puesto que pueden ser entendidas como abusivas o poco transparentes. También las partes pueden llegar cada año a un acuerdo diferente, a través de un anexo al contrato de arrendamiento.⁸⁹²

La actualización de la renta, no es obligatoria, es una opción que concede el Art. 18.1, a las partes, al establecer que *"la renta podrá ser revisada por el arrendador o el arrendatario"*. La periodicidad de esta revisión es anual, lo que significa que la renta solo podrá ser actualizada *"en la fecha en que se cumpla cada año de vigencia del*

⁸⁸⁸ Cfr. González Carrasco, M^a C. (2015). "Preguntas y respuestas sobre la actualización de la renta arrendaticia conforme al nuevo Índice de Garantía de Competitividad".

⁸⁸⁹ Cfr. González Carrasco, M^a C. (2015). "Preguntas y respuestas sobre la actualización de la renta arrendaticia conforme al nuevo Índice de Garantía de Competitividad".

⁸⁹⁰ El mecanismo de actualización o el índice de referencia puede ser un tipo de interés fijo, o una referencia a cualquier índice como por ejemplo IPC, IGC, Producto Interior Bruto (en adelante, PIB), Euribor, Índice de Precios de Vivienda (en adelante, IPV) o, el IPC específico sobre alquileres, o cualquier otro método que permita calcular la actualización de la renta.

⁸⁹¹ El Art. 7. 1 de la Ley 2/2015 establece que sólo procederá la revisión periódica de valores monetarios enumerados en el Art. 3.1.b) (arrendamientos urbanos) *"cuando se haya pactado expresamente. En caso de pacto expreso de aplicación de un mecanismo de revisión periódica de valores monetarios que no especifique el índice o metodología de referencia, será aplicable la tasa de variación que corresponda del ÍGC elaborado según lo previsto en el Anexo de esta Ley"*.

⁸⁹² Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

contrato". En defecto de pacto, tomando como referencia el *"último índice que estuviera publicado en la fecha de revisión del contrato"*.

El ap. 2 del Art. 18 fue redactado por la Ley 4/2013 y no fue modificado por la Ley 2/2015, por ello su contenido es aplicable a todos los sistemas de actualización de rentas posteriores a la entrada en vigor de aquella. Conforme a este precepto, la parte interesada en actualizarla deberá notificar por escrito la propuesta a la otra parte. El Art. 18.2 exige que la notificación se realice por escrito, pero no de forma fehaciente. En principio, si es el arrendador el que hace la propuesta *"Será válida la notificación efectuada por nota en el recibo de la mensualidad del pago precedente"*. Esta notificación por escrito debe dar cuenta tanto de la renta actualizada, como de los elementos que han cambiado respecto de la renta indicando siempre la variación del IGC, en su caso.

Según Magro Servet, V. (2015) en el caso de que el arrendatario reciba una propuesta de actualizar la renta del arrendador, sería conveniente que firmase el recibo de la recepción de esta comunicación sobre la actualización de rentas.⁸⁹³ Además, se debe acompañar la oportuna certificación del INE que se puede obtener de la propia página web del INE, aunque según el precepto *"El certificado sólo habrá que presentarlo a la otra parte cuando ésta lo pida"*. En el caso de que en este momento no se conozca el IPC o el IGC a aplicar, según Blanco Carrasco, M. (2014) se puede notificar la actualización reservando la eficacia al momento en que éste índice se publique.⁸⁹⁴ En mi opinión, cuando el arrendador no esté obligado a entregar el recibo del pago (Art. 17.4) la notificación de la propuesta la debería hacer por escrito, de algún modo que quede constancia de la fecha en que se recibe.

El Art. 18.2 establece que la renta actualizada será exigible *"a partir del mes siguiente a aquel en que la parte interesada lo notifique a la otra parte por escrito"*. Coincidimos con Magro Servet, V.(2015) en que como la Ley solo permite exigir la renta actualizada *"a partir del mes siguiente"* a la notificación de aquella, sin que sea posible acumular al mes siguiente la actualización del mes anterior. Para solucionar este problema al arrendador que no quiera perder ni tan siquiera ese mes que hay entre la comunicación de la actualización y la exigibilidad del mes *"siguiente"*, éste debería hacer la comunicación el mes antes del vencimiento, haciendo constar que solo tendrá efectos *"a partir del mes siguiente"* a la fecha de la comunicación.⁸⁹⁵ En mi opinión, esta solución sería correcta pues la ley no establece un plazo de preaviso, y lo normal es que la notificación se produzca durante el mes anterior a la actualización, evitando así que la renta actualizada tarde un mes en ser cobrada por el arrendador.

Asimismo, de conformidad con el anterior autor (2015) cabe oponerse a la propuesta de actualización, y aunque la LAU no contempla ningún procedimiento de oposición, es posible que las partes lo fijen en el contrato, incluso pactar que la oposición no sería eficaz hasta que judicialmente no se declare que está bien hecha. La vía para oponerse a la actualización de rentas, en defecto de pacto, consiste en contestar

⁸⁹³Cfr. Magro Servet, V. (2015). "La actualización de rentas en los arrendamientos de vivienda tras la Ley de desindexación de la economía española 2015".

⁸⁹⁴Cfr. Blanco Carrasco, M (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁸⁹⁵Cfr. Magro Servet, V. (2015). "La actualización de rentas en los arrendamientos de vivienda tras la Ley de desindexación de la economía española 2015".

por escrito a la propuesta alegando las razones o causas de oposición, dentro del mes siguiente a la notificación de la propuesta actualización de rentas.⁸⁹⁶ Al entenderse que cuando el legislador mantiene la mención a la exigibilidad de la actualización de la renta hasta el mes siguiente a la notificación lo está haciendo para abrir un plazo durante el cual el arrendatario puede oponerse a la actualización y si no lo hace podrá llegar a entenderse, “*aceptación tácita*” de la actualización.⁸⁹⁷ Así, lo entiende también Blanco Carrasco, M. (2014), advirtiendo que el silencio de la persona que ha sido notificada, se entenderá como una aceptación tácita, sin que ello impida poder revisar posteriormente la cantidad establecida y solicitar, en caso de que sea necesaria, la devolución de lo indebidamente pagado.⁸⁹⁸

Por ello, se aconseja al arrendatario, en caso de oposición, contestar por escrito manifestando las razones, en el plazo de un mes desde que recibe la notificación de la propuesta y seguir pagando la renta no controvertida, conforme a lo estipulado, pues entender lo contrario supondría convertir al arrendador en árbitro decisor de la renta debida. De este modo, será el arrendador el que se vea obligado a acudir al juicio declarativo correspondiente, a fin de fijar la determinación de la renta. Si el arrendatario no paga la actualización y el arrendador presenta una demanda de juicio de desahucio por falta de pago de la actualización, el arrendatario demandado puede, en éste juicio de desahucio, sin necesidad de acudir a un declarativo, alegar las razones por las que se opuso a la renta actualizada, porque se considera que esta alegación no es una cuestión compleja y puede resolverse en un desahucio.

Coincidimos con Magro Servet, V. (2015) que el arrendador que pretenda actualizar la renta debe ser ahora más flexible para con un buen arrendatario que paga puntual, ya que este último puede que desista del contrato y busque una vivienda más barata.⁸⁹⁹

d). Incremento por obras de mejoras

La obligación principal del arrendatario de pagar la renta, entendida en sentido amplio, consideramos de conformidad con Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.11) debe incluir pagar la “*renta elevada por realización de obras de mejora*”.⁹⁰⁰ La elevación de la renta por obras de mejora en la vivienda, aparece regulada en el Art. 19 modificado por la Ley 4/2013. En él se establece que “*La realización por el arrendador de obras de mejora, transcurridos tres años de duración del contrato le dará derecho, salvo pacto en contrario, a elevar la renta anual*”, incrementándola “*en la cuantía que resulte de aplicar al capital invertido en la mejora, el tipo de interés legal del dinero en el*

⁸⁹⁶ Cfr. Magro Servet, V. (2015). "La actualización de rentas en los arrendamientos de vivienda tras la Ley de desindexación de la economía española 2015".

⁸⁹⁷ STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) de 17 diciembre 2010.

⁸⁹⁸ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁸⁹⁹ Cfr. Magro Servet, V. (2015). "La actualización de rentas en los arrendamientos de vivienda tras la Ley de desindexación de la economía española 2015".

⁹⁰⁰ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013) "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones".

*momento de la terminación de las obras incrementado en tres puntos, sin que pueda exceder el aumento del veinte por ciento de la renta vigente en aquel momento".*⁹⁰¹

La finalidad de este precepto, según Blanco Carrasco, M. (2014, p. 143), es modernizar el parque de viviendas. Y, equilibrar las prestaciones de las partes en el contrato de arrendamiento, puesto que una mejora eleva el valor de la vivienda, y, en su opinión *"si no se elevara también la renta el inquilino podría lucrarse de una inversión ajena"*.⁹⁰²

Para poder aplicar este incremento de la renta, el Art. 19, exige tres requisitos. En primer lugar, que hayan transcurrido 3 años desde la celebración del contrato. La redacción del artículo en este punto es complicada. Coincido con la anterior autora (2014), que el arrendador puede realizar obras de mejora antes de los tres años pero sin derecho a elevar la renta ni siquiera después de esos tres años.⁹⁰³ Sin embargo, Ataz López, J. (2013), entiende que permitiendo al arrendador realizar la obra y repercutirla pasados 3 años nos ajustaremos más a la finalidad última de la Ley, reajustando al inquilino el precio real de la vivienda y garantizando estabilidad económica al arrendatario durante el periodo mínimo de vigencia.⁹⁰⁴ En mi opinión, esta interpretación olvida que el arrendatario que prevea después de tres años el incremento de la renta por esta causa podría desistir del contrato. De modo, que sería mejor para el arrendador asumir el coste de estas obras si las hizo antes de los tres años, y ser más flexible para con un buen arrendatario que le ha venido pagando puntual, ya que este último podría desistir del contrato.

En segundo lugar, que se trate de una obra de mejora, según Ataz López, J. (2013, p. 638), en general cuando en materia de viviendas se habla de mejoras se hace referencia *"tanto a los denominados gastos útiles como a los suntuarios"*, comprendiéndose en ellas *"todo aquello que dote a la vivienda de un mayor valor; bien por el aumento de su belleza, bien por el de la comodidad de sus hipotéticos usuarios, bien por la instalación de nuevos servicios o de servicios más perfeccionado"*.⁹⁰⁵

En tercer lugar, que se haya notificado por escrito al arrendatario. Así el ap. 3 del Art. 19 establece que *"La elevación de renta se producirá desde el mes siguiente a*

⁹⁰¹ Asimismo, se establece que para el cálculo del capital invertido, deberán descontarse las subvenciones públicas obtenidas para la realización de la obra. En el ap. 2 de este artículo se recogen dos supuestos casos: el primero consiste en que la mejora afecta a varias viviendas de un edificio que se encuentren en régimen de propiedad horizontal, para este se establece que *"el arrendador deberá repartir proporcionalmente entre todas ellas el capital invertido, aplicando, a tal efecto, las cuotas de participación que correspondan a cada una de aquéllas"*. En cambio, el segundo supuesto consiste en viviendas *"que no se encuentren en régimen de propiedad horizontal"*, se establece que *"el capital invertido se repartirá proporcionalmente"* entre las viviendas afectadas por acuerdo entre arrendador y arrendatarios. En defecto de acuerdo, se repartirá proporcionalmente en función de la superficie de la vivienda arrendada. Este porcentaje no debe superar nunca el 20 % de la renta vigente en las fincas mejoradas, según establece el primer apartado de este artículo.

⁹⁰² Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁹⁰³ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁹⁰⁴ Cfr. Ataz López, J. (2013) "Artículo 19. Elevación de la renta por mejoras", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 625-655.

⁹⁰⁵ Cfr. Ataz López, J. (2013). "Artículo 19. Elevación de la renta por mejoras".

aqué en que, ya finalizadas las obras, el arrendador notifique por escrito al arrendatario la cuantía de aquélla", además se exige que en la notificación consten detallados *"los cálculos que conducen a su determinación"* y se aporten *"copias de los documentos de los que resulte el coste de las obras realizadas"*. En mi opinión, estas medidas protegen al arrendatario que estará debidamente informado de como se ha calculado este incremento de la renta, y además tendrá constancia documental de los costes de la obra, pudiendo negarse a pagar esta elevación de la renta hasta que no se aporten.

Esto lleva a Blanco Carrasco, M. (2014), a preguntarse si además de la notificación es necesario el consentimiento del arrendatario.⁹⁰⁶ En mi opinión, de conformidad con la anterior autora, y con Ataz López, J. (2013), debemos entender que lo contrario puede obligar al arrendatario a soportar una obra cuya ejecución puede diferirse, y a entender que el arrendador puede unilateralmente alterar, en su propio beneficio, el contenido básico de la prestación del arrendatario.⁹⁰⁷ Además, sería difícil comprender que no es necesario el consentimiento del arrendatario, cuando el objetivo de la reforma ha sido favorecer la libertad de pactos de las partes.

En cuarto y último lugar, que no exista pacto en contrario. El inciso primero de este artículo admite la posibilidad de que exista un pacto entre las partes que impida la elevación de la renta en estos casos, o que lo haga de forma diferente a la establecida en esta norma. Por ello, si el arrendador pretendiera elevar la renta de conformidad con el Art. 19, y el arrendatario se opusiera haciendo valer pacto en contra, la carga de la prueba recaería sobre éste último, que debería probar la existencia de este pacto, por lo que será conveniente, para su mejor acreditación, que el mismo constara por escrito y de este modo facilitar la prueba de su existencia.

e). Aumento de los gastos generales

El Art. 20, es el último artículo del Capítulo III que regula la renta, y establece que: *"Las partes podrán pactar"* por escrito que *"los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización y que correspondan a la vivienda arrendada o a sus accesorios, sean a cargo del arrendatario"*.⁹⁰⁸

Ataz López, J. (2013) entiende que se refiere a aquellos gastos ordinarios de la comunidad,⁹⁰⁹ que correspondan a la vivienda arrendada en función de su *"cuota de participación"*, si el edificio está en régimen de propiedad horizontal, y en caso contrario *"función de su superficie"*. Para su validez, este pacto *"deberá constar por escrito"* y *"determinar el importe anual de dichos gastos a la fecha del contrato"*. Esta

⁹⁰⁶ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁹⁰⁷ Cfr. Ataz López, J. (2013). "Artículo 19. Elevación de la renta por mejoras".

⁹⁰⁸ Por tanto, la regla general es que son de cuenta del arrendador titular de la vivienda, salvo pacto en contrario.

⁹⁰⁹ Cfr. Ataz López, J. (2013) "Artículo 20. Gastos generales y servicios individuales", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 657-685.

exigencia favorece al arrendatario que se sentirá más protegido al tener constancia escrita del importe que tiene que satisfacer y limitar el posible incremento de estos gastos el ap. 2 de este artículo.⁹¹⁰

Para los tributos, el ap. 1 del Art. 20 establece que el "*pacto que se refiera a tributos*" no afectará a la Administración. De este modo, en mi opinión, se protege, a esta última pero también al arrendatario, ya que en caso de impago, la Administración solo puede dirigirse contra el arrendador, único sujeto pasivo obligado a su pago. Del pacto, quedan excluidos los tributos que carecen de periodicidad (como por ejemplo, las tasas y tributos que recaigan sobre la titularidad del edificio como impuesto por obras o construcciones y obras sobre elementos comunes).

El IBI, para los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985, la DT 2ª de la LAU en su ap. c) 10.2 sostiene que es obligación del arrendatario, salvo pacto en contra. En cambio, los contratos celebrados después de esa fecha solo será obligatorio que lo pague el arrendatario cuando se pacte en el contrato que éste asuma su pago, (Art. 20.1). En caso contrario, no es obligación del arrendatario el pago del IBI.

El ap. 3 de este Art. 20 se refiere a los gastos por servicios con que cuente la vivienda arrendada "*que se individualicen mediante aparatos contadores*" indicando que "*serán en todo caso de cuenta del arrendatario*", y ello porque es lógico que los gastos de luz, agua, gas, teléfono, etc, que responden a consumo individual del arrendatario sean asumidos por éste. No obstante, se admiten los pactos por los que el arrendador se haga cargo de estos gastos, puesto que se trataría de una modificación en beneficio del arrendatario.

4.2. La fianza

La fianza, según Bello Janeiro, D. (2014, pp.249-250) suele ser "*uno de los aspectos menos conocidos de los arrendamientos, lo cual, en buena medida propicia que, a su vez, sea una de las cuestiones que genera mayores problemas entre las partes o, incluso, ante los Tribunales de Justicia, sobre todo bien para su devolución o bien por la pretendida retención*".⁹¹¹

La razón de su existencia es de conformidad con el anterior autor (2014, p.254) como "*su propio nombre indica, garantizar el cumplimiento de las obligaciones que contrae el arrendatario*", por ello, estamos de acuerdo con él en que "*no sólo se debe imputar al pago de las rentas adeudadas*" sino también a la devolución de la vivienda en buen estado de conservación. De manera, que estando vigente el contrato, no se

⁹¹⁰ El Art. 20. 2 establece que "*Durante los tres primeros años de vigencia del contrato, la suma que el arrendatario haya de abonar por el concepto a que se refiere el apartado anterior, con excepción de los tributos, sólo podrá incrementarse, por acuerdo de las partes, anualmente, y nunca en un porcentaje superior al doble de aquel en que pueda incrementarse la renta conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 18*".

⁹¹¹ Cfr. Bello Janeiro, D. (2014). "La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza".

debería imputa la misma a la falta de pago de la renta, pues ello implicaría dejar desprotegido al arrendador cuando la vivienda se entregue con daños.⁹¹²

En este sentido, Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.948), puntualiza que la fianza arrendaticia tiene como finalidad primordial: “*servir de garantía a las obligaciones contractuales del arrendatario*”, de manera que si éste “*adeuda al arrendador alguna cantidad derivada de sus obligaciones contractuales*”, el arrendador cuando se extinga el contrato “*podrá hacer suya la parte de fianza que sirva para pagar esa deuda*”.⁹¹³

El Art. 36 regula la obligatoriedad de prestación de la fianza,⁹¹⁴ indicando en su ap. 1 que “*A la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico en cantidad equivalente a una mensualidad de renta en el arrendamiento de viviendas*”.⁹¹⁵ Por ello, para Blanco Carrasco, M., (2014, p.200) esta cantidad es “*exigible e irrenunciable para el arrendador*”.⁹¹⁶

Además, de esta obligación de carácter civil, puede surgir, si así lo consideran necesario las CCAA, la obligación de carácter administrativa de depositar el importe de la fianza, donde éstas lo consideren.⁹¹⁷ En este sentido, coincidimos con Ataz López, J. (2013, p.1045) que hay que diferenciar dos obligaciones distintas. Por una parte la obligación civil del arrendador de exigir la fianza a la celebración del contrato y del arrendatario de prestarla, cuyo incumplimiento será causa de resolución del pleno derecho del contrato.⁹¹⁸ Y, por otra parte, el “*deber de naturaleza administrativa*”⁹¹⁹ del arrendador de depositar dicha fianza donde la CA lo considere,⁹²⁰ cuyo incumplimiento,

⁹¹² Cfr. Bello Janeiro, D. (2014). “La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza”.

⁹¹³ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). “Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones”.

⁹¹⁴ De conformidad con Bello Janeiro, D. (2014, pp.252-256) “*No hay, jurídicamente, en la LAU, ninguna fianza, nunca la hubo*”. Aunque la LAU “*se empeñe en utilizar tal término*” nada tiene que ver con la fianza regulada en el CC, ya que en el LAU es el propio deudor el que garantiza su incumplimiento adelantando una cantidad de dinero. Sin que “*en modo alguno, resulte de aplicación a la fianza arrendaticia la regulación contenida en los artículos 1822 y siguientes del Código Civil*”. La LAU utiliza el termino fianza para referirse a “*una prenda, irregular, de dinero*” Cfr. Bello Janeiro, D. (2014) “La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza”.

⁹¹⁵ El Art. 36 se encuadra dentro de las disposiciones comunes, de modo que para el caso de arrendamiento para uso distinto de vivienda se podrá actualizar la renta hasta hacerse igual a “*dos*” mensualidades.

⁹¹⁶ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁹¹⁷ La D.A. 3ª de la LAU establece que las CCAA podrán establecer la obligación de que los arrendadores depositen la fianza a disposición de la Administración autonómica o del ente público que se designe hasta la extinción del correspondiente contrato. En la actualidad, la mayoría tiene normativa propia sobre la materia.

⁹¹⁸ Conforme al Art. 27.2, b) de la LAU “*la falta de pago del importe de la fianza o de su actualización*”.

⁹¹⁹ Cfr. Ataz López, J. (2013) “Artículo 36. Fianza”, en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 1039-1064.

⁹²⁰ En Andalucía, de conformidad con Bello Janeiro, D. (2014, p.312) el arrendador debe ingresar la fianza del alquiler en la Delegación Provincial de la Consejería de Economía y Hacienda, Cfr. Bello Janeiro, D. (2014). “La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza”. A través del modelo 806, en el plazo de un mes desde la celebración del contrato, si el ingreso se hace con posterioridad al plazo del mes se establecen una serie de recargos, y si no se deposita la fianza la sanción será una multa, que en ningún caso podrá superar el cincuenta por ciento del importe de la fianza como establece el Art. 82 y siguientes de la Ley 8/1997 de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la

de conformidad con Bello Janeiro, D. (2014, p.252) "*constituirá una infracción administrativa*", por ejemplo, una multa "*que en nada afecta a la eficacia y validez del arriendo*".⁹²¹ Se trata, como indica el anterior autor (2014, pp.256-257), de "*un modo fácil de financiación pública sin intereses para llevar a cabo la política de vivienda*" que estimen conveniente las CCAA, "*sin que sea en rigor posible hablar del depósito*" del CC. De manera que "*funcionalmente la fianza cumple la doble misión*", de constituir, una garantía para el arrendador, y de servir de "*ingreso público a los organismos autonómicos competentes en materia de vivienda*" privando al arrendador de su disponibilidad y de su interés.⁹²²

Para Ataz López, J. (2013, pp. 1046-1047), pese a que la justificación de tal obligatoriedad se encuentra, en la posibilidad de que se deba depositar a disposición de la Administración autonómica o ente público, es posible un pacto entre arrendador y arrendatario en virtud del cual el primero no exigiría la prestación de fianza al segundo. Tal pacto se configura como una "*renuncia del arrendador*", en cuyo caso el arrendatario no estaría obligado a prestar la fianza, y no podría ser resuelto el contrato por tal razón. No obstante, éste pacto en nada afectaría al auténtico deber del arrendador de depositar su importe a favor de la administración o ente público competente para ello.⁹²³ Por ello, coincidimos con Bello Janeiro, D. (2014) que en el práctica no será muy frecuente esta renuncia.⁹²⁴

La forma de pago de la fianza se debe hacer en metálico, y de conformidad con Parra Lucan, M. (2014, p.147) la fianza es "*perfectamente compatible*" con la exigencia de cualquier otra forma de garantía.⁹²⁵ Así, lo establece el ap. 5º del Art. 36 cuando afirma que "*las partes podrán pactar cualquier tipo de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones arrendaticias adicional a la fianza en metálico*". Esto significa, en mi opinión que tendremos una fianza en metálico, exigida por la LAU, y por voluntad de las partes si éstas lo pactan, podremos tener, una garantía adicional.

No obstante, de conformidad con Bello Janeiro, D. (2014, p.271), en relación a la "*conveniencia u oportunidad de imponer con carácter preceptivo la fianza*", defendemos que "*carece de sentido impedir que la fianza pueda ser de cualquier otra forma, como aval, personal o bancario, por ejemplo*" y no solo, "*como se permite, de modo adicional a la fianza en metálico*" (ap. 5 del Art. 36), sino "*con carácter sustitutivo*".⁹²⁶ Esto, en mi opinión, hubiera favorecido al arrendatario que no disponga de liquidez para prestarla. Ahora bien, como indica el anterior autor (2014, pp. 270-

Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros, BOJA nº 151 de 31 diciembre 1997, modificada por el Real Decreto-Ley 6/2013 de 9 de Abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, BOJA nº 69 de 11 abril 2013.

⁹²¹Cfr. Bello Janeiro, D. (2014). "La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza".

⁹²²Cfr. Bello Janeiro, D. (2014). "La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza".

⁹²³ Cfr. Ataz López, J. (2013) "Artículo 36. Fianza".

⁹²⁴ Cfr. Bello Janeiro, D. (2014). "La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza".

⁹²⁵ Cfr. Parra Lucan, M. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*.

⁹²⁶Cfr. Bello Janeiro, D. (2014). "La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza".

273), no cabe duda de que la LAU la exige necesariamente en metálico en cantidad equivalente a una mensualidad de la renta, y que el depósito, “*solo ha de venir referido a la fianza inicial en metálico*”, excluyendo, sus actualizaciones y la garantía adicional del ap. 5 del Art. 36.⁹²⁷

En relación a la cuantía de la fianza, según Bello Janeiro, D. (2014, pp.270-275), aunque podría entenderse que tendrá carácter de “*mínimo, y no como máximo*”, en “*exclusivo beneficio del arrendador*”, considerando que fijar una cuantía igual para todos los contratos, sin tener en cuenta las características particulares de cada vivienda, puede ser inadecuado, y que sería mejor fijarla atendiendo a cada vivienda en concreto. Sin embargo, coincidimos con el anterior autor (2014, p.281) que teniendo en cuenta el Art. 17. 2 de la LAU, que prohíbe expresamente que el arrendador exija el pago anticipado de más de una mensualidad de renta, “*como mucho, el arrendatario tendrá que hacerle entrega del importe equivalente a tres meses de renta, distribuidos de modo que uno podría ser de fianza, otro como primera mensualidad de renta y otro como anticipo de una mensualidad más*”.⁹²⁸

De conformidad con Ataz López, J. (2013, p.1045) podemos decir que la razón de que el momento de exigencia de la fianza se haga coincidir con el de la celebración del contrato “*no es nimia*”, puesto que según la mayor parte de las normas autonómicas que se ocupan de esta materia, el arrendador dispone de un plazo desde la celebración del contrato, para hacer efectivo el depósito.⁹²⁹ En Andalucía, el plazo es de un mes desde la celebración del contrato. Trascurrido ese plazo se imponen recargos.⁹³⁰

Como indica Pérez Conesa, C. (2013), con el propósito de adaptar el precepto al nuevo plazo mínimo de duración obligatorio para el arrendador, de tres años, se modificaron los apartados 2 y 3 del Art. 36.⁹³¹ En este sentido, conforme a lo expuesto en el art. 36.2 LAU para no incrementar el coste del arrendamiento para el arrendatario “*durante los tres primeros años de duración del contrato, la fianza no estará sujeta a actualización*”. Pero, pasados estos tres primeros años de duración del contrato, el Art. 36.2 establece que “*cada vez que el arrendamiento se prorrogue*”, el arrendador “*podrá exigir que la fianza sea incrementada*”, o el arrendatario “*que disminuya*”, hasta hacerse igual a “*una*” mensualidad de la renta vigente del arrendamiento de vivienda “*al tiempo de la prórroga*”.⁹³²

Coincidimos con Ataz López, J. (2013) que la prórroga a la que se refiere el Art. 36.2 LAU es la prórroga voluntaria del Art. 10.1 LAU.⁹³³ De manera que de conformidad con Pérez Conesa, C. (2013, p.88), podemos distinguir tres momentos diferentes: Durante el período mínimo, “*la fianza no se puede actualizar*”; Durante el período de prórroga voluntaria, “*se puede actualizar hasta hacerse igual a una*

⁹²⁷ Cfr. Bello Janeiro, D. (2014). "La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza".

⁹²⁸ Cfr. Bello Janeiro, D. (2014). "La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza".

⁹²⁹ Cfr. Ataz López, J. (2013). "Artículo 36. Fianza".

⁹³⁰ Art. 83 y siguientes de la Ley 8/1997.

⁹³¹ Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁹³² El Art. 36 se encuadra dentro de las disposiciones comunes, de modo que para el caso de arrendamiento para uso distinto de vivienda se podrá actualizar la renta hasta hacerse igual a “*dos*” mensualidades.

⁹³³ Cfr. Ataz López, J. (2013). "Artículo 36. Fianza".

mensualidad de renta”; Durante el período pactado superior al mínimo, la fianza se actualiza en los términos del Art. 36.3 LAU. Entenderlo así, “*encaja con lo dispuesto en el primer inciso del art. 36.2 LAU, que expresamente establece que durante el plazo mínimo, la fianza no estará sujeta a actualización*”.⁹³⁴

De modo que, adecuándola a la nueva regulación del arrendamiento de vivienda Pérez Conesa, C. (2013, p.88-89) diferencia si el contrato se ha pactado “*por una duración igual o inferior a tres años*” y “*prorrogado voluntariamente a partir del tercer año por otro año más*”, en tal momento, “*el arrendador podrá exigir que la fianza sea incrementada, o el arrendatario que disminuya, hasta equipararse a una mensualidad de renta en vigor (Art. 36.2, segundo inciso, LAU)*”.⁹³⁵

Y, si la duración pactada fuera superior a tres años (por ejemplo si se hubieran pactado cuatro años), durante los tres primeros “*no se actualiza la fianza*” (Art. 36.2, primer inciso, LAU). Sin embargo, una vez transcurridos, durante el tiempo que reste hasta el término de la duración pactada, (es decir, durante el cuarto año) la actualización se regirá conforme al Art. 36.3, por lo estipulado o pactado de forma específica por las partes, y en su defecto “*lo acordado sobre actualización de la renta se presume querido también para la actualización de la fianza*”.

En este último caso, como al llegar el término final de la duración pactada, ésta es superior a tres años, (el cuarto año), puede prorrogarse voluntariamente por otro año (Art. 10.1 LAU), de ser prorrogado podría aplicarse lo dispuesto en el art. 36.2, segundo inciso, LAU y así “*cada vez que el arrendamiento se prorrogue*”.

Terminado el arriendo, el arrendador tiene la obligación restituir el importe de la fianza al arrendatario, en caso contrario, el ap. 4 del Art. 36 dispone que “*El saldo de la fianza en metálico*” que deba ser restituido al arrendatario al final del arriendo, “*devengará el interés legal, transcurrido un mes desde la entrega de las llaves por el mismo sin que se hubiere hecho efectiva dicha restitución*”.

El plazo para devolver el importe de la fianza, según Ataz López, J. (2013, p.1062) es de un mes “*desde la entrega de las llaves por el arrendatario*”, plazo a partir del cual se produce el devengo de intereses a favor de este último.⁹³⁶ Durante este mes el arrendador debe comprobar el estado de la vivienda, recibos adeudados de suministros (luz, etc.) o impago de mensualidades de renta. Transcurrido dicho plazo sin manifestar nada, el arrendador debe devolver la fianza.⁹³⁷

⁹³⁴Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁹³⁵ Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁹³⁵ Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

⁹³⁶Cfr. Ataz López, J. (2013). "Artículo 36. Fianza".

⁹³⁷La SAP Pontevedra (Sec.6ª) de 4 marzo 2016 *el arrendador “dispone del plazo de un mes, para poder examinar con detalle”* la vivienda “*y para determinar los suministros u otros conceptos no satisfechos que estuvieran a cargo del arrendatario*”. Por ello, “*sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar la parte arrendadora*”, al no existir, por ahora ninguna otra obligación líquida, “*se debe imputar a la reclamación el importe de la fianza, disminuyendo, pues, la deuda derivada de las rentas insatisfechas*”. No obstante, algunas Audiencias Provinciales entienden que la devolución de la fianza debe producirse en el mismo momento de la entrega de las llaves sin esperar el mes, entre ellas la SAP La Coruña, Santiago de Compostela (Sec. 6ª) de 11 septiembre 2015 en la que se indica que el Art. 36 “*no concede al arrendador el plazo de un mes para devolver la fianza*”, lo que dice es que deberá ser restituida “*al final del arriendo*”, esto es, cuando se termina la relación arrendaticia y no dentro del mes siguiente al final del

En mi opinión, el tenor literal del Art. 36.4 LAU no otorga al arrendador un plazo para la devolución de la fianza, sino que regula de forma excepcional las consecuencias de la mora (el retraso) en la devolución de la misma, señalando que *“devengará el interés legal, transcurrido un mes”*. El inicio del devengo de los intereses se retrasa dado que existe la obligación de depositar las fianzas en casi todas las CCAA, y los organismos autonómicos en los que se depositan tienen un plazo de un mes para proceder a la devolución de la fianza al arrendador (siempre al arrendador, no al arrendatario).⁹³⁸ Por tanto, no sería justo ni tendría sentido que el arrendador tenga que pagar intereses cuando a él no se los va a pagar la Administración. Es solo, por éste motivo por el que el Art. 36.4 de la LAU retrasa el devengo de intereses en la devolución de la fianza, lo cual no implica que el arrendador tenga un plazo de un mes para devolver la fianza. Es más, el arrendador no puede alegar el retraso (o impago) del Organismo competente para la devolución del depósito como causa para retrasar la devolución de la fianza, siendo que su obligación es independiente del plazo que tarde la administración en su devolución. Por ello, debemos concluir que conforme el tenor literal del Art. 36.4 *“El saldo de la fianza en metálico”* deberá *“ser restituido al arrendatario al final del arriendo”*.

Coincidimos con Bello Janeiro, D. (2014, p.339), que como la fianza *“cumple la finalidad”*, tras la extinción del contrato, *“de garantizar el correcto cumplimiento de las obligaciones del arrendatario”*, finalizado el contrato *“surge la obligación del arrendador de devolverla”*. En el caso de que existan de daños, si hay acuerdo en su valoración procederá *“su adecuada compensación”*. Y, sino existe acuerdo en su cuantía, el arrendador deberá devolverla *“sin que por ello se pueda retener la misma para asumir los gastos derivados de la mala conservación”*⁹³⁹ de la vivienda. En este último caso, el arrendador que quiera que se le indemnicen los daños de la vivienda deberá buscar una solución judicial o extrajudicial, dado que de conformidad Gázquez Serrano, L. (2014, p.565), *“dentro de los límites de lo que debe entenderse como materias disponibles”*, cabría haber pactado una cláusula arbitral.⁹⁴⁰

Coincidimos con Ataz López, J (2013), que si se hubiera pactado que el arrendatario se hiciera cargo de los gastos de comunidad, y de los servicios individualizados con que cuente la finca (Art. 20.), si al finalizar el contrato se debiera alguna cantidad por tal concepto, podrá el arrendador aplicar a su pago la porción de la fianza que corresponda. Igual ocurrirá si se debiera alguna cantidad por los servicios que se individualicen mediante aparatos contadores, a que hace referencia el Art. 20.3, siempre, claro está, que hayan sido contratados por el propio arrendador; puesto que en otro caso, siendo el arrendatario directamente deudor de los mismos frente al tercero que los suministraba, no está el arrendador obligado a satisfacer la deuda pendiente y no

arriendo. Por tanto, el precepto invocado lo que regula es el momento en que el arrendador incurre en mora, *“pero la obligación de entregar la fianza surge desde que finaliza el arriendo.”*

⁹³⁸La D.A. 3ª de la LAU establece que si transcurrido un mes desde la finalización del contrato, la Administración o el ente público no procediere a la devolución de la cantidad depositada, ésta devengará el interés legal correspondiente.

⁹³⁹ Cfr. Bello Janeiro, D. (2014). "La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza".

⁹³⁹ Cfr. Ataz López, J. (2013). "Artículo 36. Fianza".

⁹⁴⁰ Cfr. Gázquez Serrano, L. (2014). "Cláusulas arbitrales y el contrato de arrendamiento urbano".

le causa ningún perjuicio el que ésta quede sin pagar, por lo que no podrá intentar retener parte de la fianza para ello.⁹⁴¹

En mi opinión, además, aun cuando el Art. 36.4 no lo indique, sería conveniente cuando se restituya la fianza firmar un documento de terminación del contrato de arrendamiento en el que se haga constar la entrega de las llaves y la devolución de la fianza sin obligaciones pendientes de cumplimiento por parte del arrendatario. En caso contrario, si existen obligaciones pendientes, y acuerdo en su cuantía, ésta debe aminorar el saldo de la fianza que el arrendador deba devolver, y en caso de que no exista sobrante, y el importe de las obligaciones pendientes sea superior al saldo de la fianza, el arrendatario deberá abonar al arrendador el importe de éstas en lo que excede de la cuantía de la fianza. Si no existe acuerdo respecto de la cuantía adeuda al arrendador, antes de acudir a una solución judicial o extrajudicial, las partes o cualquiera de ellas podrán pedir un informe pericial que tase la deuda, de este modo, si no hay acuerdo en la cuantía este informe podrá ser presentado como prueba documental del importe adeudado.

Por último, tampoco es posible de conformidad con Bello Janeiro, D. (2014, pp.339-340), *“aunque está muy generalizada la idea contraria”*, de *“que el importe de la fianza se impute al pago del último mes o de los dos últimos meses de alquiler”*. Si defendemos que la finalidad de la fianza es *“garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato”* ésta debería *“permanecer intacta durante la vigencia del contrato”*. Y, ello al margen de *“la posibilidad de exigir un aval bancario para garantizar el pago de las rentas por toda la duración del contrato o por años sucesivos con la obligación del arrendatario de renovarlo anualmente”*.⁹⁴² Además, hay que tener en cuenta que el Art. 36, está dentro del Título IV, por lo que hay que respetarlo y someterse a él de forma imperativa (Art. 4. 1 de la LAU). Por ello, coincidimos en la conclusión del anterior autor (2014, p. 340), que la fianza es una *“obligación legal tasada para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales durante la vigencia del contrato, pudiendo exigir su devolución el arrendatario a la extinción del contrato”*, y *“sin que se pueda solicitar en dicho concepto de fianza una cantidad extraordinaria como garantía del cobro de las rentas en el supuesto que el arrendatario no cumpla ante el retraso de los tribunales de Justicia”*, lo que no impide que *“dicha cuantía pueda establecerse con claridad como depósito irregular, considerándose entonces como una de las garantías adicionales de la LAU”*.⁹⁴³

4.3. Obras en la vivienda

La regulación establecida en la LAU en relación a las obras es bastante escueta, genérica y susceptible de diversas interpretaciones, por lo que en determinados supuestos (si no existen pactos o estipulación al respecto en el contrato), será necesario

⁹⁴¹ Cfr. Ataz López, J. (2013). "Artículo 36. Fianza".

⁹⁴² Cfr. Bello Janeiro, D. (2014). "La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza".

⁹⁴³ Cfr. Bello Janeiro, D. (2014). "La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza".

acudir al arbitraje o al auxilio judicial para dirimir si se pueden realizar o no determinadas obras, y en su caso quién debe abonar las mismas.

Para el estudio de las obras en la vivienda arrendada, vamos a distinguir, como hacen los Arts. 21 a 24 de la LAU, entre las obras de conservación, las obras de mejora, y por último, las obras del arrendatario o arrendatarios con discapacidad.

a). Obras de conservación

El Art. 21 lleva por título "*Conservación de la vivienda*" y regula las obras que el arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar por ello la renta, indicando que estas serán "*todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad*"⁹⁴⁴ para servir al uso convenido, salvo cuando el deterioro de cuya reparación se trate sea imputable al arrendatario a tenor de lo dispuesto en los Arts. 1563 y 1.564 del CC.⁹⁴⁵ La obligación de reparación tiene su límite en la destrucción de la vivienda por causa no imputable al arrendador.⁹⁴⁶

En principio, según Rodríguez Morata, F. (2013, p.700) las obras de conservación y de reparación de la vivienda arrendada "*no son exactamente identificables*". Las obras de conservación, son "*aquellas que se verifican en la vivienda arrendada en prevención de una posible destrucción o pérdida de las cualidades o condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido*". Las de reparación, en cambio, se identifican con aquellas que son "*imprescindibles para que la vivienda recobre el estado o cualidades pactadas y pérdidas o destruidas bien por el transcurso del tiempo, bien por causa imputable a cualquiera de las partes, bien por fuerza mayor o caso fortuito*".⁹⁴⁷

Pero para conocer cuál es el alcance de las obligaciones, el anterior autor (2013, p.700) precisa que también se deben incluir en la obligación del arrendador "*los gastos de reparación necesaria*", que son "*aquellos que resultan indispensables para la*

⁹⁴⁴El Art. 3.c de la LOE, recoge los requisitos básicos de la vivienda habitable: 1) Higiene, salud y protección del medio ambiente. Esto implica la obligación de que la vivienda tenga condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato garantizando la gestión adecuada de residuos. 2) Protección contra el ruido, pudiendo realizar las actividades satisfactoriamente y sin que suponga un peligro para la salud. 3) Ahorro de energía y aislamiento térmico. 4) Otros aspectos que permitan un uso satisfactorio de la misma.

⁹⁴⁵La responsabilidad del arrendatario en el deterioro de la vivienda se regula por remisión a los Art. 1563 y 1564 del CC, establecido que será responsable en caso de deterioro o pérdida (salvo que pruebe que no se han ocasionado por culpa suya). Y, en caso de deterioro causado por las personas de su casa. Asimismo, conforme a lo dispuesto en el Art. 1561 está obligado a devolver la vivienda tal y como la recibió, así como a utilizarla con la diligencia de un buen padre de familia para el uso al que está destinado por pacto o según su naturaleza (Art. 1555.2 CC). En caso de que estos daños sean causados dolosamente, el arrendador estaría facultado para bien resolver el contrato bien exigir la reparación de los daños y perjuicios causados. Si fueran causados por negligente surgiría solo la obligación de reparación o indemnización.

⁹⁴⁶A este efecto, se estará a lo dispuesto en el Art. 28 que señala en qué supuestos se entiende producida esta destrucción de forma tasada y que excluye la obligación de reparación.

⁹⁴⁷Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 21. Conservación de la vivienda", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 689-730.

conservación” de la vivienda, es decir, “*aquellos que no pueden dejar de hacerse sin perjudicar la conservación*” de la vivienda arrendada.⁹⁴⁸ Incluyendo, aquellas reparaciones necesarias ordenadas por la Autoridad pública competente en materia de salubridad, saneamiento y seguridad de la vivienda arrendada.

El ap. 2 del Art. 21, establece “*que cuando la ejecución de una obra de conservación no pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento, el arrendatario estará obligado a soportarla, aunque le sea muy molesta o durante ella se vea privado de una parte de la vivienda*”. Pero, en un intento de que la obra termine lo antes posible se establece que “*Si la obra durase más de veinte días*”, habrá de disminuirse la renta en proporción a la parte de la vivienda de la que el arrendatario se vea privado. En mi opinión, esta previsión es controvertida, ya que es difícil valorar la disminución de la renta y esto llevará de forma casi inevitable a la discusión para cuantificar el importe del perjuicio. Por ello, en defecto de acuerdo, se aconseja siempre a los arrendatarios encargar un informe pericial para que mediante la aportación de fotografías y el dictamen se estime por un tercero (juez o arbitro) la parte de la renta que debe reducirse por el no uso e incluso la aportación de un acta notarial de presencia que así lo acredite. Además, de conformidad con Parra Lucan, M. (2014, p.155), si el arrendador alquila vivienda sabiendo que tendrá que realizar estas obras y no informa de ello al consumidor, antes de que éste quede vinculado por el contrato, “*hay abuso de derecho, conforme a las reglas generales del ordenamiento, y habrá que indemnizar los daños causados*”.⁹⁴⁹

Afortunadamente para el consumidor que arrienda una vivienda, con la previsión del Art. 21 es evidente que el arrendador viene obligado no sólo a entregarla habitable, sino también a mantenerla durante todo el tiempo de vigencia del contrato. Sin embargo, el arrendatario debe saber que esta última obligación nace en el instante en que él le haga saber al arrendador la existencia de deficiencias que hagan precisa una obra de conservación, por eso el ap. 3 del Art. 21 establece que “*El arrendatario deberá poner en conocimiento del arrendador, en el plazo más breve posible, la necesidad de las reparaciones que contempla el apartado 1 de este artículo, a cuyos solos efectos deberá facilitar al arrendador la verificación directa, por sí mismo o por los técnicos que designe, del estado de la vivienda*”. De su tenor literal, se desprende que el arrendatario está obligado a poner en conocimiento del arrendador la existencia de estos desperfectos lo antes posible, y a facilitar la entrada en la vivienda al propietario o a los técnicos que éste designe para verificar los mismos y proceder a su reparación. En caso contrario, el incumplimiento de estas obligaciones puede conllevar al arrendatario la obligación de indemnizar al arrendador en los casos en que éste acredite que el silencio o el retraso del arrendatario en aquella comunicación le hayan supuesto un mayor coste de la obra.

Para evitar mayores desperfectos, el ap. 3 del Art.21 establece que “*En todo momento, y previa comunicación al arrendador, podrá realizar las que sean urgentes para evitar un daño inminente o una incomodidad grave, y exigir de inmediato su importe al arrendador.*”⁹⁵⁰ Coincidimos con Rodríguez Morata, F. (2013) que el

⁹⁴⁸ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 21. Conservación de la vivienda”.

⁹⁴⁹ Cfr. Parra Lucan, M. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*.

⁹⁵⁰ El problema se plantea en determinar que se entiende por una obra de reparación urgente, para ello el precepto apunta que se trata de evitar un daño en la vivienda que debe ser inminente o bien evitar una

precepto solo exige el requisito de una mera comunicación previa al arrendador (no que este último lo autorice previamente), para que el arrendatario pueda realizar estas obras urgentes, y después exigir el importe de este gasto al arrendador. Sin embargo, se aconseja, aunque no se exige, que la comunicación sea fehaciente, de manera que ésta sirva de prueba en el caso de que el arrendatario se vea obligado a reclamar el importe de las obras.⁹⁵¹

Por último, el ap. 4 del Art. 21 establece que *"Las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda serán de cargo del arrendatario"*. En mi opinión, esta previsión, acarreará numerosos conflictos interpretativos, ya que una pequeña reparación para un profesional puede ser grande para un consumidor medio. Y, una cosa es que el desgaste por el uso habitual de la vivienda sea sufragado por el arrendatario, por ejemplo cambiar una bombilla de luz, y otra será que se rompa una persiana debido a la antigüedad de la misma y no al uso que le ha dado el arrendatario, y se pretenda que este último asuma el coste de su reparación. En este último caso, se considera que se pretende de forma abusiva que para evitar pequeños costes al arrendador profesional, el consumidor pague dos veces por el mismo concepto. Es decir, pague la renta por el uso de la vivienda, incluido en nuestro ejemplo la persiana, y además pague la reparación de la misma, no porque la use mal, sino por el *"uso ordinario"*. Consideramos injusto que las todas las reparaciones del uso ordinario de la vivienda sean a cargo del arrendatario cuando no haya sido el único que la haya usado la vivienda. Por ello, se considera que las reparaciones que exijan el desgaste por el uso ordinario de la vivienda debían ser consensuadas, y en defecto de pacto, deberían ser a cargo del arrendador profesional que obtiene los beneficios (renta), salvo que pruebe un uso incorrecto.

b). Obras de mejora

El Art. 22 de la LAU regula las obras de mejora que puede realizar el arrendador. Coincidimos con Blanco Carrasco, M., (2014, p.166) que en general, cuando en una vivienda se habla de mejoras se hace referencia a *"obras que no siendo indispensables, y por lo tanto voluntariamente decididas, tienden a aumentar el valor de la misma, en términos de aprovechamiento, embellecimiento o comodidad"*, y que en cualquier caso quedarán en beneficio de la vivienda al acabar el contrato de arrendamiento.⁹⁵²

El ap. 1 del Art. 22 establece que *"el arrendatario estará obligado a soportar"* siempre y cuando la *"ejecución no pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento"*. No podrán diferirse las obras cuando, por ejemplo se haya obtenido una subvención de la administración con plazo para su ejecución, se hayan impuesto al

incomodidad al arrendatario que debe ser grave. Un ejemplo, podría ser el caso de que se produjera una inundación en la vivienda como consecuencia de la rotura de una tubería, y el inquilino se viera obligado a contratar de urgencia un fontanero para evitar daños mayores.

⁹⁵¹ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 21. Conservación de la vivienda".

⁹⁵² Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

arrendador por acuerdo de la comunidad de propietarios o sean convenientes por el periodo estacional en el que se encuentren.

El ap. 2 del Art. 22 indica que el arrendador que se proponga realizarlas “*deberá notificar por escrito al arrendatario, al menos con tres meses de antelación, su naturaleza, comienzo, duración y coste previsible*”. El contenido informativo de la notificación nos parece de suma importancia a fin de que el arrendatario pueda decidir si desistir del contrato o soportarlas. En concreto, es muy importante que se indique el coste estimado puesto que, según vimos anteriormente, la realización de este tipo de obras, salvo pacto en contra, podrá suponer un incremento de renta, solo y exclusivamente si se dan los requisitos ya mencionados del Art. 19 de la LAU. Por ello, es importante destacar que a pesar de que se realice alguna obra de mejora en la vivienda, de la que claramente el arrendatario saldrá beneficiado, no por ello se puede elevar la renta. Cualquier cláusula que contemplara el hecho de que al realizar una reparación u obra, se subirá el importe de la renta, debe ser declarada nula de pleno derecho, y se tendrá por no puesta en el contrato de arrendamiento.

Cuando la obra “*pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento*”, coincidimos con Parra Lucan, M. (2014, p. 157) el arrendatario “*no ésta obligado*” a soportarlas.⁹⁵³ Por ello, el ap. 2 del Art. 22 establece que “*Durante el plazo de un mes desde dicha notificación, el arrendatario podrá desistir del contrato, salvo que las obras no afecten o afecten de modo irrelevante a la vivienda arrendada*”. Consideramos que si se desiste se concede un plazo de dos meses para desalojar la vivienda al indicar el precepto que “*El arrendamiento se extinguirá en el plazo de dos meses a contar desde el desistimiento, durante los cuales no podrán comenzar las obras*”. En cambio, si se opta por no desistir y soportar las obras, el ap. 3 establece que “*El arrendatario que soporte las obras tendrá derecho a una reducción de la renta en proporción a la parte de la vivienda de la que se vea privado por causa de aquéllas, así como a la indemnización de los gastos que las obras le obliguen a efectuar*”. En mi opinión, estas previsiones se estiman justas y adecuadas para proteger al arrendatario.

Por último, según Rodríguez Morata, F. (2013, p.748) si el arrendatario no contesta en el plazo de un mes se estima que “*está conforme con las condiciones de las obras*” y entre ellas con “*la fecha de comienzo o inicio de las obras de mejora que, por imperativo legal, no podrá ser antes del trascurso del plazo de tres meses*”⁹⁵⁴ señalado en el Art. 22.2 de la LAU. En mi opinión, el plazo de un mes parece insuficiente para tomar una decisión, teniendo en cuenta que puede que se necesite asesoramiento técnico para conocer el alcance de las obras. Por ello, se considera que no debería de forma automática entenderse que si no se contesta en el plazo de un mes se está conforme con ellas, sobre todo teniendo en cuenta que las obras no deben comenzar hasta que pasen tres meses de la notificación.

⁹⁵³ Cfr. Parra Lucan, M. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*.

⁹⁵⁴ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “Artículo 22. Obras de mejora”, en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 731-753.

c). Obras del arrendatario

De la lectura del Art. 23.1 podemos concluir de conformidad con Parra Lucan, M. (2014, p.161) que el arrendatario puede “*realizar obras que no modifiquen la configuración de la vivienda o de los accesorios*”.⁹⁵⁵ Por ejemplo, poner aire acondicionado. En cambio, si la obra modifica la configuración de la vivienda o sus accesorios solo se puede hacerlas con “*el consentimiento del arrendador, expresado por escrito*”.⁹⁵⁶

Para saber si la obra modifica la configuración de la vivienda o sus accesorios, es necesario hacer un análisis comparativo entre el estado en el que se encontraba la vivienda antes de realizar la obra, y en el que se encuentra después de realizarla.⁹⁵⁷ Se trata de modificaciones que suponen una alteración esencial de la forma, variando ostensiblemente el aspecto de la vivienda. Para la Sala de lo Civil del TS son obras que determinan ese cambio de configuración las llamadas obras fijas o de fábrica, empotradas al suelo y techo y practicadas con materiales de construcción,⁹⁵⁸ sin que, por el contrario, quepa aplicar este precepto cuando se trate de obras móviles, no adheridas a las paredes, suelo y techos, mediante obras de albañilería.

Cuando el arrendatario haya realizado obras que modifiquen la configuración de la vivienda arrendada, sin consentimiento expreso del arrendador el Art. 23. 2 establece que este último “*Sin perjuicio de la facultad de resolver el contrato*”, podrá exigir, “*al concluir el contrato*”, que el arrendatario “*reponga*” la vivienda al estado anterior o “*conservar la modificación efectuada, sin que éste pueda reclamar indemnización alguna*”. De conformidad con Rodríguez Morata, F. (2013, p.786) la facultad de reclamar la reposición es una “*medida o garantía autónoma y complementaria a la acción resolutoria*” que le concede el Art. 27.2 d) LAU al arrendador. Por tanto, “*el ejercicio de esta facultad podrá o no acumularse a la resolución contractual que eventualmente pueda exigir el arrendador, pero, en todo caso, adquiere respecto de ella una independencia funcional que se explica porque puede reclamarse la reposición sin que, cumulativamente, se ejercite la resolución del contrato*”.⁹⁵⁹

Las obras que provocan “*una disminución en la estabilidad o seguridad de la vivienda*”, nunca se pueden hacer, según indica Padilla Ruiz, P. (2013) con o sin consentimiento del arrendador.⁹⁶⁰ Las prohíbe de forma taxativa el Art. 23. 1 que indica

⁹⁵⁵ Cfr. Parra Lucan, M. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*.

⁹⁵⁶ El Art. 23. 1 establece que “*El arrendatario no podrá realizar sin el consentimiento del arrendador, expresado por escrito, obras que modifiquen la configuración de la vivienda o de los accesorios*”.

⁹⁵⁷ STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 5 abril 1991.

⁹⁵⁸ Entre otros casos, han sido consideradas obras que modifican la configuración de la vivienda arrendada la apertura de huecos o ventanas, la modificación de techos o tabiques, la construcción de una nueva escalera, y la conversión de una habitación en cuarto de baño Las SSTS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 14 octubre 2009, 18 diciembre 2008, 26 diciembre 1997, 10 diciembre 1996 y 27 abril 1994.

⁹⁵⁹ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 23. Obras del arrendatario", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 755-788.

⁹⁶⁰ Cfr. Padilla Ruiz, P. (2013). "Comentarios a la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas".

de forma clara y tajante que *"En ningún caso el arrendatario podrá realizar obras que provoquen una disminución en la estabilidad o seguridad de la vivienda"*.⁹⁶¹

El Art. 23. 2 indica que si a pesar de lo establecido en el ap. 1 de este artículo, *"el arrendatario ha realizado unas obras que han provocado una disminución de la estabilidad de la edificación o de la seguridad de la vivienda o sus accesorios, el arrendador podrá exigir de inmediato del arrendatario la reposición de las cosas al estado anterior"*, sin esperar a la extinción del contrato e incluso solicitar ésta última. De conformidad con Rodríguez Morata, F. (2013, p.787), sostenemos también en este caso el *"carácter autónomo de la facultad de reposición"*.⁹⁶²

Coincidimos con Blanco Carrasco, M., (2014) que se consideran incluidas entre las obras que puede realizar el arrendatario, las obras de mejora, aunque no lo diga expresamente el Art. 23, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en el mismo (entre ellos, el consentimiento previo y por escrito del propietario).⁹⁶³ Sin embargo, según Parra Lucan, M. (2014, p.161) el arrendatario puede *"realizar obras que no modifiquen la configuración de la vivienda o de los accesorios"*, y para ello *"no necesita el consentimiento del arrendador"*.⁹⁶⁴ En mi opinión, para evitar futuros problemas, siempre será mejor hacerlas con el consentimiento previo y por escrito del arrendador, sin que se deban deducir consentimientos tácitos del conocimiento de las mismas por parte de éste último.

Compartimos con Blanco Carrasco, M., (2014, p.168) que este tipo de reformas *"son voluntarias y podrá hacerla el arrendatario a su costa si así lo desea"*, salvo que exista acuerdo entre las partes que lo excluya, y siempre que no disminuyan la estabilidad y seguridad de la vivienda. Este tipo de obras benefician a la vivienda porque quedan en ella concluido el contrato sin poder reclamar al arrendador el gasto realizado. Salvo que fuera posible retirarlas sin causar perjuicio a la vivienda. En caso de que la realización de esta mejora suponga un perjuicio se deberá indemnizar al arrendador en este concepto.⁹⁶⁵

En definitiva, consideramos que para que el arrendatario pueda realizar obras en la vivienda, la regla general es que debe contar con la autorización previa del arrendatario (Art 23), este consentimiento debe ser además, expreso. Es decir, debe quedar constancia de él por escrito. No obstante, no se necesita dicha autorización previa, bastando solo una comunicación o notificación previa al arrendador para que el arrendatario pueda hacer las siguientes obras: En primer lugar, para las obras de conservación *"urgentes para evitar un daño inminente o una incomodidad grave"*, (Art. 21.3); En segundo lugar, para *"Las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda"*, (Art. 21.4); Y, en tercer y último lugar, como veremos a continuación, para realizar las obras necesarias para que la vivienda pueda ser utilizada de forma adecuada y acorde a la discapacidad o a la edad superior a setenta

⁹⁶¹ La Ley 4/2013 incluyo esta frase para dejar claro que no se pueden realizar nunca estas obras. Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*

⁹⁶²Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 23. Obras del arrendatario".

⁹⁶³ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁹⁶⁴ Cfr. Parra Lucan, M. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*.

⁹⁶⁵ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

años, (Art. 24). Por tanto, podemos decir que el Art. 21.3 y 4, y el Art. 24, constituyen una excepción a la regla general contenida en el Art. 23, pero en estos casos la notificación es siempre preceptiva, y en caso de no realizarse antes de la ejecución de la obra puede ser causa de extinción del contrato.

El Art 24 regula las obras que puede hacer el Arrendatario con discapacidad,⁹⁶⁶ y de edad superior a setenta años, sin necesidad de autorización previa, pero sí con “*previa notificación escrita al arrendador*”. Así, establece que podrán “*realizar en el interior de la vivienda aquellas obras o actuaciones necesarias para que pueda ser utilizada de forma adecuada y acorde a la discapacidad o a la edad superior a setenta años*”,⁹⁶⁷ tanto del propio arrendatario como de “*su cónyuge, de la persona con quien conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o de sus familiares que con alguno de ellos convivan, de forma permanente*”. Según Padilla Ruiz, P. (2013, p.5) “*para justificar la ejecución de esas modificaciones*” es lógico que se exija la permanencia en la convivencia.⁹⁶⁸ No obstante, en mi opinión, el requisito de la permanencia debería atenuarse, pensemos en los casos de un arrendatario que tenga atribuida la guardia y custodia compartida de un hijo discapacitado, o se ocupe de su padre mayor de setenta años la mitad del año.

Rodríguez Morata, F. (2013, p.799), distingue entre las obras de adaptación o adecuación de la vivienda a la condición de discapacitado o mayor edad en el arrendatario, y las obras de reforma interior para la accesibilidad una vez celebrado el contrato de arrendamiento. Las primeras “*se caracterizan por su inmediatez a la firma del contrato de arrendamiento*”, y deben entenderse que “*son obras implícitamente autorizadas por estimarse una consecuencia natural del contrato*”, puesto que para el anterior autor, entregada la vivienda arrendada para usarla por una persona discapacitada o mayor de setenta años, “*ha de ponerse en condiciones útiles al servicio que se dedica, para lo que ha de resultar obligado acomodarla para su adecuado y fácil uso*” por estas personas, “*aun cuando eventualmente puedan modificar la configuración interior de la vivienda arrendada*”.⁹⁶⁹ Por tanto, para Rodríguez Morata, F. (2013, p.800), estas obras no tienen por qué ser notificadas al arrendador, pues deben entenderse que están implícitamente autorizadas en el contrato de arrendamiento. De ahí que para el anterior autor, el Art. 24.1 LAU se refiera a las obras de reforma que el arrendatario, una vez celebrado el contrato de arrendamiento, durante la vigencia del mismo, puede realizar en la vivienda para adecuarla a su condición de discapacitado o de mayor de setenta años. “*Si éstas obras de reforma producen una modificación esencial en la configuración de la vivienda para adecuarla*” se estará autorizado “*ex*

⁹⁶⁶ La ley 4/2013 modifico el Art 24 de la LAU para adaptarla a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas con dependencia.

⁹⁶⁷ El ap. 1 del Art 23 introduce además una pequeña novedad distinguiendo en su redacción entre “*obras o actuaciones*”. Según Padilla Ruiz, P (2013) con el fin de favorecer la realización de las obras de adaptación de la vivienda, ahora el Art. menciona tanto el término “*obras*” como “*actuaciones*” entendidas como la utilización de todos los medios que la técnica actual o futura pone a disposición de las personas con discapacidad para salvar los obstáculos arquitectónicos y que cada vez requieren la ejecución de menos obras en el sentido estricto de la palabra, por ejemplo una rampa de acceso o una silla elevadora para salvar una escalera y que no requieran obra. Cfr. Padilla Ruiz, P. (2013). “Comentarios a la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas”.

⁹⁶⁸ Cfr. Padilla Ruiz, P. (2013). “Comentarios a la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas”.

⁹⁶⁹Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “Artículo 24. Arrendatarios con discapacidad”, en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 789-807.

lege”, previa notificación por escrito, para realizarlas. Si, por el contrario, “*las obras no modifican la configuración de la vivienda o se trata de simples obras de adaptación de la vivienda arrendada*”, según Rodríguez Morata, F. (2013, p.800), “*el arrendatario no está obligado a notificar por escrito su realización al arrendador pues se entiende que están autorizadas o consentidas por este último*”.⁹⁷⁰

En mi opinión, siempre es aconsejable que el arrendatario notifique todas las obras que tiene proyectadas al arrendador, y las debe hacer el arrendatario,⁹⁷¹ siempre que como indica el Art 24.1 de la LAU “*no afecten a elementos o servicios comunes del edificio ni provoquen una disminución en su estabilidad o seguridad*”.

En relación al contenido de la notificación, coincidimos con Rodríguez Morata, F. (2013), en que parece conveniente que el arrendatario acompañe al escrito de notificación un proyecto técnico detallando las obras a realizar, suscrito por un profesional, y una certificación oficial de la autoridad pública competente que, además de acreditar la condición de discapacitado en el arrendatario y su grado de minusvalía, contenga un informe favorable sobre la necesidad de las obras de adecuación y sobre el proyecto técnico para su realización.⁹⁷²

Por último, el Art. 24.2 establece que “*el arrendatario estará obligado, al término del contrato, a reponer la vivienda al estado anterior*”, pero solo “*si así lo exige el arrendador*”. Blanco Carrasco M. (2014, p.174) se pregunta “*qué ocurre ¿si no lo exige?*”. La pregunta sería si el arrendador tendría que reintegrar al arrendatario el coste de las obras realizadas en el caso de que decida mantenerla, lo cual sin duda es interpretable. Para la anterior autora el arrendatario podría solicitar el abono de lo gastado para aquello que pueda aprovecharse.⁹⁷³ En el mismo sentido, Rodríguez Morata, F. (2013, p.807) indica que el arrendatario podrá “*reclamar que se le reintegre el importe o coste efectivo de las obras*”.⁹⁷⁴ En mi opinión, en el caso de que el arrendador exija que se reponga la vivienda al estado anterior y al arrendatario no le interese llevarse la obra,⁹⁷⁵ lo mejor sería negociar, por ejemplo, se podría pactar que el arrendador se quede con la obra a un precio inferior a su coste efectivo, ya que el reponer genera un coste que debe sufragar el arrendatario.

4. 4. Derecho de adquisición preferente, tanteo y retracto

La LAU regula en el Art. 25 el derecho de adquisición preferente o derecho de tanteo y retracto, esto es, la opción que tiene el arrendatario de comprar la vivienda con preferencia, en el caso de que su propietario decida venderla. El ap. 1 indica que “*en caso de venta de la vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en los apartados siguientes*”.

⁹⁷⁰ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 24. Arrendatarios con discapacidad”.

⁹⁷¹ Coincidimos con Parra Lucan, M. (2014, p.163) que el arrendatario no puede exigir que las realice el arrendador. Cfr. Parra Lucan, M. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*.

⁹⁷² Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 24. Arrendatarios con discapacidad”.

⁹⁷³ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*.

⁹⁷⁴ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 24. Arrendatarios con discapacidad”.

⁹⁷⁵ Por ejemplo, la rampa de acceso o la silla elevadora para salvar una escalera.

Los requisitos para ejercitar estos derechos de conformidad con Rodríguez Morata, F. (2013, pp.833-834) son: a) Que se trate de “una venta o cesión voluntaria de vivienda arrendada”. b) Que la acción se ejercite por el que ostente la condición de arrendatario de la vivienda, “en el momento de producirse la transmisión onerosa o al hacerse efectivo extrajudicialmente el derecho de tanteo o retracto”⁹⁷⁶ c) Que “ocupe efectivamente la vivienda arrendada”⁹⁷⁷ d) Que la acción se ejercite “en un plazo de treinta días naturales, a contar desde el siguiente en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender”⁹⁷⁸ la vivienda, “el precio y demás condiciones esenciales de la transmisión”.⁹⁷⁹ Y, en el caso de retracto que la acción se ejercite “a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada”.⁹⁸⁰ e) Por último, que el arrendatario retrayente, para hacer uso del derecho de retracto, reembolse al comprador “el precio de la venta” y, además, “los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta” y “los gastos necesarios y útiles”⁹⁸¹ hechos en la vivienda vendida.⁹⁸²

En cuanto a la forma de la notificación, el Art. 25.2 requiere expresamente que se lleve a cabo “en forma fehaciente”. Es decir, que quede constancia indubitada de su

⁹⁷⁶Según Rodríguez Morata, F. (2013, p.834) “la condición de arrendatarios de vivienda para ejercitar estos derechos no es necesario que concurra inicialmente, sino que se concede también a los que ostenten tal cualidad por subrogación, tanto «inter vivos» (art. 12) como «mortis causa» (art. 16). En todo caso, la cualidad de arrendatario debe ostentarse en el momento mismo en que se ejercita el derecho, sin que baste haberla tenido con anterioridad y esta condición de arrendatario no se pierde aunque esté incurso en causa de denegación de prórroga”. En todo caso, al que pretenda aprovecharse de estos derechos de adquisición corresponde probar su titularidad en el momento de nacer el derecho de adquisición preferente. Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “Artículo 25. Derecho de adquisición preferente”, en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 809-857.

⁹⁷⁷Según Rodríguez Morata, F. (2013, p.837) La exigencia de “ocupar efectivamente la vivienda vendida” se deduce ahora “del principio general según el cual los derechos de adquisición preferente se justifican como instrumentos de acceso a la propiedad de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). El sentido finalista de la LAU tiende a amparar al arrendatario sobre la base de que ocupe la vivienda arrendada, pero no cuando mediante diversas técnicas lo haga objeto de especulación (v. gr., subarriendo parcial), o simplemente prescinda de su ocupación por falta de necesidad”. Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “Artículo 25. Derecho de adquisición preferente”.

⁹⁷⁸Esta notificación, según Rodríguez Morata, F. (2013, p.840) debe ser hecha “por el arrendador, personalmente, o a través de apoderado o administrador, y se dirige al arrendatario sin que se precise tampoco haberla hecho a su persona, valiendo la hecha en la forma que ordenan las leyes procesales, (art. 161.3 LECiv)” Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “Artículo 25. Derecho de adquisición preferente”.

⁹⁷⁹Según Rodríguez Morata, F. (2013, p.842) “el arrendatario para que pueda cabalmente decidir si ejercita o no el derecho de opción debe conocer todas las demás cláusulas o circunstancias de contenido económico (por ejemplo, modalidades de pago, garantías, condiciones resolutorias, cargas del bien vendido, etc.)”. Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “Artículo 25. Derecho de adquisición preferente”.

⁹⁸⁰ Art. 25. 2 y 3 de la LAU.

⁹⁸¹ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “Artículo 25. Derecho de adquisición preferente”.

⁹⁸²De conformidad con el Art. 1518 del CC, este derecho se ejercita mediante el reembolso al comprador del precio real de la venta pagado por él (con independencia del precio que aparezca en la escritura), y de todos los gastos realizados para su compra, incluyendo: 1º “Los gastos del contrato, y cualquier otro pago legítimo hecho por la venta”. Y, 2º “Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida”. La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 14 de enero de 2015, ha fijado como doctrina jurisprudencial que el fenómeno adquisitivo que se deriva del ejercicio de adquisición preferente del arrendatario de vivienda se produce cuando se realiza el pertinente pago a través de la consignación, según lo previsto en los Art. 1518 y 1521 del CC.

realización. Por ello, coincidimos con Rodríguez Morata, F. (2013, p.841) que “*la ley no exige una forma especial para la práctica de la notificación, limitándose a decir que se haga en forma fehaciente*”, es decir, que “*haga fe por sí misma, sin necesidad de ninguna otra que le complemente*”.⁹⁸³ Así, aun cuando los medios formales puedan ser múltiples, los más usuales son el requerimiento notarial, el acto conciliatorio, el telegrama postal o el burofax.⁹⁸⁴

En cuanto al tiempo de realización de la notificación, coincidimos con el autor anterior (2013, p. 841) no se recoge en la Ley un plazo para poder realizarla, por lo que se entiende que “*podrá ser hecha en cualquier momento*”, teniendo en cuenta que una vez hecha el plazo de 30 días naturales para el ejercicio del tanteo comienza a correr desde el día siguiente a la realización de la misma.⁹⁸⁵ Desde luego, “*mientras no haya sido realizada la notificación, el arrendatario no pierde su derecho de tanteo, y ello aun cuando pueda tener conocimiento pleno de la compraventa*”.⁹⁸⁶ Hecha la notificación, sus efectos “*caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma*”.⁹⁸⁷ De conformidad con Rodríguez Morata, F. (2013, p.843) esto quiere decir que si el arrendatario no ejercita su derecho y el propietario, arrendador de la vivienda, deja transcurrir el plazo de ciento ochenta días “*sin haber consumado la venta a un tercero*”, si, “*posteriormente pretende llevar a cabo la enajenación de la vivienda arrendada, deberá de nuevo realizar la notificación*” prevenida en el Art. 25.2, a los efectos de que el arrendatario pueda ejercitar el tanteo.⁹⁸⁸

Según, este último autor (2013, p.843) como la notificación prevista en el Art 25.2 LAU comporta una “*verdadera oferta de contrato que vincula a quien la hizo*”, en el caso de que el arrendatario decida aceptarla para que este último se perfeccione es preciso que simultáneamente consigne el precio “*aun cuando la LAU no lo diga expresamente*”.⁹⁸⁹

En relación al derecho de retracto, la consumación del contrato con un tercero que se convierte en el nuevo propietario de la vivienda abre la vía para que el arrendatario pueda ejercitar este derecho.⁹⁹⁰ Según, Rodríguez Morata, F. (2013, p.844),

⁹⁸³ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 25. Derecho de adquisición preferente".

⁹⁸⁴ No obstante, la jurisprudencia ha manifestado que la notificación es un “*supletorio de conocimiento*” de la venta por el arrendatario, que no necesita entrar en juego cuando con independencia de ella este último ha tenido conocimiento real y perfecto de la venta sus condiciones esenciales. Por ejemplo, la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 8 noviembre de 2010, declaró la caducidad de la acción por el transcurso del plazo legal para su ejercicio, contado desde que el arrendatario conoció la transmisión y sus condiciones esenciales a través de la prórroga del arrendatario.

⁹⁸⁵ Compartimos con Rodríguez Morata, F. (2013, p.840) que la notificación prevista en el Art. 25.2 LAU tiene la naturaleza de una “*oferta legal de contrato de venta*”, y, como tal, “*vincula a quien la hace, quedando obligado a mantenerla, por la obligatoriedad derivada de la doctrina de los actos propios*”. De ello, se deduce que durante los 30 días siguientes a la notificación “*el arrendador no podrá revocar la oferta sin consentimiento expreso del arrendatario*”. De forma que no puede desistir el arrendador porque abandonen la compra los posibles adquirentes de la vivienda. Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 25. Derecho de adquisición preferente".

⁹⁸⁶ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 25. Derecho de adquisición preferente".

⁹⁸⁷ Art. 25.2 de la LAU.

⁹⁸⁸ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 25. Derecho de adquisición preferente".

⁹⁸⁹ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 25. Derecho de adquisición preferente".

⁹⁹⁰ De conformidad con el Art. 25. 6, si, además de la vivienda arrendada, también se venden conjuntamente otros accesorios alquilados (como por ejemplo, garaje, trastero y otras dependencias) por el mismo arrendador, “*no podrá el arrendatario ejercitar los derechos de adquisición preferente sólo sobre la vivienda*”.

"es éste el requisito esencial que diferencia los dos momentos sucesivos del derecho de adquisición preferente: el tanteo (contrato perfecto, pero no consumado) y el retracto (contrato perfecto y consumado)."⁹⁹¹ La consumación no la determina la inscripción de tal acto en el Registro de la Propiedad, sino la tradición real o simbólica de la vivienda vendida y cuando la venta se realiza mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta, equivaldría a la entrega.

Según el anterior autor, (2013, p.844), *"Los mismos requisitos exigidos a la enajenación meramente proyectada en el tanteo, son ahora requeridos para el ejercicio del derecho de retracto"*. Pero además, es necesario que concurran algunas de las circunstancias previstas en el ap. 3 del Art 25 que establece que en el caso a que se refiere el apartado anterior, el arrendatario podrá ejercitar el derecho de retracto, con sujeción a los requisitos dispuestos en el Art. 1518 del CC *"cuando no se le hubiese hecho la notificación prevenida"* en el Art. 25.2 LAU o hecha la notificación *"se hubiese omitido en ella cualquiera de los requisitos exigidos"*, por ejemplo cuando la notificación no es fehaciente o no se incluya en ella el precio u otras condiciones esenciales *"así como cuando resultase inferior el precio efectivo de la compraventa"*, o cuando resulten *"menos onerosas sus restantes condiciones esenciales"*. A diferencia del tanteo, *"la notificación prevenida para el retracto deberá ser realizada por el adquirente, quien, en todo caso, deberá comunicar al arrendatario la consumación de la venta y las condiciones esenciales en que se efectuó"*.⁹⁹² Para ello, el Art. 25.3, requiere que acompañe a la notificación *"copia de la escritura o documento en que fuere formalizada"*.⁹⁹³ Esta notificación,⁹⁹⁴ se debe hacer lo antes posible al estar el derecho del adquirente a inscribir la escritura pública de compraventa de la vivienda en el registro de la propiedad, condicionado a la presentación de un justificante de la notificación realizada al arrendatario, conforme exige el Art.25.5 de la LAU.⁹⁹⁵

Los apartados 7 y 8 del Art 25 establecen dos excepciones al derecho de tanteo y retracto del arrendatario, en virtud de las cuales, no tendrán aplicación éstos derechos, la primera es si el propietario de la vivienda arrendada la vende conjuntamente con todos los pisos que son de su propiedad en un mismo edificio, o si la vende conjuntamente con el resto de los propietarios de los pisos del edificio a un mismo comprador. Es decir, cuando todos los propietarios de un mismo edificio vendan, en una única operación, a una misma persona.⁹⁹⁶ Y la segunda, si las partes pactan una renuncia del arrendatario a su derecho de adquisición preferente.

⁹⁹¹ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 25. Derecho de adquisición preferente".

⁹⁹² Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 25. Derecho de adquisición preferente".

⁹⁹³ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). "Artículo 25. Derecho de adquisición preferente".

⁹⁹⁴ El Art. 25.3 dispone que *"El derecho de retracto caducará a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada"*.

⁹⁹⁵ El ap. 5 del Art 25 establece que *"Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos"*, es decir hay que justificar que se han realizado las notificaciones al arrendatario.

⁹⁹⁶ Esta norma no se aplica, según el Art. 25. 7 de la LAU, si en el inmueble sólo existe una vivienda; en este caso, el arrendatario sí tendrá los derechos de tanteo y retracto. Si la vivienda arrendada, forma una sola unidad registral, independiente del resto del inmueble, el arrendatario siempre podrá ejercitar este derecho de adquisición preferente.

Compartimos con Rodríguez Morata, F. (2013, p.854) que “la principal novedad” introducida por la Ley 4/2013 en el régimen previsto en el Art. 25 para estos derechos de adquisición preferente “se halla en la admisibilidad de los pactos de renuncia”⁹⁹⁷ a los mismos por parte de los arrendatarios de vivienda que hayan suscrito sus contratos a partir del 6 de junio de 2013.⁹⁹⁸ Ahora bien, nada impide que, en los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de ésta Ley puedan de común acuerdo las partes adaptar o modificar el régimen aplicable, y establecer el pacto de renuncia del arrendatario a los derechos de tanteo y retracto, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo de la D. T. 1ª de la Ley 4/2013.

Antes de la reforma, el ap. 8 del Art. 25 establecía que la renuncia al derecho de tanteo y retracto solo procedía cuando la duración del contrato fuera superior a cinco años. Hoy en día, según Padilla Ruiz, P. (2013, p.6), “En consonancia con la regla de libertad de pactos se ha eliminado la prohibición de renunciar al tanteo y retracto en contratos inferiores a cinco años”, con lo que a partir del 6 de junio de 2013 se podrá acordar la renuncia para contratos de cualquier duración.⁹⁹⁹ En la misma línea, para Avilés García, J. (2014, p. 237) “junto con la actualización de la renta, ésta es la segunda materia de la reforma en la que abiertamente se hace prevalecer la autonomía de la voluntad en perjuicio del arrendatario, al desprenderse parcialmente de la imperatividad precedente”.¹⁰⁰⁰

En mi opinión, afortunadamente el precepto indica que “En los casos en los que se haya pactado dicha renuncia, el arrendador deberá comunicar al arrendatario su intención de vender la vivienda con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa”.¹⁰⁰¹ El incumplimiento de la obligación de comunicarlo por parte del arrendador tendrá un alcance distinto según el contrato de arrendamiento esté o no inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la compraventa. Compartimos con Rodríguez Morata, F. (2013, pp.855-856), que en el primer caso “los perjuicios que se desprenden de esta situación recaen fundamentalmente sobre el nuevo dueño”, por cuanto se subroga en los derechos y obligaciones del arrendador y “ningún perjuicio o perturbación se causara al arrendatario en el uso pacífico” de la vivienda arrendada.¹⁰⁰² En cambio, “tratándose de arrendamientos no inscritos en el Registro de la Propiedad”, el incumplimiento por el arrendador de la comunicación de la venta proyectada “provocará que el arrendatario pueda sufrir graves perjuicios si tiene conocimiento de la venta cuando

⁹⁹⁷ El ap. 8 del Art. 25 dispone que “No obstante lo establecido en los apartados anteriores, las partes podrán pactar la renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente”.

⁹⁹⁸ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “Artículo 25. Derecho de adquisición preferente”.

⁹⁹⁹ Cfr. Padilla Ruiz, P. (2013). “Comentarios a la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas”.

¹⁰⁰⁰ Cfr. Avilés García, J. (2014). “Arrendamiento de viviendas, libertad de pactos y nuevo reequilibrio contractual tras la reforma legal de 2013.”

¹⁰⁰¹ La inclusión en el precepto de ésta obligación del arrendador trae su causa en la enmienda presentada por el Grupo Popular en el congreso, núm. 113, justificándolo en que “al regular la posibilidad de que se pacte la renuncia al derecho de adquisición preferente y, como consecuencia no existir la obligación por parte del arrendador de comunicar la venta al inquilino prevista en los derechos de tanteo y retracto regulados en el artículo 25, nos podríamos encontrar en la situación de que el arrendatario se enterase de la venta cuando esta ya se hubiese producido, sin tener un plazo mínimo para buscar una nueva vivienda o realizar las gestiones que estime oportunas. Esta situación sería especialmente grave para el inquilino si el contrato de arrendamiento no está inscrito en el Registro y, por tanto, el comprador de la vivienda decide no respetarlo”. www.congreso.es/public_oficiales.

¹⁰⁰² Art. 14. 1 de la LAU.

ésta ya se ha consumado”, pues teniendo el nuevo propietario derecho a ocupar la vivienda el arrendatario tendrá que desalojarla, y buscar una nueva “*sin tener un plazo mínimo razonable para realizar las gestiones que estime oportunas*”, por lo que el incumplimiento del arrendador causará “*una grave perturbación en el uso de la vivienda por el arrendatario*”.¹⁰⁰³ En este caso, el arrendatario podrá promover frente a aquél, “*la acción resolutoria prevista en el artículo 27.2, letra b), de la LAU, con indemnización de los daños y perjuicios causados conforme a lo dispuesto en el artículo 1124 del Código civil (cfr., art. 27.1 LAU)*”.¹⁰⁰⁴

Para Blanco Carrasco, M. (2014, p.183) como “*El derecho de tanteo y retracto*” es “*un gravamen significativo*” cuando la vivienda se pone a la venta, “*en la medida en que desincentiva las ofertas por parte de potenciales compradores que saben que dicha oferta puede ser igualada por un tercero, en este caso, el arrendatario*”. Al permitirse la renuncia de dicho derecho, la Ley trata de despejar uno de los obstáculos que había sido alegado por los propietarios de viviendas para no ofrecerlas en arrendamiento.¹⁰⁰⁵

Comparte la anterior autora (2014, p.183) con Rodríguez Morata, F. (2013, p.815), que hubiera sido deseable que los derechos de adquisición preferente “*se hubieran desterrado de la LAU*”,¹⁰⁰⁶ pues a su entender sólo tienen sentido, en el caso de que los contratos de arrendamiento fueran de larga duración, y al no ser el caso, cuando el estado no tenga verdadero interés en ejercer una política de viviendas públicas, pero en ningún caso para los anteriores el retracto es un instrumento válido para solucionar el problema de acceso a una vivienda digna.¹⁰⁰⁷

5. Suspensión, resolución y extinción del contrato

El Art. 26 de la LAU regula la suspensión del contrato en los casos en los que el arrendador realice en la vivienda arrendada “*obras de conservación*” que no pueden razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento, o realice “*obras acordadas por autoridad competente*” que hagan “*inhabitable*” la vivienda durante su ejecución. En estos casos, el precepto concede al arrendatario (no al arrendador) “*la opción*” de elegir entre obtener la suspensión del contrato o desistir del mismo,¹⁰⁰⁸ “*sin indemnización alguna*”.¹⁰⁰⁹ Por tanto, como indica Ragel Sánchez, L.F (2013, p.867), el

¹⁰⁰³ No obstante, para Parra Lucan, M. (2014, p.166) en caso de incumplimiento del arrendador el arrendatario “*tendrá derecho a permanecer en la vivienda un mes desde que tuviera conocimiento de la venta*” Cfr. Parra Lucan, M. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*.

¹⁰⁰⁴ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “Artículo 25. Derecho de adquisición preferente”.

¹⁰⁰⁵ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*. Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “Artículo 25. Derecho de adquisición preferente”.

¹⁰⁰⁶ Cfr. Rodríguez Morata, F. (2013). “Artículo 25. Derecho de adquisición preferente”.

¹⁰⁰⁷ En la misma línea, Pérez Conesa, C. (2013, p.102), aboga por que hubiera sido mejor excluir los derechos de adquisición preferente. Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

¹⁰⁰⁸ Si se opta por desistir del contrato, el contrato termina por voluntad del inquilino, con independencia del tiempo que quedara por cumplir. Ninguna de las partes tendría derecho a exigir indemnización alguna por la terminación anticipada del arrendamiento. Cualquier cláusula que establezca la obligación de pagar las rentas correspondientes a los meses que quedaran de contrato sería nula.

¹⁰⁰⁹ Serán de cuenta del Arrendatario, los gastos que le ocasione el desalojo, traslado y ocupación de otra vivienda, salvo pacto en contra.

precepto hace “*prevalecer la intención del arrendatario sobre la voluntad de aquél*”, de manera que manifiesta la “*finalidad protectora del arrendatario de vivienda*”.¹⁰¹⁰ Al ser esta opción un derecho reconocido por la ley al arrendatario, para su ejercicio no es necesario que se recoja en el contrato, siendo nulas y teniéndose por no puestas las estipulaciones del contrato que modifiquen este derecho en perjuicio del arrendatario. Por ejemplo, serían inaplicables las estipulaciones que obliguen al arrendatario a soportar las obras que ordene la autoridad aunque hagan inhabitable la vivienda, o que lo obliguen a pagar en todo caso, si abandona la vivienda, las rentas correspondientes a los meses que quedaban hasta la finalización del contrato.

Para que el arrendatario pueda optar por la suspensión del contrato, compartimos con Ragel Sánchez, L.F (2013, p.863), deben cumplirse los siguientes requisitos: a) Que la obra “*impida la habitabilidad*” de la vivienda arrendada,¹⁰¹¹ en su totalidad, o al menos en su parte esencial.¹⁰¹² Esta circunstancia obligará al desalojo de la misma.¹⁰¹³ b) Que la imposibilidad de habitar la vivienda sea temporal, lo que dará lugar a la llamada “*imposibilidad transitoria de cumplir el contrato*”, que se producirá “*cuando el arrendatario tenga posibilidad de volver a utilizar la vivienda, una vez que hayan finalizado las obras, cuya ejecución es inminente*”.¹⁰¹⁴ c) Que la necesidad o conveniencia de emprender las obras sea “*fortuita*”, no provenga de causa imputable a una de las partes contratantes. d) Que las obras a realizar consistan en: 1º) Obras de “*conservación*”. 2º) O bien, obras “*acordadas por la autoridad competente*”¹⁰¹⁵ cuando su resolución sea firme y directamente ejecutable. e) El arrendador deberá notificar al inquilino la necesidad de llevarlas a cabo, facilitándole todos los datos y duración de las mismas. f) Y, el arrendatario deberá comunicar al arrendador su decisión.¹⁰¹⁶ Sería recomendable que se hiciera por escrito y por un medio que permita dejar constancia de la misma (de su fecha y contenido), como el Burofax certificado, con acuse de recibo.

¹⁰¹⁰Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 26.Habitabilidad de la vivienda", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 861-875.

¹⁰¹¹ El Art. 3 de la LOE, establece los requisitos que toda vivienda debe tener satisfacer. Como higiene, salud y protección del medio ambiente.

¹⁰¹² Si las obras ordenadas por la autoridad no hacen inhabitable la vivienda sino que son simplemente molestas o privan al inquilino tan solo de una parte de la vivienda, será aplicable el Art. 21 de la LAU referido a las obras de conservación.

¹⁰¹³ Ejemplos de estas obras serían de conformidad con Ragel Sánchez, L.F (2013), el derribo de la vivienda arrendado para reconstruirla, las obras que la autoridad competente ordenase el desalojo por motivos de seguridad, las extremadamente molestas o por afectar a una parte tan considerable de la vivienda que hagan imposible mantener un uso digno y adecuado en la misma. En cambio, no lo serían, las obras en las instalaciones exteriores como la piscina o zonas verdes, salvo que se pruebe que las obras son de larga duración y que estas instalaciones fueron la razón fundamental por las que se arrendo la vivienda, en este caso se podrá optar entre desistir del contrato o soportar las obras con derecho a una reducción proporcional de la renta (Arts. 21 y 22 de la LAU, y, 1124, 1556 y 1558 del CC), pero no sería de aplicación el Art. 27. Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 26.Habitabilidad de la vivienda".

¹⁰¹⁴ Cuando la imposibilidad de habitabilidad sea definitiva estaríamos más bien ante un caso de extinción del contrato (Arts. 21.1. II y 28 de la LAU).

¹⁰¹⁵ La autoridad pública competente puede ser la Administración responsable de la inspección técnica de los edificios, competencia asumida por la mayoría de las Comunidades Autónomas, o la Autoridad judicial, cuando ordene la ejecución de obras, a consecuencia de un procedimiento instado con ese fin por una de las partes contratantes.

¹⁰¹⁶Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 26.Habitabilidad de la vivienda".

El Art. 26 de la LAU establece los efectos de la suspensión del contrato, al indicar que ello "*supondrá, hasta la finalización de las obras, la paralización del plazo del contrato y la suspensión de la obligación de pago de la renta*". En mi opinión, podemos afirmar que durante el tiempo que duren las obras, el contrato sigue vigente pero sin efecto, es decir, queda interrumpido, por tanto el arrendatario no tendrá derecho a ocupar la vivienda, ni la obligación de pagar la renta ni ningún otro concepto asimilado. Pero al finalizar las obras, se reanudan los derechos y obligaciones del arrendatario y el plazo del contrato.

Compartimos con Ragel Sánchez, L. F. (2013), que durante el período de suspensión cabe ejercitar el derecho a continuar en el uso de la vivienda arrendada por parte del cónyuge del primitivo arrendatario, en caso de nulidad matrimonial, separación judicial o divorcio –sin perjuicio de la posibilidad de pasar a ser titular del contrato en caso de que se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento– (Art. 15.1 de la LAU, tras la reforma operada por Ley 4/2013, de 4 de junio), el derecho de subrogación por muerte del arrendatario (Art. 16 de la LAU) y el derecho de adquisición preferente (Art. 25 de la LAU). Asimismo, estamos de acuerdo con el anterior autor que el arrendatario que optó por la suspensión del contrato puede continuar utilizando elementos accesorios, como la plaza de garaje o el trastero que no queden afectados por las obras adaptando el pago de la renta al uso de éstos,¹⁰¹⁷ solución que ofrecen los Arts. 21.2. II y 22.3 de la LAU.

Asimismo, coincidimos con Ragel Sánchez, L. F. (2013, p. 869) que aun cuando el Art. 26 establece que la suspensión del contrato supondrá la paralización del plazo y la suspensión del pago de la renta hasta la "*finalización de las obras*", es evidente que el momento en que cesará la suspensión del contrato, será el de la "*efectiva restitución de la vivienda*". Pues, como indica el anterior autor, existen casos en que el arrendador "*retiene en su poder la finca o no culmina las obras de propósito, con la aviesa finalidad de que el arrendatario desista del contrato*". En todos estos supuestos, se producirán verdaderos incumplimientos de las obligaciones del arrendador, que facultarán al arrendatario para exigir el cumplimiento de las obras y la entrega de la vivienda, o para resolver el contrato al amparo del Art. 27. 1 y 3, de la LAU, acumulando en uno y otro caso la acción de indemnización de daños y perjuicios. También, puede ocurrir que las obras sufran un "*retraso importante por causa no imputable al arrendador*". En estos supuestos, el arrendatario que haya optado en un principio por la suspensión puede optar por el desistimiento del contrato.¹⁰¹⁸

El Art. 27 lleva por título el "*Incumplimiento de obligaciones*" y en su ap.1 establece que el incumplimiento "*por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato*" dará derecho a la parte que hubiere cumplido las suyas a elegir entre "*exigir el cumplimiento*" forzoso de la obligación, o a "*promover la resolución del contrato*" de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 1124 del CC. Y en ambos casos, "*con el resarcimiento de daños y abono de intereses*".¹⁰¹⁹ En cambio, las causas previstas en los apartados 2 y 3 de incumplimiento del arrendatario o del arrendador, no dan derecho a la parte que hubiera cumplido sus obligaciones a elegir entre aquellas dos

¹⁰¹⁷ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 26. Habitabilidad de la vivienda".

¹⁰¹⁸ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 26. Habitabilidad de la vivienda".

¹⁰¹⁹ El Art. 27.1 de la LAU consagra la doctrina jurisprudencial por la que se impide hacer el Art. 1124 del CC al contratante que no ha cumplido sus obligaciones (*exceptio non adimpleti contractus*).

opciones (cumplimiento o la resolución) porque en estos apartados se establecen unos catálogos de causas específicas que facultan al arrendador o al arrendatario para poder resolver de pleno derecho el contrato.

Por lo que respecta al ap. 1 del Art. 27, consideramos de conformidad con Ragel Sánchez, L.F (2013, p.879), que la LAU de 1994 supuso un “*un giro trascendental*”¹⁰²⁰ en esta materia respecto de la LAU de 1964, ya que en esta última (para proteger al arrendatario) el arrendador solo podía resolver el contrato por incumplimiento de aquel por alguna de las causas enumeradas en el Art. 114, de manera que el arrendatario, tenía la confianza de que el incumplimiento de cualquier obligación contenida en alguna cláusula del contrato no podía dar lugar a la resolución si no era uno de los supuestos previstos en aquel.

En cambio, en los contratos celebrados a partir del 1 enero 1995, el arrendador que haya cumplido sus obligaciones puede instar la resolución en caso de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario, aunque no se trate de algunos de los supuestos previstos en el ap.2 del Art. 27 LAU, por la vía del ap.1 de este precepto. No obstante, coincidimos con Ragel Sánchez, L.F (2013, p.884), que “*no todo incumplimiento contractual puede reputarse como causa de resolución*” a los efectos del Art. 27.1, para que así sea “*deben concurrir todos los requisitos que exige el ejercicio de la acción resolutoria*” prevista en el Art. 1124 del CC.¹⁰²¹ Puede entenderse, por tanto, de conformidad con el anterior (2013, p.880), que el incumplimiento de una obligación distinta de las establecidas en la LAU, que haya sido pactada en el contrato, o que este regulada en el CC, dará lugar a la resolución del contrato a través del Art. 27. 1, siempre que se trate de una obligación esencial.¹⁰²²

El catálogo de causas de resolución previsto en los ap. 2 y 3 del Art. 27, según Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.886), tienen como finalidad dejar perfectamente claros y determinados los supuestos de hecho que el legislador ha considerado suficientemente relevantes como para poder provocar la resolución contractual siempre que así lo pretenda el arrendador o el arrendatario. De modo que “*ya no será necesario entrar a examinar si ese concreto comportamiento es o no incumplimiento de una obligación principal*”, como sucedería si estuviéramos en el supuesto del Art. 1124 del CC.¹⁰²³ En este sentido, podemos afirmar que los ap. 2 y 3 del Art. 27 al evitar la discusión acerca de la gravedad o no del incumplimiento, son una excepción a la regla general del Art 1124 del CC, y como tal deben interpretarse restrictivamente sin admitir supuestos análogos a las causas explícitamente recogidas en ellos.

El ap. 2, del Art. 27 establece que “*Además*”,¹⁰²⁴ el arrendador “*podrá resolver de pleno derecho el contrato por las siguientes causas*”. La primera causa específica de

¹⁰²⁰ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰²¹ A juicio de Ragel Sánchez, L.F (2013, p.880), “*la remisión a la teoría general de la resolución por incumplimiento del artículo 1124 del CC supone que es necesario que la obligación incumplida sea considerada principal*”, es decir, “*que no sea una obligación accesoria o complementaria*”. El juzgador será quien decidirá “*si la obligación incumplida es lo suficientemente relevante*” como para provocar la resolución, todo ello, “*con independencia de que la obligación esté contenida en la LAU, en el contrato, o en el CC*”. Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰²² Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰²³ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰²⁴ La utilización del adverbio “*además*” viene a indicar, según Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.886), que “*los supuestos mencionados son causas de resolución, aunque no lo fueran si se aplicase estricta y*

resolución mencionada es: "a) La falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario".

Siguiendo a Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.889), podemos decir que "la obligación de pago de la renta es esencial en el contrato y su incumplimiento siempre será relevante". No cabe excusa alguna para incumplirla, "ni siquiera el previo incumplimiento del arrendador". Si el arrendatario quiere lograr el cumplimiento del arrendador, primero tendrá que pagar, y después reclamar el cumplimiento del arrendador, si no cabría oponerle la exceptio non adimpleti contractus.¹⁰²⁵

En definitiva, nunca es legítimo que el arrendatario deje de pagar la renta aun cuando exista algún incumplimiento previo por parte del arrendador. En el caso de que el arrendador con el objeto de impedir que el arrendatario pueda pagarle la renta, cancele la cuenta bancaria en la que venía abonándose y se niegue a recibirla, se aconseja consignarla en el Juzgado, para de este modo impedir que aquel interponga un desahucio por falta de pago.

La Ley no señala el número de mensualidades que se el arrendatario tiene que dejar de pagar para que el arrendador pueda resolver el contrato puesto que ésta es una cuestión que queda a la voluntad de las partes. En mi opinión, si no existe pacto al respecto se podría aplicar el Art. 27.2 a) y bastaría una sola mensualidad. Sin embargo, la interpretación restrictiva del precepto, nos lleva a considerar que se podría aplicar también el ap. 1 del Art. 27. De igual modo, esa interpretación nos lleva a sostener que no se aplicaría la resolución contractual prevista en el ap. 2 del Art. 27, y sí que podría dar lugar en su caso, a la resolución por la vía del ap. 1 de este precepto, el frecuente incumplimiento de los elementos circunstanciales del pago, o el habitual retraso o pago fuera del tiempo pactado.¹⁰²⁶

rigurosamente los requisitos del Art 1124". Por ejemplo, para el anterior autor "los gastos de comunidad del edificio, por importe de 42 euros mensuales), que difícilmente podría ser considerado como un incumplimiento relevante a los efectos de facultar al arrendador para el ejercicio de la acción resolutoria ex artículo 1124 del CC, es una causa clara de resolución por la vía del artículo 27.2 de la LAU, en los casos en que ya no quepa enervar la acción de desahucio por haber transcurrido el momento oportuno, por haber utilizado anteriormente ese beneficio o cuando el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario, por cualquier medio fehaciente, con al menos un mes de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de la presentación (art. 22.4.II de la LECiv". Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013) "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰²⁵Por el contrario, según Ragel Sánchez, L. F. (2013, p. 889) "cuando el arrendatario pide que se declare la resolución del contrato por causa imputable al arrendador, su falta de pago no impedirá que el juez pueda considerar que hubiera cabido la resolución (de no ser porque se había producido con anterioridad), en este caso por causas imputables a ambas partes, actuando la compensación de culpas que, en caso de ser de mayor grado por parte del arrendador, permitirá declarar la obligación de indemnizar a su cargo". Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰²⁶En este sentido, las SSTs Sala de lo Civil (Sec. 1ª) de 4 marzo 2015 y 9 septiembre 2011 fijan como doctrina jurisprudencial, "que el pago de la renta realizado fuera del tiempo pactado es causa de resolución contractual, y ello aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad, como sucede en el presente caso, si bien no procede decretar el desahucio pretendido dado que el demandado enervo la acción al haber hecho efectivo el importe de la renta con posterioridad al indicado plazo pero antes de la celebración de la vista". Las SSTs Sala de lo Civil (Sec.1ª) 27 marzo 2014 y 19 diciembre de 2008, en un supuesto en que el inquilino había enervado anteriormente la acción de desahucio por falta de pago, declaró como doctrina jurisprudencial que "el pago total de la renta del arrendamiento de una vivienda, fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio, no excluye la posibilidad de la resolución arrendaticia, y ello aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad de renta, sin que el arrendador venga obligado a que el arrendatario se retrase de ordinario en el abono de las rentas periódicas" .

La letra a) del Art. 27. 2 establece que será causa de resolución de pleno derecho no solo la “*falta de pago de la renta*” sino también la falta de pago “*de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario*”. De manera, que según Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.897), el incumplimiento engloba a “*todas las posibles obligaciones pecuniarias que, aunque no tengan técnicamente el concepto de renta, para el arrendatario forman parte de su prestación o, dicho de otro modo, del coste por la utilización del bien arrendado*”.¹⁰²⁷

Por ejemplo, ha sido causa de resolución del contrato el impago por el arrendatario del IBI en contratos celebrados con anterioridad al 9 mayo 1985, por falta de pago de cantidades asimiladas a la renta, las SSTs Sala de lo Civil (Sec. 1ª) de 22 abril 2013, 11 julio 2011 y 12 enero 2007, en concreto esta última, ya unifico la doctrina jurisprudencial dictada por la Sala 1ª del TS, declarando que el impago, por el arrendatario del IBI en arrendamientos de vivienda vigentes en el momento de la entrada en vigor de la LAU de 1994, ha de considerarse como causa de resolución comprendida en el Art. 114.1ª del TR de la LAU de 1964.¹⁰²⁸ En los contratos celebrados con posterioridad a 1985, lo será cuando se hubiera pactado expresamente en el contrato, que el arrendador (sujeto pasivo del impuesto), lo repercute en el arrendatario que asume su pago (Art. 20.1 de la LAU). No obstante, es criterio reiterado la exigencia de un requerimiento de pago previo a la interposición de la demanda, con la finalidad de notificar de forma fehaciente el importe del mismo, aportando fotocopia del recibo abonado, y en su caso, del porcentaje que corresponde al arrendatario.¹⁰²⁹

La tasa de basura impagada por el arrendatario, ha sido causa de resolución de los contratos celebrados con anterioridad al 9 mayo 1985, por falta de pago de cantidades asimiladas a la renta.¹⁰³⁰ Y, en los contratos celebrados con posterioridad a

¹⁰²⁷ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰²⁸ Para estos contratos, la STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 22 abril 2013 indica que “*no es exigible para que nazca la obligación del arrendatario que el arrendador efectúe una manifestación de voluntad de repercutir el IBI, pues existe la obligación del arrendatario en la medida en que la Ley impone el pago de las cantidades asimiladas a la renta. Basta con que el arrendador reclame el IBI al arrendatario, quien tendrá la obligación de asumir su pago salvo que haya operado la prescripción y esta sea alegada.*”

¹⁰²⁹ La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 18 abril de 2013. Para la reclamación del IBI será preciso que se reclame fehacientemente con anterioridad a la presentación de la demanda de desahucio, si lo que se pretende es la resolución del contrato por falta de pago, confiriéndole un término de treinta días al arrendatario para que se oponga o acepte, tras lo cual podrá instarse la resolución, debiendo acompañarse a la reclamación copia del recibo del IBI, para que el arrendatario conozca la causa de la reclamación. La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) de 22 abril de 2015, establece que la falta de justificación de la renta y cantidades asimiladas por el arrendador comporta la no obligación de pago por el arrendatario y no procederá el desahucio.

¹⁰³⁰ La STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) 30 diciembre de 2015, estima que cuando la causa 1ª del Art. 114 LAU/1964 hace referencia a cantidades asimiladas a la renta alude a aquellos cuyo pago ha de asumir el arrendatario por mandato legal, empleando una fórmula abierta que ha de ser completada con las que en cada momento establezca la legislación aplicable. Siendo ello así, si bajo la vigencia de la LAU/1964 no existía la tasa de recogidas de basura y, por tanto, no había lugar a plantearse si debía entenderse su importe como cantidad asimilada a la renta, desde la entrada en vigor de la LAU de 1994 con relación a arrendamientos urbanos anteriores, una vez impuesta la tan citada tasa, debe estimarse que dicha nueva obligación incumbe al arrendatario por ser su importe cantidad asimilada a la renta y su falta de pago faculta al arrendador a instar la resolución del contrato. Además el TS, considera que la causa resolutoria del art. 114.1ª LAU/1964 debe comprender actualmente tanto el impago por el arrendatario del IBI como el coste de los servicios y suministros. La jurisprudencia ha definido el concepto jurídico indeterminado de la “*cantidad asimilada a renta*” como aquella cantidad consistente en una obligación dineraria

1985. Coincidimos con Pérez Conesa, C. (2016, p.110) que salvo que se entienda en la expresión del art. 27.2ª a) de la LAU de 1994 que la cantidad en concepto de tasa de recogida de basura es “*cualquiera de las cantidades cuyo pago... corresponda al arrendatario*”, nos parece que “*deberá asumirla el arrendatario en el contrato, dando lugar entonces su incumplimiento a la resolución del mismo*”.¹⁰³¹

Por cantidades asumidas, Ragel Sánchez, L. F. (2013, p. 898), entiende todas aquellas obligaciones que, “*por pacto expreso*”, se ha comprometido a satisfacer el arrendatario. En otras palabras, se trata de “*obligaciones del arrendatario de origen voluntario, fruto de su consentimiento*”. Según éste autor, el legislador no ha querido referirse únicamente a la asunción de deuda, sino “*a todo compromiso de pago*” del arrendatario, estuviera o no obligado previamente.¹⁰³² Por ejemplo, los gastos de comunidad del edificio en régimen de propiedad horizontal al que pertenece la vivienda arrendada (Art. 20.1 de la LAU), el IBI, y los tributos municipales relacionados con la vivienda arrendada.

En cambio, para el anterior autor (2013, p. 899), Las cantidades cuyo pago “*corresponda*” al arrendatario, son obligaciones del arrendatario de “*origen legal*”. Entre las que incluye, los gastos por servicios que se individualicen mediante aparatos contadores (art. 20.3 de la LAU) o las pequeñas reparaciones (Art. 21.4).¹⁰³³

En mi opinión, la interpretación restrictiva del Art. 27.2 nos lleva a considerar que a priori la falta de pago de los gastos del Art 20.3, o de las reparaciones del Art. 21.4 de la LAU no son causa de resolución del contrato, en virtud del Art. 27.2 de la LAU. En el caso del suministro del servicio para el que existe un contador individual si el mismo está a nombre del arrendatario, su falta de pago solo dará lugar a que la empresa suministradora reclame la cantidad adeudada al arrendador en el juicio declarativo que corresponda o al corte del suministro en los casos que proceda.

De cualquier modo, compartimos con Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.899), que asimilar determinados conceptos a la renta, a efectos de que su impago sea causa desahucio por falta de pago, “*va en contra de la finalidad tuitiva del arrendatario de vivienda que tiene la LAU*”. Por ello, consideramos que los apartados 2 y 3 del Art. 27, solo deben alegarse como fundamento de una demanda, cuando el supuesto de hecho este incurso en las causas excepcionales en ellos mencionadas, que deben interpretarse restrictivamente sin admitir supuestos análogos a las causas explícitamente recogidas en ellos.

La letra b) del Art. 27. 2, establece que será causa de resolución de pleno derecho el impago de la fianza, “*o de su actualización*”. En mi opinión, no se podrá estimar esta causa de resolución del contrato, si el arrendador eximio al arrendatario en el contrato de la obligación de prestar la fianza, y después la reclama, pretendiendo que

accesoria al pago de la renta, cuyo incumplimiento despliega los mismos efectos que el impago de la renta principal.

¹⁰³¹ Cfr. Pérez Conesa, C. (2016). "El impago de la tasa de basuras es causa de resolución del contrato de arrendamiento de vivienda anterior a la LAU/1994 tras su entrada en vigor. Cantidad asimilada a la renta. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2015." *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil* núm. 3 pp.105-110.

¹⁰³² Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰³³ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

su impago sea causa de resolución del contrato. Lo contrario, implicaría ir en contra de la buena fe, y que éste pueda unilateralmente alterar en su propio beneficio el contenido de la prestación del arrendatario. Tampoco, cabría estimar la resolución del contrato cuando se alegue impago de la actualización de la fianza, si el arrendador no utilizó la facultad de incrementarla o, no pacto su actualización.

La letra c) del Art. 27.2 de la LAU se refiere al "*subarriendo y a la cesión inconsentidos*". Por ello, según Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.903), lo que determina, en la actualidad, la resolución del contrato por ésta causa es que el arrendador "*no haya consentido*" de forma expresa y por escrito la cesión del contrato arrendaticio o el subarriendo parcial,¹⁰³⁴ figuras contractuales que exigen para su validez ese consentimiento "*escrito*".¹⁰³⁵ A juicio del anterior autor "*la LAU es demasiado exigente en este punto*".¹⁰³⁶ En mi opinión, se trata con acierto de evitar los problemas de prueba que se dan en la práctica si sólo se exige el consentimiento expreso (que puede ser escrito o verbal).

Coincido con el anterior autor (2013, p.909), que no entrará dentro del supuesto de este precepto el caso de que el arrendador consienta, pese a prohibirlo el Art 8.2 el subarriendo total de la vivienda, y aunque podría considerarse como causa de resolución del Art. 27.1 de la LAU, es muy probable que el juzgador estime que la conducta del demandante es abusiva y va contra la buena fe (Arts. 6 y 7 del CC), o admita la exceptio non adimpleti contractus, al haberse demostrado que la previa conducta del arrendador incumplía también el contrato. Y, lo mismo se podría decir del consentimiento tácito del arrendador, si este último con su conducta y hechos concluyentes admite una cesión o subarriendo parcial de vivienda, y posteriormente, ejercita la acción resolutoria. Este caso, podía ser apreciado por los órganos judiciales como contrario a la buena fe.¹⁰³⁷

La letra d) del Art. 27.2 de la LAU considera causa de resolución "*La realización de daños causados dolosamente*" en la vivienda o "*de obras no consentidas por el arrendador cuando el consentimiento de éste sea necesario*". Coincidimos con Ragel Sánchez, L. F. (2013, pp.912-913), que sólo la realización de "*daños dolosos, es decir, de daños intencionados, voluntariamente teñidos de mala fe, causados en la vivienda o en sus accesorios, es causa de resolución*" por la vía del Art. 27.2 de la LAU. Y, que el causante del daño ha de ser el propio arrendatario, su cónyuge e hijos dependientes que sean ocupantes de la vivienda (Art. 7 de la LAU) y, "*como mucho, otras personas de las que deba responder el arrendatario*" ex Art. 1903 del CC, de forma que no se podría resolver cuando en la vivienda se causan daños dolosos por terceras personas autores de un delito de daños o de robo.¹⁰³⁸

En mi opinión, la realización de daños en la vivienda interviniendo culpa o negligencia no debería estimarse como causa resolutoria, ni siquiera por la vía del Art.27.1 de la LAU, ya que de estos se responde con la fianza.

¹⁰³⁴ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰³⁵ La vivienda arrendada sólo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento escrito del arrendador. (Art. 8 de la LAU).

¹⁰³⁶ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰³⁷ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰³⁸ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

El Art. 23.1 de la LAU obliga al arrendatario a contar con el consentimiento escrito del arrendador para la realización de obras que modifiquen la configuración de la vivienda o de sus accesorios. La falta de esa autorización sería causa de resolución del arrendamiento. Sin embargo, en mi opinión iría contra sus propios actos el arrendador que conoció las obras realizadas en la vivienda sin poner obstáculo alguno, si posteriormente ejercita la acción resolutoria por obras in consentidas.

Se considera que aunque el Art. 27.2. d) no lo establezca expresamente, además de la resolución de pleno derecho, procedería la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en virtud del Art. 1124 del CC.

La letra e) del artículo 27.2 de la LAU considera que concurre causa resolutoria *"cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas"*. De conformidad con Ragel Sánchez, L. F. (2013, pp. 918-926), podemos hacer varias indicaciones a este precepto. Así, aunque el precepto señala que estas actividades deben tener lugar en la vivienda, ha de entenderse también si tienen lugar en los accesorios o en los elementos comunes del inmueble en que se halla situada la vivienda. La utilización de la "o" disyuntiva quiere indicar que *"basta con que se realice una sola de las actividades mencionadas para que exista la causa de resolución"*.¹⁰³⁹ El precepto utiliza la expresión *"actividades"*, de modo que lo decisivo es que los actos sean *"continuados o al menos frecuentes, aptos para entrar en el concepto de habitualidad y persistencia, con exclusión de los aislados o esporádicos"*. Además, las actividades han de tener *"cierta trascendencia al exterior"*, en el sentido de suponer una *"amenaza para los derechos del arrendador y ser susceptibles de prueba"*. Salvo, el caso de actividades molestas, no es preciso que las demás actividades enumeradas le perjudiquen efectivamente, pero sí es imprescindible que pongan en peligro la vivienda, de manera que pueda sufrir mermas. La sola alusión a la ilicitud, supone la negación de la inmoralidad de la actividad como causa de resolución, incluyendo solo las conductas tipificadas en el Código Penal. De modo, que no cabe invocar la ilicitud de la conducta que infringe los pactos que figuran en el contrato, como causa de resolución prevista en el Art. 27.ap 2, pero sí podría estimarse en virtud del ap. 1 de este precepto.¹⁰⁴⁰

La letra f) del artículo 27.2 de la LAU, establece la última causa de resolución de pleno derecho a instancia del arrendador al indicar *"Cuando la vivienda deje de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o de quien efectivamente la viniera ocupando"*. Para Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.928), esta causa se puede invocar tanto por *"no ocupar permanentemente la vivienda"*,¹⁰⁴¹ como por no destinarla *"de forma primordial a satisfacer la necesidad de vivienda del arrendatario o de quien efectivamente la viniera ocupando"*.¹⁰⁴²

¹⁰³⁹ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁴⁰ Como señala Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.923), las actividades mencionadas en los Arts. 27.2.e) de la LAU y 7.2 de la LPH *"afectarán en raras ocasiones al arrendador, que posiblemente residirá en otro lugar, alejado de las molestias y la insalubridad derivadas de las actividades del arrendatario. Ésa es la razón por la que en la mayoría de los casos resueltos en la jurisprudencia, ha sido la Comunidad de propietarios del edificio (es decir, los vecinos que sienten y padecen los efectos de las actividades) la que ha interpuesto la acción de resolución contemplada en la LPH"*. Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013) "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁴¹ De conformidad con Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.930), *"subsiste la posibilidad de alegar con éxito unas razones que puedan servir para impedir que se resuelva el contrato"*. Siendo, *"decisivo el dato temporal de la causa que impide la desocupación"*. Cuando el ocupante tiene el ánimo de usar la

De conformidad con el autor anterior (2013, p.932) no sería causa de resolución por la vía del Art. 27.2 de la LAU “*que el arrendatario destine la finca a vivienda y, además, a un uso accesorio*”, siempre que el destino primordial sea el uso de vivienda. No obstante como primordial “*no es sinónimo de exclusivo, sino de primero o principal*”, se admiten usos subsidiarios o accesorios. El Art. 2.1 de la LAU “*es imperativo al referirse al destino primordial de vivienda, lo que permite compatibilizarlo con usos secundarios distintos*”.¹⁰⁴³

En este sentido, parece muy clara la SAP de Granada (Sec. 3ª) de 9 septiembre 2000 que consideró primordial el uso como vivienda en el arrendamiento de una finca que se utilizaba como vivienda en la primera planta y como negocio en la planta baja, criticando que la LAU no contenga una clara previsión para los supuestos en que el arrendamiento persiga diversas finalidades.

De igual modo, se pronuncia Parra Lucan, M. (2014, p.39), Ahora bien, si las partes establecieron en el contrato que “*el único y exclusivo destino de la finca será el de servir de vivienda al arrendatario o a su familia*”. El incumplimiento de este pacto permitirá al arrendador resolver el contrato, de acuerdo con el Art. 27.1 de la LAU.¹⁰⁴⁴ De conformidad con esta última autora (2014, p.40), “*La importancia de que el destino primordial sea la vivienda conlleva que cuando deje de estar destinada a tal fin sobrevenga una causa de resolución del contrato, de acuerdo con el Art. 27.2.f)*”.¹⁰⁴⁵

Por tanto, se considera que la LAU es suficientemente clara, al referirse en su Art. 2.1 al destino primordial como uso de vivienda, lo que permite compatibilizarlo con otros usos accesorios. Por el contrario, cuando el uso primordial no sea el de vivienda, se aplicarán las normas reguladoras de los arrendamientos para uso distinto de vivienda (Art. 3.1 de la LAU).

Como hemos dicho, el ap. 3 del Art. 27 recoge las causas que dan lugar a la resolución de pleno derecho del contrato a instancias del arrendatario. Por ello establece que “*del mismo modo, el arrendatario podrá resolver el contrato por las siguientes causas*” a) “*La no realización por el arrendador de las reparaciones*” a que se refiere el Art. 21, (obras de conservación), y b) “*La perturbación de hecho o de derecho que realice el arrendador en la utilización de la vivienda*”.

Con respecto a la primera causa, solo será posible cuando el arrendatario haya comunicado al arrendador la necesidad de realizar las reparaciones del Art. 21.1 de la LAU, y este incumpla su obligación de conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad. En mi opinión, si el arrendatario paga las reparaciones urgentes para evitar un daño inminente o una incomodidad grave, y tras exigir de inmediato su importe al arrendador, este se niega a reintegrarle la cantidad, lo aconsejable sería seguir

finca como vivienda, pero está hospitalizado o vive en casa de un familiar mientras convalece de una enfermedad, existirá justa causa de desocupación. Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013) "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁴² Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁴³ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁴⁴ Cfr. Parra Lucan, M. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*

¹⁰⁴⁵ Cfr. Parra Lucan, M. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*

pagando la renta y reclamar la cantidad debida al arrendador a través del juicio declarativo correspondiente o utilizar la resolución prevista en el Art. 27.1 de la LAU.

Con respecto a la segunda causa, según Ragel Sánchez, L. F. (2013, pp.936-937), procederá la resolución por esta vía cuando sea “*el arrendador u otra persona que obre por cuenta de aquél quien realice la perturbación*”, es decir, “*toda vulneración de la obligación que tiene el arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato*” (Art. 1554.3º del CC), que suponga un “*ataque real y existente*”, sin que sea suficiente “*el temor del arrendatario a que se produzca esa alteración de su situación posesoria*”. Para que se considere que determinada conducta constituye perturbación es necesario que sea “*indebida*”, es decir, que se realice “*sin amparo jurídico*”, ya que, en caso contrario, no habría comportamiento reprochable que pudiera dar lugar a la resolución.¹⁰⁴⁶

La Ley 4/2013, ha introducido un nuevo ap. 4 en el Art. 27 de la LAU que regula la resolución extrajudicial del contrato de arrendamiento de vivienda. Precepto que solo se puede aplicar a los contratos inscritos en el Registro de la Propiedad,¹⁰⁴⁷ en los que se hubiera pactado una cláusula que estipula que la falta de pago de la renta conlleva la resolución del contrato, y la inmediata restitución de la vivienda al arrendador.

Los requisitos que exige el Art 27.4 de la LAU para que se produzca la resolución extrajudicial, son de conformidad con Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.940). 1º. La existencia de una “*cláusula resolutoria por falta de pago de la renta en el contrato perfeccionado entre las partes*”.¹⁰⁴⁸ 2º. Que “*la resolución se desencadene debido a la falta de pago de la renta*”, sin que quepa extender la aplicación de este mecanismo a otras causas de incumplimiento previstas en los apartados 1 y 2 del Art 27 de la LAU. 3º. Que el requerimiento se lleve a cabo “*por el juez o el notario*” y se comunique al arrendatario en el “*domicilio designado en la inscripción*”.¹⁰⁴⁹ Coincidimos con Blanco Carrasco M (2014) en que es suficiente que se requiera por cualquier vía que deje constancia de la recepción, incluso en el domicilio que el arrendatario hubiera señalado a efectos de comunicación. Sin embargo, si además queremos cancelar la inscripción del contrato de arrendamiento en el registro, sería necesario el requerimiento a través de aquellos profesionales, de manera que el acta levantada por éstos sería título público para cancelar la inscripción,¹⁰⁵⁰ junto al “*título aportado al procedimiento registral*”¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁶ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁴⁷ El ámbito de aplicación del precepto, coincidimos con Ragel Sánchez, L. F. (2013) no puede extenderse por pacto expreso de los contratantes a los no inscritos, éstos últimos solo pueden resolverse en virtud de una sentencia por lo que en ellos dicha cláusula solo serviría para evitar la discusión acerca de la relevancia o no de un determinado incumplimiento, a efectos del Art. 27.1 de la LAU, cuando las partes han pactado de antemano que consideran relevante y esencial tal incumplimiento. Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁴⁸ Aunque como indica Ragel Sánchez, L. F. (2013). esta “*la cláusula contractual, no tiene naturaleza de verdadera condición resolutoria*”, porque el impago de la renta no desencadena automáticamente el efecto resolutorio sino que es preciso que el arrendador requiera fehaciente al arrendatario deudor, instándole al pago. Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁴⁹ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁵⁰ Cfr. Blanco Carrasco, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*. Y, en el mismo sentido, Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.943) aclara que “*La copia del acta de requerimiento es documento indispensable para la cancelación del arrendamiento en el Registro de la Propiedad. La intervención del juez o del notario dota de carácter público al documento que recoge el requerimiento*”, carácter público que es necesario para acceder al Registro de la Propiedad. “*El*

Y, 4º. Que el arrendatario “no haya contestado al requerimiento en los diez días hábiles siguientes” o “conteste aceptando la resolución” todo ello por medio “del mismo juez o notario que hizo el requerimiento”.¹⁰⁵²

Según Ragel Sánchez, L. F. (2013, pp. 943-944), el Art. 27.4 de la LAU incurre en una “grave imprecisión”, al omitir la referencia al “pago que puede realizar el arrendatario requerido”. La conclusión de considerar que el requerimiento “es un requerimiento de pago” se refuerza, teniendo en cuenta, en primer lugar, el Art. 1504 del CC; En segundo lugar, que esta resolución extrajudicial no puede colocar al arrendatario en peor situación que la que tendría en caso de ser demandado en juicio de desahucio donde podría enervar la acción; Y, en tercer lugar, que el mecanismo previsto en el Art. 27.4 de la LAU no concede al juez o al notario que intervienen en el requerimiento poder para rechazar el pago.¹⁰⁵³ En mi opinión, del tenor literal del Art. 27. 4 también se deduce que es un requerimiento de pago, de manera que se requiere, como indica el párrafo primero “instando al pago o cumplimiento”. Por ello, en el párrafo segundo se menciona al “requerido de pago”.

Para Pérez Conesa, C. (2013, p.105) el precepto “introduce confusión” porque “la facultad del arrendador de resolver de pleno derecho” ya estaba en el Art. 27.2 que “no exige que se haya pactado ni que se haya requerido al arrendatario el pago o cumplimiento”. De manera que según la anterior, la finalidad del precepto es “regular cómo debe proceder el arrendador para cancelar el asiento de inscripción del arrendamiento”. Concluyendo, que al arrendador se le soluciona el problema de la cancelación de la inscripción, pero no se le soluciona el “problema real que se le plantea cuando el arrendatario no tiene intención de desalojar la vivienda”. En este caso, la anterior autora opina (2013, p.107) que al arrendador “la recuperación de la vivienda le costará un procedimiento judicial”, teniendo que litigar para obtener la posesión inmediata de la vivienda.¹⁰⁵⁴

No obstante, se considera de conformidad con Padilla Ruiz, P. (2013) que el precepto es importante a efectos de “agilizar la resolución del contrato por impago, desgraciadamente tan frecuente en España, así como la cancelación de la inscripción registral, otorgando un soporte documental -título suficiente- para instar el lanzamiento en caso de que no se deje efectivamente la vivienda, permitiendo, al menos en teoría, un lanzamiento mucho más rápido y el acortamiento de los hasta ahora engorrosos procesos judiciales de desahucio”.¹⁰⁵⁵ Y, de conformidad con Ragel Sánchez, L. F. (2013, p. 941) que el precepto facilita al arrendador, “la recuperación de la vivienda arrendada en caso de impago de la renta”, evitando así que deba acudir

documento privado firmado por el destinatario del requerimiento a instancias del arrendador o del empleado de correos no tiene carácter público y no sirve para completar la documentación que tiene por objeto la cancelación del arrendamiento urbano en el Registro de la Propiedad”. Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁵¹ De conformidad con Pérez Conesa, C. (2013, p.106) entendemos que el título se refiere a “el contrato de arrendamiento formalizado en escritura pública” Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

¹⁰⁵² Art. 27. 4 de la LAU.

¹⁰⁵³ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁵⁴ Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

¹⁰⁵⁵ Cfr. Padilla Ruiz, P. (2013). "Comentarios a la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas".

necesariamente al procedimiento judicial de desahucio *“lo que supondrá un ahorro de tiempo y de dinero”*.¹⁰⁵⁶

En mi opinión, esta medida sí que podría fomentar que se ofrecieran más viviendas para ser arrendadas si no fuera porque solo se puede aplicar a los contratos inscritos en el Registro de la Propiedad, y los gastos que conlleva la inscripción del contrato de arrendamiento de vivienda son a cuenta del arrendatario. Por ello, se considera que se tendría que haber facilitado al arrendatario el acceso al mismo y se tendría que haber eliminado o rebajado su coste. Sin perjuicio, de que hasta tanto, llegue ese ansiado momento, se aconseje al arrendatario pactar con el arrendador que los gastos que genere inscribir el contrato en el Registro de la Propiedad se abonen por mitad.

El Art. 27. 4, párrafo segundo se ocupa de señalar los requisitos que se exigen *“para practicar la cancelación del arrendamiento en el Registro de la Propiedad”* indicando que *“será título suficiente”* el título *“aportado al procedimiento registral”*, junto con *“la copia del acta de requerimiento”*, de la que resulte *“la notificación”* y que *“no se haya contestado por el requerido de pago”* o *“que se haya contestado aceptando la resolución de pleno derecho”*.

Y, en el párrafo tercero de dicho precepto, establece que cuando el arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad se resuelva por este procedimiento extrajudicial, se extinguen también las *“cargas posteriores”*¹⁰⁵⁷ que consten inscritas y que recaigan sobre el derecho arrendaticio. En concreto, establece que *“será además preciso para su cancelación justificar la notificación fehaciente a los titulares de las mismas, en el domicilio que obre en el Registro”*, y *“acreditar la consignación a su favor ante el mismo notario, de la fianza prestada por el arrendatario”*.

El precepto no dice que es lo que se debe notificar a los titulares de las cargas. De conformidad, con Ragel Sánchez, L. F. (2013, pp.947-948) entendemos que se deberán notificar *“tres cosas”*: que *“el arrendamiento ha sido resuelto extrajudicialmente, que la inscripción del arrendamiento ha sido cancelada y, por lo tanto, ha quedado sin efecto la carga sobre ese arrendamiento que constaba inscrita”*. Sólo así el titular de la carga tendrá la información suficientemente para tomar la decisión más correcta y, en su caso, para proteger adecuadamente su derecho.¹⁰⁵⁸

Coincidimos, con Pérez Conesa, C. (2013, p.107) en que el arrendador no va a poder consignar la fianza, hasta que los organismos autonómicos en los que se depositan no procedan a la devolución de la misma al arrendador. Además, teniendo en cuenta que *“la fianza cumple una función de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones a favor del arrendador”*, no se entendería su devolución cuando no se ha pagado la renta o se han causado daños.¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁶ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁵⁷ De conformidad, con Ragel Sánchez, L. F. (2013, p.947) las cargas del derecho arrendaticio *“son los subarrendos y todas las limitaciones actuales o potenciales”* que se hayan inscrito, incluyendo *“el embargo de la fianza”*. Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁵⁸ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁵⁹ Cfr. Pérez Conesa, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*.

Compartimos con Ragel Sánchez, L. F. (2013, p. 948) que aunque según la interpretación literal del precepto *“el arrendador que resuelve extrajudicialmente el contrato tiene que consignar la fianza prestada por el arrendatario a favor de los titulares de las cargas inscritas o anotadas preventivamente posteriores al arrendamiento”*. Se considera que solo habría que consignarla en el supuesto exclusivo en que la carga consista *“en el embargo o la afección de dicha fianza al pago de determinada deuda”*. En los casos, que no exista relación entre la fianza que hay que devolver al arrendatario y la carga (por ejemplo, el caso del subarriendo no existe relación entre la extinción de este derecho y la fianza) no hay que consignar esa fianza. Además, *“aunque el precepto se refiere únicamente a la consignación ante notario, también se podría consignar ante el mismo juez que hubiera tramitado el requerimiento de pago”*. Y, por último, aunque el precepto parece referirse a la cuantía total de la fianza, el arrendador *“podrá detraer la cantidad que el arrendatario le adeudaba por conceptos derivados del contrato de arrendamiento”*, fundamentalmente *“rentas impagadas, y cantidades asumidas por el arrendatario y no satisfechas”*.¹⁰⁶⁰

En mi opinión, la utilidad práctica del Art. 27.4 de la LAU, se hace depender en última instancia, de la buena voluntad del arrendatario que libremente estipulo una cláusula resolutoria por falta de pago. De manera que coincidimos con Ragel Sánchez, L. F. (2013) que cuando se acepte la resolución o no se conteste al requerimiento, el contrato se resolverá de pleno derecho y el arrendador podrá obtener la cancelación del asiento registral que se refiere al arrendamiento cuando se cumplan los requisitos exigidos en el precepto.¹⁰⁶¹ No obstante, si a pesar de ello, el arrendatario se niega a desalojar la vivienda, permaneciendo en la posesión inmediata y en el uso y disfrute de la misma, antes de acudir a los Juzgados, se podrá de conformidad con Gázquez Serrano, L. (2014) acudir un procedimiento arbitral, si se hubiera incluido cláusula de sumisión expresa para solventar las controversias de forma rápida económica y eficaz.¹⁰⁶²

Se considera que el Art. 27.4 ha tratado de facilitar que el arrendador puede la recuperar la posesión de la vivienda en los casos de falta de pago de la renta, pero es cierto que al final su eficacia dependerá de que el arrendatario quiera cumplir la cláusula resolutoria que pacto libre y voluntariamente. En cualquier caso, nos parece que se beneficia al arrendador con una rápida resolución extrajudicial del contrato, y con la cancelación de la inscripción en el Registro de la propiedad, sin que con esta cláusula se perjudique al arrendatario. Por ello, aconsejamos el pacto de esta cláusula, confiando en la buena fe contractual, antes de acudir a un Juzgado.

Por último, en relación al derecho del arrendatario a extinguir el contrato, compartimos con Ragel Sánchez, L. F. (2013, p. 953), que el capítulo V del Título II de la LAU adopta la denominación *“De la suspensión, resolución y extinción del contrato”*, como si resolución y extinción fueran cosas distintas, *“cuando en realidad, la extinción del contrato se produce también por la resolución debida al incumplimiento de una de las partes contractuales”*. Lo que sucede es que *“el legislador es consciente de que la resolución es la causa de extinción del contrato más conflictiva, la que*

¹⁰⁶⁰ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁶¹ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013) "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones".

¹⁰⁶² Cfr. Gázquez Serrano, L. (2014) "Cláusulas arbitrales y el contrato de arrendamiento urbano"

motivará un número mayor de pleitos en el futuro y, por tal razón, ha optado por dotarla de una atención preferente"¹⁰⁶³

El Art. 28 dispone que contrato de arrendamiento se extinguirá, además de por "las restantes causas"¹⁰⁶⁴ contempladas en el Título II, por las causas siguientes: a) Por la "pérdida" de la vivienda arrendada "por causa no imputable al arrendador". b) Por la "declaración firme de ruina acordada por la autoridad competente."

Según Ragel Sánchez, L. F. (2013, p. 962), la letra a) se refiere no solo a la destrucción física, ocasionada por caso fortuito, fuerza mayor, sino también a otras circunstancias distintas (Art. 1122.2ª.II del CC), que provocan la extinción del derecho del arrendador sobre la vivienda arrendada (Art.13 de la LAU, sin que el contrato esté inscrito). Y, la letra b) se refiere a una "pérdida específica", la que se produce por "el deterioro progresivo de la finca y que desemboca en la declaración oficial de ruina".¹⁰⁶⁵

La declaración de ruina, debe hacerse por resolución firme acordada por la autoridad competente que puede ser bien la autoridad administrativa (mediante un expediente administrativo de ruina cuya resolución final podrá revisarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa), o bien los órganos jurisdiccionales civiles a los que se puede acudir directamente para que declaren la "ruina técnica" (es decir, el dato real de sobrepasar el valor de reconstrucción la mitad del valor de la finca).¹⁰⁶⁶ Para la valoración real de la finca arrendada se tendrá en cuenta también todos los accesorios de la vivienda.¹⁰⁶⁷

Por último, coincidimos con Ragel Sánchez, L. F. (2013, p. 965), en que declarada la ruina de la vivienda (independiente de la causa que la haya provocado) se extingue el contrato aunque "la ruina sea imputable al arrendador, por haber incumplido su obligación de conservar, o al arrendatario, por no haber comunicado al arrendador la necesidad de reparar la finca". De manera que la extinción del contrato, no impide que la parte que acredite que la ruina es imputable al otro contratante pueda solicitar la indemnización de los daños y perjuicios (Art. 1101 del CC), como por ejemplo, gastos producidos por los traslados, contratación e instalación de suministros en los nuevos alojamientos.

¹⁰⁶³ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 28.Extinción del arrendamiento", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 953-965.

¹⁰⁶⁴ Coincidimos con Ragel Sánchez, L. F. (2013, p. 953), que "a lo largo del articulado de la LAU pueden mencionarse otras causas de extinción distintas" de las recogidas en los Arts. 27 y 28. Algunas de ellas aparecen en los Arts. 9 a 14.2, 16, 22.2, 25, 26. Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 28.Extinción del arrendamiento".

¹⁰⁶⁵ Cfr. Ragel Sánchez, L. F. (2013). "Artículo 28.Extinción del arrendamiento".

¹⁰⁶⁶ SSTS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) de 20 julio 2011, y 30 junio 2009.

¹⁰⁶⁷ Podría suceder, por tanto, que habiéndose destruido íntegramente los elementos accesorios y sólo parcialmente –en proporción inferior al 50%– la vivienda, el resultado global fuera la declaración de ruina técnica porque la declaración de ruina se refiere al contrato de arrendamiento de vivienda en su totalidad aunque la ruina sea solo de alguno o algunos de los distintos elementos accesorios que constituyen su objeto, STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) de 16 julio 2008.

CAPITULO X. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo anterior, podemos extraer las siguientes conclusiones:

I.- La noción concreta de consumidor contenida en las Directivas comunitarias e interpretada por el TJUE, adquiere un marcado carácter objetivo, dado que una misma persona física, puede ser considerada consumidor, aunque sea un profesional, cuando actúa al margen de su actividad empresarial o profesional, con el objeto de satisfacer necesidades personales o familiares, propias de un consumo privado, o puede ser considerada empresaria, cuando el contrato está vinculado a su actividad profesional.

La noción comunitaria de consumidor, no incluye en su ámbito protección a las personas jurídicas, ni a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro, en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

II.- El Art. 3 del TRLGDCU, aprobado por el RD Leg. 1/2007, supuso ampliar el ámbito de protección del consumidor, persona física o jurídica, a todas aquellas que actuaran “*en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”. Incluyendo al inversor no profesional. Es decir, a la persona física, que con ánimo de lucro, y no como actividad habitual y organizada, adquiere una vivienda para venderla o cederla en arrendamiento, y obtener una ganancia con la posterior transmisión o explotación de la vivienda. A la persona que como destinatario intermedio, o intermediario no profesional, adquiere una vivienda para un uso colectivo ajeno fuera de un ámbito empresarial, por ejemplo, una asociación. Y, al cedente no profesional que vende o arrienda, una vivienda a un empresario o profesional, siempre que no lo hagan de forma reiterada, habitual y organizada.

III.-La Ley 3/2014, da una nueva redacción al Art. 3 del TRLGDCU, que respeta la Directiva 2011/83/UE. El problema que presentaban las personas jurídicas de desajuste con el Derecho comunitario queda resuelto. Se reconoce que pueden ser consumidoras las personas jurídicas, y las entidades sin personalidad jurídica, pero a su vez les exige para ello, requisitos distintos que los exigidos a las personas físicas.

También, quedan resueltos los problemas de la falta de ánimo de lucro (que ya no es requisito para considerar como consumidor a la persona física, pero si a la persona jurídica y a las entidades sin personalidad jurídica). Y, la carga de la prueba, que la tendrá que asumir siempre el empresario que niegue aquella condición. Sin embargo, podía haber aprovechado la ocasión para ayudar a solucionar, de forma expresa, los problemas que presentan los actos mixtos.

IV.- Teniendo en cuenta, que la vivienda es un bien de uso o consumo común, ordinario y generalizado. Y, que se protege, tanto sea destinada a domicilio o residencia, individual o familiar, habitual o circunstancial, como a bien de inversión, se deberían promulgar normas que protegieran de forma efectiva al consumidor de vivienda, remitiendo este concepto, no tanto a una persona determinada, física o jurídica o entidades sin personalidad jurídica, sino a una situación objetiva de desigualdad, o posición de inferioridad en la que se encuentra aquel en la adquisición o arrendamiento de una vivienda.

Hasta tanto, nada impide que las partes, de común acuerdo, adopten a favor del comprador o arrendatario un sistema tuitivo superior al normal en el ejercicio de la libertad contractual (Art. 1255 CC), que proteja los intereses de aquellos.

V.-La reforma operada por la Ley 3/2014, en el Art. 60 del TRLGDCU, incrementa el contenido de la información precontractual que, el empresario está obligado a facilitar a los consumidores y usuarios, antes de que queden vinculados por el contrato. En consecuencia, éstos últimos, emitirán un consentimiento contractual, más informado y mejor fundado.

En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, el consumidor está más protegido. El Reglamento de información al consumidor 218/2005, alcanza una mayor transparencia en el mercado inmobiliario de Andalucía, a través de una completa información al consumidor que podrá así adoptar sus decisiones con un mejor conocimiento, lo que redundará sin duda, en la protección de sus intereses económicos.

Sin embargo, al legislador nacional le queda aún mucho por mejorar para lograr la efectiva información de los consumidores de vivienda. El RD 515/1989, está necesitado de una reforma que obligue al empresario a facilitarla al consumidor, y que garantice a éste último, el mismo nivel de información independientemente de la forma de acceso a la vivienda por la que se interese.

VI.- En la etapa precontractual, la situación de desigualdad o posición de inferioridad en la que se encuentra el consumidor de vivienda respecto del empresario, tanto a nivel de información como de capacidad de negociación de las condiciones contractuales, hacen que el consumidor continúe siendo la parte más débil de la relación de consumo. Para reducir la desigualdad de posiciones entre ambas partes y, para evitar situaciones de desprotección de los consumidores, se hace necesario que el legislador le dispense una protección especial, tutelándolo de manera efectiva, imponiendo al empresario, de forma detallada y contundente, el deber de informar con claridad y transparencia al consumidor.

Asimismo, con el fin de asegurar que el consentimiento del consumidor sea válido y evitar futuras controversias, se deben poner a su servicio mayores recursos informativos, y expertos jurídicos imparciales y objetivos. Y, como un consumidor mejor informado, siempre será un consumidor mejor protegido, y con más capacidad de negociación, nada opta a que éste busque su propia protección, solicitando asesoramiento e información adicional de un profesional.

VII.- En la etapa precontractual, la información y la publicidad de la vivienda son unos de los principales factores que impulsan al consumidor a contratarla. La protección del consumidor depende, en gran medida, no solo del contenido de la información previa, sino de que la publicidad sobre aquella quede integrada en el contenido del contrato, y vincule al empresario, quedando obligado a entregar la vivienda que prometió u ofreció en el mensaje publicitario, como consecuencia lógica de la exigencia de veracidad.

Nuestro ordenamiento jurídico protege al consumidor de vivienda de la actividad publicitaria, no solo exigiendo a la publicidad una información mínima sobre determinadas cualidades esenciales de la vivienda necesarias para no generar falsas expectativas en un consumidor medio, sino también, equiparando a la información falsa, la información veraz, que por su contenido o presentación induzca, o pueda inducir a generar error a los consumidores medios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico con respecto a una vivienda.

En la actualidad, no todo vale a la hora de anunciar una vivienda, el consumidor debe saber que la vinculación del empresario en esa fase precontractual es tan intensa, que incluso la produce la simple omisión de información relevante (Art. 65 TRLGDCU), siempre que la omisión induzca a error y sea apta para provocar una distorsión significativa de su comportamiento económico.

VIII.- La Ley 3/2014, respeta íntegramente la redacción del Art. 61 del TRLGDCU, dejando abiertas dudas hermenéuticas, cuando debería haber aprovechado la ocasión para solucionar si la integración de la publicidad se produce también, cuando el contrato la contradice expresamente, en perjuicio del consumidor.

Se considera que los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda se deben integrar con la publicidad, en los supuestos de laguna contractual, siempre. Y, por regla general, también, en los supuestos que los contratos contengan cláusulas que expresamente contradigan la publicidad, en perjuicio de los consumidores. Salvo, en los casos excepcionales, que la disputa llegue a los Tribunales y, tras la valoración de la prueba se estime, que el empresario acredite sin ningún género de dudas, que la publicidad con contenido informativo sobre las cualidades de la vivienda, no llegó a tener el rango de auténtica oferta pública, y que éstas estipulaciones obedecen a cambios justificados, por las circunstancias concretas en que se han producido, que han dado lugar a una compensación o ventaja para el consumidor, que éste, en todo caso, las aceptó fehacientemente, tras ser informado, consciente, libre y voluntariamente, siendo las mismas objeto de una sosegada reflexión que dio lugar a una auténtica negociación individual, en virtud de la cual las expectativas del consumidor se han satisfecho.

IX.- De igual modo, se considera que la Ley 3/2014, debería haber aprovechado la ocasión para solucionar los problemas que presenta la legitimación pasiva en ciertos supuestos. No obstante, la protección de la seguridad del tráfico jurídico, y los terceros de buena fe, sobre todo cuando son consumidores, nos permite imputar al empresario con el que se contrata la vivienda, las declaraciones públicas de un tercero que elabora

la publicidad para el empresario, sin perjuicio, de la responsabilidad contractual que éste le pueda exigir al publicista o anunciante.

X.- La modificación operada por la DF 3ª de la Ley 20/2015, en la DA 1ª de la LOE, y la derogación de la Ley 57/1968, han supuesto una nueva regulación de las garantías sobre las cantidades anticipadas por los consumidores para la adquisición de viviendas sobre plano, que continúa sin ofrecer cobertura a todos los riesgos, a los que se ve expuesto el consumidor adquirente de una vivienda en proyecto o en construcción.

Contribuiría, a dotar al consumidor de mayor seguridad jurídica, evitando la peligrosa fase del documento privado, que se adelantara el otorgamiento de la escritura pública de carácter obligacional, en la que se acuerde que la entrega de la vivienda y la adquisición de la propiedad se retrasen hasta un determinado momento.

Y, que se obligara al promotor a contratar la garantía de la devolución de las cantidades anticipadas por el consumidor, desde el momento mismo de la primera entrega.

Sin embargo, las garantías exigibles por el consumidor antes de la adquisición de estas viviendas, se continúan considerando insuficientes para su protección. De ahí, que persista el carácter arriesgado de estas adquisiciones.

XI.-La nueva redacción de la DA 1ª de la LOE, no solo, no subsana las deficiencias de la regulación anterior, sino que introduce términos jurídicos ambiguos e imprecisos que generan más confusión, y no benefician al consumidor adquirente. Tampoco alcanza su intención de dotar al consumidor adquirente de una mayor seguridad jurídica frente al promotor.

Por ello, si optamos por continuar con la línea proteccionista, comenzada en la Ley 57/1968, y seguida por la numerosa jurisprudencia que da la razón a los consumidores, nos vemos en la necesidad de estar continuamente recurriendo a la interpretación a favor de estos últimos.

XII.- La DA 1ª de la LOE, en beneficio de los adquirentes que anticipen cantidades, no solo establece obligaciones a los promotores, sino también a las entidades de crédito. Por ello, si estas las incumplen deben asumir responsabilidades. A los que nunca hay que perjudicar, es a los adquirentes que cumplen con las entregas en la forma exigida por el promotor, ellos son las verdaderas víctimas que hay que proteger.

Si la construcción de la vivienda no se inicia o no llega a buen fin, la entidad con la que el promotor contrato la garantía deberá responder aunque no se abriera la cuenta especial o estas cantidades no se ingresaran en ella. Y, de igual modo, la entidad de crédito en la que el consumidor ingresó las cantidades anticipadas, deberá responder, si no exigió la garantía.

XIII.-Para una mayor protección del consumidor, la responsabilidad exigible a las entidades de crédito y a las aseguradoras debería ser directa y, por tanto, solidaria respecto de la responsabilidad predicable del promotor.

En caso contrario, privaríamos al consumidor de la protección legal que ya gozaba con la Ley 57/1868 y que la jurisprudencia le otorgaba, logros que no pueden olvidarse si no queremos que el sistema de garantías establecido tras la reforma implique una involución en la protección del consumidor.

XIV.- Consideramos que sería muy arriesgado y perjudicial para el consumidor, firmar un documento privado, cuando de lo que se trata es de adquirir un bien esencial cómo es una vivienda. Por ello, aun cuando a corto plazo el contrato privado le sea más económico, recomendamos formalizar directamente una escritura pública (está en si misma constituye una garantía para el consumidor que a largo plazo le será más rentable, y le evitara problemas y quebraderos de cabeza) Sugiriendo para ello, exigirla al profesional como requisito ineludible para comprarle la vivienda, y no firmar ningún documento privado y en caso de hacerlo, con la debida antelación tomar la precaución de estar debidamente asesorado e informado.

XV.- Los contratos de compraventa de vivienda celebrados con consumidores necesitan de un mayor control, evitando toda situación que implique abuso. El TRLGDCU, combina la aplicación de una cláusula general (el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe), con un listado ejemplificativo de cláusulas que han de considerarse, en todo caso, abusivas.

En los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda se hace necesario un control de transparencia dirigido a comprobar que la cláusula contractual predispuesta por el empresario, garantiza al consumidor la comprensión real de la posición jurídica que asume en el contrato como de las consecuencias económicas que resultan a su cargo.

XVI- La Ley 4/2013, persigue como fin último fomentar el crecimiento del mercado de alquiler a través de su flexibilización. Sin embargo, su objetivo no guarda coherencia con las reformas que introduce en la LAU de 1994. Incluyendo una mayor libertad de pactos, reducción de los plazos establecidos en la regulación anterior, y respeto a los principios hipotecarios. De tal modo que los arrendamientos no inscritos en el Registro de la Propiedad no pueden surtir efectos frente a los terceros que inscriban su derecho.

La Ley 4/2013, no consigue flexibilizar el mercado del alquiler en términos de equilibrio entre las necesidades de vivienda que presenta el consumidor, y las garantías que ofrece al arrendador para su puesta a disposición del mercado arrendaticio. Las medidas adoptadas pueden conllevar ciertos desajustes en las relaciones entre arrendadores y arrendatarios. Y, un aumento de costes para el arrendatario que opte por la protección que genera la inscripción de su derecho sobre la vivienda en el Registro de la Propiedad.

Transcurridos ya casi cuatro años desde que se promulgo esta Ley, el modelo de arrendamiento de vivienda que resulta, no resuelve los problemas detectados en la práctica, ni los que la Ley 4/2013, pretendía solucionar. Generará relaciones arrendaticias provisionalísimas, inestables, precarias, y poco productivas en términos de ventajas mutuas, dada la inseguridad sobre su duración. No logra crear incentivos para que sea más interesante poner viviendas en alquiler. Y, tampoco ofrece al consumidor una alternativa atractiva, eficaz y válida frente al mercado de la propiedad. De manera que muchos consumidores arriendan una vivienda cuando su situación económica o laboral no les permiten adquirirla en propiedad, y ante la ineludible necesidad de acceder a la misma.

XVII.- La Ley 4/2013, parece ideada para favorecer a los arrendadores, que en nuestro caso, son profesionales, hasta el punto de potenciar su protección, cuando por el hecho de ser empresarios dedicados al ejercicio de una actividad profesional, como es el arrendamiento de viviendas, deberían correr con los riesgos inherentes a su oficio, para ello, obtienen los beneficios de esta actividad

El fomento del mercado del arrendamiento de vivienda, se debería haber hecho a costa de los profesionales inmobiliarios. Sin embargo la Ley 3/2014, opta por mejorar a estos últimos, disminuyendo los derechos de los arrendatarios, a través de la mayor facilidad para recuperar la vivienda por necesidad del arrendador (Art. 9.3), pactando una indemnización para el caso de desistimiento del arrendatario (Art. 11), favoreciendo la venta de la vivienda arrendada (Art.14), pactando que no haya derecho de subrogación cuando fallezca el arrendador (Art.16.4), y, pactando la renuncia a los derechos de adquisición preferente (Art.25.8).

XVIII.- El carácter tuitivo de la regulación de los arrendamientos de vivienda se pierde con la reforma que introduce la Ley 4/2013. Los derechos que como consumidor de vivienda debería tener el arrendatario, y que tenía reconocidos en la LAU de 1994, no son merecedores para la Ley 4/2013 de una protección prioritaria. De forma, que quedan reducidos y mermados de forma drástica, resultando lesiva para los intereses de los arrendatarios.

La única reforma que favorece a los arrendatarios es el desistimiento previsto en el Art. 11. Pero, incluso en ella se aprecia que no existe paridad con los derechos del arrendador, al permitir de forma expresa que las partes puedan pactar en el contrato una indemnización a favor de este último, sin que se establezca esta misma indemnización, en el Art.9.3 para el caso de que el arrendatario tenga que desalojar la vivienda por necesidad del arrendador, o cuanto menos que se le abonen los gastos del desalojo de la misma. De manera que, se abandona a su suerte al consumidor que carece de vivienda. Y, solo en el caso de que éste tenga capacidad de ser un buen negociador puede mejorar sensiblemente su situación, pactando determinadas clausulas o condiciones dentro de los límites del Título II de la LAU.

XIX.- La inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamiento sigue siendo potestativa para el arrendatario, y aunque a éste último, le continúa suponiendo una carga jurídica y económica. Sin embargo, tras la reforma de la

Ley 4/2013, se estima más conveniente que antes, hasta el punto de que llega a ser necesaria para el arrendatario que quiera oponer sus derechos frente a terceros acreedores del arrendador y adquirentes de la vivienda, garantizándose la duración pactada en el contrato y las prórrogas legales obligatorias.

No obstante, como a partir de la entrada en vigor de la reforma operada por Ley 4/2013, podrán estar interesados en la inscripción, además de los arrendatarios que pretendan hacer valer sus derechos, los arrendadores que deseen instar la resolución extrajudicial del contrato prevista en el Art. 27.4 de la LAU, se considera que hasta tanto se reduzcan los trámites necesarios y los costes de la inscripción, se podrían pactar que los gastos que conlleve la misma se sufraguen por mitad.

XX.- Se debería idear un modelo que compatibilizase los estímulos suficientes que se deban ofrecer al profesional, para que sea más interesante poner viviendas en arriendo, con la ineludible protección que siempre se debería dispensar al arrendatario, que trata de satisfacer la necesidad de vivienda y que como consumidor, continúa siendo la parte más débil de la relación contractual. Buscando el equilibrio entre los intereses de los profesionales inmobiliarios y las necesidades del consumidor de vivienda.

XXI.- En lo sucesivo, por la importancia del sector inmobiliario y, por los intereses en juego, todos los poderes públicos deberían contribuir a facilitar y garantizar el acceso del consumidor a la vivienda habitual, eliminando cualquier traba que obstaculice su protección. Se debería incentivar, tanto la adquisición de la propiedad, como el alquiler de la misma. De forma que el consumidor pudiera elegir libremente contratar la opción que más se acomodará a sus necesidades e intereses. No se debería incentivar un modo de acceso en detrimento del otro.

Por último, el resultado de la investigación arroja la importancia de una materia tan básica como es el acceso a la vivienda, en la que el jurista tiene por delante una enorme tarea que realizar para poner orden y contribuir a la seguridad jurídica y protección del consumidor.

BIBLIOGRAFIA

- ACHÓN BRUÑÉN, M.J. (2014). "Las engañosas ventajas de inscribir un contrato de arrendamiento en el registro de la propiedad." *Diario La Ley* núm.8340.
- ALEJANDRE VILAJOANA, S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Vol. 199, Ed. UOC, pp. 180.
- ALMARCHA JAIME, J. (2015). "Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)." *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 15, pp. 152-177.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2013). "Cláusula de repercusión de IVA, Plusvalía y otros costes del contrato". *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, pp. 987-997.
- (2015). "Comentario al art. 17 del TRLDCU," en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, (Real Decreto legislativo 1/2007)*. Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 197- 204.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. (2015). "La tributación de los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda". *En Acceso a la vivienda y contratación*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 799-815.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. Carrizo Aguado, D. (2015). "¿Quién es quién? El abogado es el profesional y el cliente es el consumidor. Calificación de dicha relación en el contrato de prestación de servicios jurídicos conforme a la STJUE 15 de enero 2015.-Asunto C537/13-(SIBA)". *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.6, pp.149-167.
- ATAZ LÓPEZ, J. (2013) "Artículo 19. Elevación de la renta por mejoras", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 625-655.
- (2013). "Artículo 20. Gastos generales y servicios individuales", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 657-685.

- (2013). "Artículo 36. Fianza", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 1039-1064
- AVILÉS GARCÍA, J. J. (2014). "Política de acceso a la vivienda, arrendamiento vigilado y libertad de mercado en la nueva LAU." *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 34, Ed. Aranzadi, SA, Cizur Menor Thomson Reuters Aranzadi Instituciones, pp.23.
- (2014). "Arrendamiento de viviendas, libertad de pactos y nuevo reequilibrio contractual tras la reforma legal de 2013." *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas: Perspectiva desde la reforma*. Ed. Aranzadi, Pamplona, pp. 186-238.
- BARRIO GALLARDO, A. (2015). "La relevancia de la forma y la publicidad registral en el contrato de compraventa de vivienda". *En Acceso a la vivienda y contratación*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 614- 649.
- BELLO JANEIRO, D. (2014). "La protección del arrendador mediante la formalización de contrato, la inscripción en el registro de la propiedad y la fianza" *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas: Perspectiva desde la reforma*. Ed. Aranzadi, Pamplona, pp. 294-339.
- BENAVENTE SOGORB, R. J. (1998). "Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura". *Revista General de Derecho*, núm. 651, pp. 14625-14666.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009). "Comentario al Cap. I (Ámbito de aplicación) del TRLGDCU", en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Navarra. Ed. Aranzadi
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A. (1992). "Comentarios al artículo 1 LGDCU", en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, (coords. R Bercovitz y J. Salas), Madrid, Civitas, pp. 17-43.
- (2005). "El concepto de consumidor", en *Hacia un Código del Consumidor*, (Dir. A. Azparren Lucas, A), Manuales de Formación Continuada, núm. 34, Madrid, pp. 17-38.
- (2015). *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, (Real Decreto legislativo 1/2007)*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 2560.
- BLANCO CARRASCO, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*. Ed. Reus. Madrid, p. 294, Retrieved from <http://www.ebrary.com>
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995). "Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de viviendas", en *Derecho privado y Constitución*, Vol. 3, núm. 6, pp. 9-42.

- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M. (1994). *La protección inmobiliaria del consumidor en la comunidad europea*. Madrid, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 340.
- CALATAYUD SIERRA A. (2015). Introducción *Acceso a la vivienda y contratación*. Parra Lucan, M., Valencia. Tirant Lo Blanch, pp. 30-32.
- CAMACHO PEREIRA, C. (2011). "Delimitación del contenido obligatorio del contrato de compraventa de vivienda con consumidores, en caso de discrepancia entre documentación precontractual y contractual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15 de abril 2010 (Ar. 2347; MP: Sr. José Antonio Seijas Quintana)". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, pp. 16-12
- (2012). "Comparativa de la regulación de la integración de la publicidad en el contrato con consumidores, en el TRLGDCU y en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea", *Indret* núm. 4, pp. 28.
- CAMACHO PEREIRA, C. y TEJEDOR MUÑOZ, L. (2014). *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario: integración de la publicidad en el contrato*, Ed. Aranzadi, pp. 400.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). "Información previa al contrato" en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Ed. Colex, pp.483-508.
- (2011). "El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos y no resueltos", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, nº 1, pp. 84-117.
- (2011). "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato" en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Ed. Colex, pp.510-537.
- CAÑIZARES LASO, A. (2015). "Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo". *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 3, pp. 67-105
- CARRASCO PERERA, A. (2012). "Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de viviendas", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 4, pp. 118-134.
- (2013). "Artículo 11. Desistimiento del contrato". En *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 383-399.
- (2015). "Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda" Disponible en <http://www.uclm.es/centro Noticias Consumo>.

- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E.; GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2012). *Derecho de la construcción y la vivienda*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 7ª ed., pp. 1240.
- CARRIÓN OLMOS, S. (2015). "Incumplimiento de la obligación de elevar a escritura pública y resolución del contrato: comentario a la STS de 16 de septiembre de 2014." *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, pp. 503-516.
- CARRIZO AGUADO, D. (2016). "La relación de causalidad como indicio justificativo de la «actividad dirigida» en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil". *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 8, nº 1, pp. 301-317.
- CASADO CASADO, B. (2016). Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, pp. 23.
- CASTILLA BAREA, M. (2016) "Sentencia 24 junio 2015. Renuncia del arrendatario al derecho de denegación de prórroga del arrendamiento de la vivienda por causa de necesidad para sí mismo o su familia." *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* núm.101, pp. 167-190
- CAVANILLAS MÚGICA, S. (1995). "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril" *en Derecho Privado y Constitución*, núm.6., pp. 43-68.
- COLAS ESCANDÓN, A. M. y MARÍN LÓPEZ, J.J. (2013). "Artículo 9. Plazo mínimo". En *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 277- 360.
- (2013)."Artículo 10. Prórroga del contrato". En *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 361-381.
- (2013). "Artículo13.Resolución del derecho del arrendador". En. *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 431- 492.
- (2013) "Artículo14.Enajenación de la vivienda arrendada". En. *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 493- 515.
- COMITRE COUTO, C. (2015). *Compra sobre plano. Cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Regulación y comentarios*. Ed. Ley 57, pp.106.
- CORAL GARCÍA, E. (2000). "La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad", *Actualidad Civil*, núm. 4, pp. 1399-1416.

- CORDERO LOBATO, E. (2006). "La legislación civil autonómica relativa a la construcción ya la vivienda". *InDret*, vol. 2, pp. 26.
- (2013) "Presentación XIV. Saneamiento y falta de conformidad". *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 1351.
- COSTAL RODAL, L., (2013). "Principales novedades introducidas en la LAU/94 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, núm. 6, pp. 35-42.
- (2013). "Arrendamiento de viviendas: derechos del arrendatario y naturaleza de las normas, según la proyectada reforma de la Ley 29/94, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, núm. 2, pp. 33-41.
- CURTO POLO, M. (2000). "Notas sobre la publicidad engañosa y su tratamiento jurisprudencial" *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.3, pp. 1379-2414.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2013). "El nuevo reglamento judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones", *La Ley*. Vol. 34, núm. 8013, pp. 1-19.
- DELGADO RAMOS, J. (2013). "La reforma de la ley de arrendamientos urbanos corrige la anterior vulneración de los principios registrales". en [www.notariosyregistradores.com /doctrina/resumenes/2013](http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/2013).
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013) "La Resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7 volumen 2, pp. 47- a 64.
- (2013). "Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda". *En Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Editorial Aranzadi, pp. 1077-1090.
- DÍEZ-PICAZO, L. y PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II*. Madrid. Ed. Civitas, pp. 1092.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013). "La elevación del contrato de compraventa a escritura pública". *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, pp. 1195-1201
- ECHEVARRÍA SUMMERS, F. M. (2013). "El contrato de compraventa de viviendas sobre plano". *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 1103-1113.
- ESPEJO LEDO DE TEJADA, M. (2013). "En qué casos la escritura pública no equivale a la entrega". *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, pp. 1203-1213.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. (2009). *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Ed. Civitas Thomson-Reuters, pp. 404.

- (2009), "La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada por la Ley 57/1968, de 27 de julio, de Percepción de Cantidades Anticipadas en la Compra de Viviendas en Construcción", en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 23, págs. 157-168.
- FERNÁNDEZ MASIA, E. (2012). "Optando por la normativa común de compraventa europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 23, pp.21
- GARCÍA ABURUZA, M. P. (2016). "Sobre las cantidades anticipadas en la compra de viviendas: la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2016." *Revista Aranzadi Doctrinal* núm.11 pags.127-140.
- (2016). "Legitimación pasiva y cuotas comunitarias: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015". *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.2, pp.155-166.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (2011). "Actos de engaño y omisiones engañosas". en *Protección de los/as consumidores/as en un mercado competitivo (sobre la Ley de Competencia Desleal)*. Cuadernos Digitales de Formación, del Consejo General del Poder Judicial, núm. 11, pp. 34.
- GÁZQUEZ SERRANO, L. (2014). "Clausulas arbitrales y el contrato de arrendamiento urbano" *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas: Perspectiva desde la reforma*. Ed. Aranzadi, Pamplona, pp. 553-577.
- GIL RODRÍGUEZ, J. (2013) "Diferencias entre arts. 1124 y 1504 CC: teoría y realidad". En *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed Aranzadi, pp. 1653-1664.
- (2013). "Lugar y modalidades de pago del precio". En *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, págs. 1611-1622.
- GIMENO, J. (2013). "Gastos derivados del otorgamiento de una escritura de compraventa." *La protección del consumidor de inmuebles* Dykinson, pp. 367-384
- GÓMEZ POMAR, F. (2007). "El incumplimiento contractual en Derecho español", *Indret*, núm. 3, pp. 48.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2013). "Modificación de la Ley de Propiedad Horizontal por Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas" en [www. uclm. es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco).
- (2013). "El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler". *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, pp.170-190.
- (2015). "Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria". En *Acceso a la vivienda y contratación*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 357-412.

- (2015). "Preguntas y respuestas sobre la actualización de la renta arrendaticia conforme al nuevo Índice de Garantía de Competitividad" en <https://blog.uclm.es>
- GONZÁLEZ PACNOWSKA, I. (2013). "Artículo 17. Determinación de la renta", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 563-600.
- (2013) "Artículo 18. Actualización de la renta", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz RodríguezCano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, págs. 601-624.
- INFANTE RUIZ, F.J. (2015). "La promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria". En *Acceso a la vivienda y contratación*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 193-245.
- IZQUIERDO CARRASCO M. (2011). "Derecho a la información, formación y educación". En *La defensa de los consumidores y usuarios:(comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007): adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009*. Madrid, Iustel, pp. 250-311.
- LARROSA AMANTE, M.A. (2009). "La incidencia de la protección del consumidor en la compraventa de viviendas: especial referencia a los mecanismos de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación". *Manuales de Formación Continuada* núm. 50. Madrid, Ed. CGPJ, pp. 651-802
- LASARTE ALVAREZ, C. (1980). "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación", *Revista de Derecho Privado*, núm. 64, pp. 51- 78.
- (2005): "La protección del consumidor como principio general del derecho", *Estudios sobre Consumo*, núm. 73, pp. 55-68;
- (2016) *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Madrid, Ed. Dykinson, pp. 297.
- LEIÑENA MENDIZABAL, E. y, IRACULIS ARREGUI, N. (2010). "La reforma del Derecho Español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 6/2010, pp. 87- 132.
- LÓPEZ MAZA, S. (2013). "Información precontractual obligatoria en la compraventa al consumo". En *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 451-463.
- LÓPEZ MAZA, S. y, GARCÍA VICENTE. J.R (2015). "Comentario al art. 60 del TRLDCU," en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto legislativo 1/2007*). Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 820-842.
- (2015). "Comentario al art. 61 del TRLGDCU," en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y*

otras leyes complementarias, Real Decreto legislativo 1/2007). Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 864-878.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A. (1989). "Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor", *Estudios sobre Consumo*, núm. 16, pp. 48-80.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2011). "El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución directa de las pólizas colectivas". *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, pp. 34-39.

MAGRO SERVET, V. (2013). "El desistimiento del arrendatario en los contratos de arrendamiento y sus efectos tras la reforma de la LAU", en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3, pp. 21-34.

(2015). "La actualización de rentas en los arrendamientos de vivienda tras la Ley de desindexación de la economía española 2015" *Revista de Derecho Inmobiliario*, núm. 30. *Lefebvre. El Derecho*, www.elderecho.com

MALDONADO MOLINA, F.J. (2011). "Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas". *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 37, pp. 9-24.

MARÍN LÓPEZ, M. J., (2012). "La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados miembros", *Revista CESCO*, nº 1, pp. 8 a 24.

(2014). "El "nuevo" concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU". *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9, pp.9-16.

MARTÍN GARCÍA, M. L. (2002) *La publicidad: su incidencia en la contratación*. Madrid: Dykinson, pp.328.

MÉRIDA ABRIL, C. (2009). "El contrato de compraventa de inmuebles y su resolución", *Manuales de Formación Continuada* núm. 50, Madrid, Ed. CGPJ, pp. 251-342.

MIRANDA SERRANO, L. M. (2006). "La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato", *Estudios sobre Consumo*, núm. 77, pp. 61-76.

MIRANDA SERRANO, L. M., PANIAGUA ZURERA, M. (2012). "La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial", en *Derecho (privado) de los consumidores*, Pagador López, J. (coord.), Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 63-98.

MONDÉJAR PEÑA, M.I. (2007). "El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas" *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm.16, pp. 209-221.

MONTES RODRÍGUEZ, M. D. (2013). "El precio de la vivienda en la legislación protectora del consumidor." *La protección del consumidor de inmuebles*. Ed. Dykinson, pp. 183-227.

- MORALES MORENO, A. M. (1999) "Declaraciones públicas y vinculación contractual. Reflexiones sobre la Propuesta de Directiva", *Anuario de Derecho Civil*, Vol.52, núm.1, Enero-Marzo, pp. 265- 288.
- MORENO-LUQUE CASARIEGO, C. (2007). "La protección previa a la contratación de bienes y servicios", en *Derechos de los consumidores y usuarios:(doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 193-228.
- NASARRE AZNAR, S. (2011). "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria." *Revista critica de derecho inmobiliario* vol. 87, núm. 727, pp. 2665-2737.
- ORDÁS ALONSO, M. (2013). "Artículo 4.2. Régimen aplicable". *En Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Ed. Aranzadi, 6ª ed., Pamplona, pp.123- 127.
- OROZCO PARDO, G. Y, MORENO NAVARRETE, M.A. (2012). "Artículo 38: Protección de los consumidores". En *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Dirección Monereo Perez, JL y Monereo Atienza, C. Granada, Comares, pp. 1077-1098.
- ORTÍ VALLEJO, A., JIMÉNEZ HORWITZ, M., SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., QUESADA PAZ, ABIGAIL. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,R. (2016). *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp.365.
- PADILLA RUIZ, P. (2013). "Comentarios a la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona, pp. 199-207.
- PALAO MORENO, G. (2005). "La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo", en Reyes López, M.J. (coord.) *Derecho privado de Consumo*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, pp. 73-94.
- PARRA LUCÁN, M. A. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*. Ed. Aranzadi, pp. 187.
- (2011). *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*. Editorial Reus, S.A., Madrid, Ed. Reus pp. 326.
- (2015). "Contratación y vivienda en la crisis económica". *En Acceso a la vivienda y contratación*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp.183-215.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1992). "Comentarios al artículo 8 párrafos 1º y 2º de la LGDCU" en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, R. Bercovitz Rodríguez- Cano y, J. Salas Hernández (coords.), Civitas, Madrid, pp. 139-178.

- (2001). "La protección de las legítimas expectativas del consumidor y la exigibilidad de las promesas publicitarias: una propuesta de superación del artículo 8 de la Ley de consumidores y usuarios." *Revista de autocontrol publicitario*. Núm. 56, pp. 24.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2015) "Comentario al art. 8 del TRLDCU," en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto legislativo 1/2007*). Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 83-94.
- PÉREZ CONESA, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma*. Ed. Aranzadi, Navarra. pp. 164.
- (2016). "El impago de la tasa de basuras es causa de resolución del contrato de arrendamiento de vivienda anterior a la LAU/1994 tras su entrada en vigor. Cantidad asimilada a la renta. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2015." *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil* núm. 3 pp.105-110.
- PÉREZ PUJAZÓN, E. y, TRIGO SIERRA, E. (2014). "Novedades introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas en la legislación arrendaticia". *Actualidad Jurídica (1578-956X)*, núm. 36 Madrid, pp. 80-86.
- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. (2006). "Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda", *Estudios sobre consumo*, vol. 77, p. 23-38.
- (2013). "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", en *InDret*, vol. 3, pp. 28
- (2013). "Información precontractual obligatoria, error y prácticas desleales". *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 379-387.
- PICATOSTE BOBILLO, J. (2005). "Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de viviendas". *Manuales de Formación Continuada* núm. 34. Ed. CGPJ, pp. 487-670.
- (2009). "El derecho de información en la contratación con consumidores", *Nuevas perspectivas sobre el texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Problemática en la ejecución de laudos arbitrales*, Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial, núm. 45.
- (2011). "El derecho de información en la contratación con consumidores". *Actualidad Civil*, núm.4, pp.372-425.
- PINO ABAD, M. (2011). "Comentarios a los artículos 61 y 65. La relevancia negocial de la publicidad comercial: integración publicitaria del contrato celebrado con consumidores", en *La Defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007) adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009*, pp.1106 a 1131.

PINTO ANDRADE, C. (2013). *El contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento: controversias habituales entre compradores y promotores inmobiliarios*. Barcelona, Bosch, pp. 792

(2013). *El contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento: controversias habituales entre compradores y promotores inmobiliarios*. Ed. Bosch. pp. 792.

PLA GIL, F.M. (2011). "La garantía de las entregadas a cuenta: su ejecutividad". *Revista General de Derecho*, núm. 504, pp.9

QUICIOS MOLINA, S. (2012). "La reforma de los arrendamientos urbanos, según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, de 31 de agosto de 2012", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, núm. 8, pp. 31-74.

(2013). "Pago del Precio". *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, pp. 1601-1610.

(2013). "Estudio de las disposiciones de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. En particular, novedades del juicio de desahucio, registro de arrendatarios morosos y régimen transitorio". *En Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona, pp. 27-58.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2013). "Artículo 26.Habitabilidad de la vivienda", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, págs. 861-875.

(2013). "Artículo 27.Incumplimiento de obligaciones", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 877-951.

(2013). "Artículo 28.Extinción del arrendamiento", en *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 953-965.

REYES LÓPEZ, M.J. (1997) "El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". *Estudios sobre consumo*, vol. 2, núm. 43, pp. 63- 86.

(2012). *Manual de derecho privado de consumo*. Madrid, La Ley, pp. 524.

RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "La evicción inversa en la compraventa". *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 1353-1362.

(2013). "Artículo 21. Conservación de la vivienda". *En Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 689-730

(2013). "Artículo 22. Obras de mejora". En *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 731-753.

(2013). "Artículo 23. Obras del arrendatario". En *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 755-788.

(2013). "Artículo 24. Arrendatarios con discapacidad". En *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 789-807.

(2013). "Artículo 25. Derecho de adquisición preferente". En *Comentarios a la Ley de arrendamientos Urbanos*, sexta edición, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, págs. 809-857.

RUBIO TORRANO, E. (2013). "Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual". En *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 465-470.

(2014). "Licencia de primera ocupación y falta de entrega en la venta de inmuebles". *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 9, pp. 19-21.

(2017). "Anulabilidad de compraventa de vivienda futura por error en el consentimiento con ocultación de vicios urbanísticos". *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 2.

SALANOVA VILLANUEVA, M. (2014). "Alteraciones en la estructura del contrato de arrendamiento de vivienda vinculadas a la crisis económica: aspectos sustantivos de la ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas". En *Vivienda y crisis económica. Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica* (coord. M.T. Alonso Pérez), Ed. Aranzadi, Pamplona, pp. 436-441.

SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2006). La compraventa inmobiliaria en documento privado. Efectos frente a terceros. En *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Wolters Kluwer, pp. 719-740.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E (2015). "Prólogo" en *Compra sobre plano. Cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Regulación y comentarios*. Ed. Ley 57, pp.106.

SILLERO CROVETTO, B. (2016). "La protección del comprador de vivienda Ley 57/1968 versus Disposición Adicional Primera de la LOE" *Revista de Derecho Civil* vol. III, núm. 3 (julio-septiembre, 2016) *Estudios*, pp. 49-92.

(2016). La protección del comprador de vivienda sobre plano. Pronunciamientos del Tribunal Supremo. *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán* Aranzadi pp. 285-322.

- SOLER PASCUAL, L. A. (2008). "Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción" *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*. Vol. I, núm. 3, págs. 93-106.
- SOSA OLÁN, H. (2016). "El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español." *Ars Boni et Aequi*. Vol. 11, nº.2, pp. 167-201.
- TORRES LANA, J. A. (2013). "Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo". *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 1011-1020.
- TUR FAÚNDEZ, M^a (2013). "Redhibitoria y otras acciones resolutorias por incumplimiento". *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 1419-1428.
- (2013). "Vicios ocultos y aliud pro alio estado de la jurisprudencia". *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Navarra. Ed. Aranzadi, pp. 1409-1418.
- VALLADARES RASCÓN E., ORDÁS ALONSO, M. (2013). "Artículo 2.1. Arrendamiento de vivienda", en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Pamplona, Aranzadi, 6^a ed., pp. 63-97.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2013). "La Propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo, Vol. 5, núm. 1, pp. 199-216
- VAQUERO PINTO, M.J. (2013) "Cuando es la demora en el pago un incumplimiento resolutoria". *En Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Pamplona Ed. Aranzadi, pp. 1623-1634.
- VILAJOANA ALEJANDRE, S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Vol. 199, Ed. UOC, pp. 180.
- ZUBERO QUINTANILLA, S. (2016). "La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa" *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil* núm.6 pp. 63-92.
- ZURILLA CARIÑANA, M.Á. (2013). "Comentarios al proyecto de Ley de reforma de la LGDCU. La reforma de los artículos 60 y 97 en el proyecto de Ley de modificación del TRLGDCU ¿Hay algo nuevo que merezca la pena?" en www.uclm.es/centro/cesco.
- ZURUTUZA ARIGITA, I. (2013). "Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor". *Revista doctrinal, Aranzadi civil-mercantil* vol. 2, nº 6, pp. 65-105.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL POR CAPITULOS.

Resoluciones consultadas en el Capítulo II. La noción del consumidor

Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes Comunidad Europea:

- STJCE de 21 de junio de 1978 (asunto C-150/77).
- STJCE de 14 de marzo de 1991 (asunto C-361/89).
- STJCE de 3 de julio de 1997 (asunto C-269/95).
- STJCE de 22 de noviembre de 2001 (asunto C-541/99).
- STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto C-464/01).
- STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto C-27/02).
- STJCE de 15 de octubre de 2005 (asunto C-350/03).
- STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto C-412/06).
- STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14).

Del Tribunal Supremo Sala de lo Civil:

- STS Sala de lo Civil, de 22 mayo 1992. RJ 1992\4277.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 772/2005 de 19 octubre. RJ 2006\1958.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 597/2012 de 8 octubre. RJ 2016\9027.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 222/2015 de 29 abril. RJ 2015\2042.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 227/2015 de 30 abril. RJ 2015\2019.
- STS Sala de lo Civil, (Sec. Pleno) núm. 323/2015 de 30 junio. RJ 2015\2662.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 336/2016 de 20 mayo. RJ 2016\2277.
- STS Sala de lo Civil, (Sec. Pleno) núm. 367/2016 de 3 junio. RJ 2016\2306.

De las Audiencias Provinciales:

- SAP Granada (Sec.3ª) núm. 131/2002 de 16 febrero. JUR 2002\102109.
- SAP de Málaga (Sec. 5ª) núm. 628/2006 de 9 octubre. JUR 2007\166784.
- SAP A Coruña (Sec. 4ª) núm. 155/2007 de 23 marzo. AC 2007\1532.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sec. 4ª) núm. 117/2008 de 4 abril. JUR 2008\189368.
- SAP Asturias (Sec. 7ª) núm. 396/2012 de 26 julio. AC 2012\1391.
- SAP Las Palmas (Sec.5ª) núm. 386/2012 de 7 septiembre. JUR 2012\363562.
- SAP Murcia (Sec. 1ª) núm.518/2012 de 19 noviembre. JUR 2012\404659.
- SAP Valencia (Sec.7ª) núm. 597/2012, 19 noviembre. JUR 2013\59062.
- SAP La Rioja (Sec.1ª) núm. 405/2012 de 7 diciembre. JUR 2013\10491.
- SAP La Rioja (Sec.1ª) núm. 4/2013 de 11 enero. JUR 2013\54075.
- SAP La Rioja (Sec.1ª) núm. 6/2013 de 16 enero. JUR 2013\60372.
- SAP La Rioja (Sec.1ª) núm. 118/2013 de 2 abril. JUR 2013\184279.
- SAP de Murcia (Sec. 5ª) núm. 97/2014 de 3 junio. JUR 2014\186467.
- SAP Pontevedra (Sec.1ª) núm. 336/2014 de 14 octubre. JUR 2015\8061.
- SAP Pontevedra (Sec.1ª) núm. 246/2015 de 9 julio. JUR 2015\1271.
- SAP Pontevedra (Sec.1ª) núm. 260/2015 de 10 julio. JUR 2015\192045.

-SAP Oviedo (Sec. 6ª) núm. 44/2016 de 15 febrero. JUR 2016\50970.

De Juzgados de 1ª Instancia:

-S. del Juzgado de 1ª Instancia de Daimiel, núm. 46/2016 de 22 de marzo.

Resoluciones consultadas en el Capítulo III. El concepto de vivienda

Del Tribunal Supremo Sala de lo Civil:

- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 246/2014 de 28 mayo. RJ 2820\2014.

De las Audiencias Provinciales:

-SAP Burgos (Sec. 3ª) núm. 403/2012 de 9 noviembre. AC 2012/2242.

-SAP Asturias (Sec. 5ª) núm.423/2012 de 13 noviembre. JUR 2012/397230.

- SAP Madrid (Sec. 20ª) núm.532/2012 de 16 noviembre. JUR 2013/7956.

-SAP Murcia (Sec. 1ª) núm.518/2012 de 19 noviembre. JUR 2012/404659.

-SAP Castellón (Sec. 3ª) núm.557/2012 de 22 noviembre. JUR 2013/46907.

-SAP Valladolid (Sec. 3ª) núm.344/2012 de 26 noviembre. JUR 2013/3233.

- SAP Pontevedra (Sec.1ª) núm. 664/2015 de 14 diciembre. JUR 2013/35952.

Resoluciones consultadas en el Capítulo IV. El derecho del consumidor contratante a la información previa al contrato de compraventa y arrendamiento de vivienda

Del Tribunal Supremo Sala de lo Civil:

- STS Sala de lo Civil núm. 277/2002 de 20 marzo. RJ 2002\2852.

-STS Sala de lo Civil, (Sec. Pleno) núm. 1393/2007 de 12 enero. RJ 2007\327.

- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 1067/2008 de 7 noviembre. RJ 2008\7699.

- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 1083/2008 de 25 noviembre. RJ 2009\145.

- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 447/2009 de 15 junio. RJ 2009\3397.

- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 416/2010 de 7 julio. RJ 2010\2512.

- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 731/2011 de 10 octubre. RJ 2012\1096.

- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 211/2015 de 22 abril. RJ 2015\2381.

De los Tribunales Superiores de Justicia:

- STSJ Madrid, Sala de lo CA (Sec. 8) núm. 745/2001 de 30 junio. RJ 2001\325014.

De las Audiencias Provinciales:

-SAP Valencia (Sec.11ª) núm. 291/2016, 28 septiembre. JUR 2016\264578.

Resoluciones consultadas en el Capítulo V. La publicidad y la integración del contrato.

Del Tribunal Supremo Sala de lo Civil:

-STS Sala de lo Civil de 14 de junio de 1976. RJ 1976/2753.

-STS Sala de lo Civil de 27 de enero de 1977. RJ 1977/121.

-STS Sala de lo Civil de 9 de febrero de 1981. RJ 1981/533.

-STS Sala de lo Civil de 7 de noviembre de 1988. RJ 1988/8419.

-STS Sala de lo Civil de 20 enero de 1989. RJ 1989\111.

- STS Sala de lo Civil de 20 junio de 1990. RJ 1990\4799.

- STS Sala de lo Civil de 16 mayo de 1991. RJ 1991\ 3706.
- STS Sala de lo Civil de 19 diciembre de 1991. RJ 1991\ 9409.
- STS Sala de lo Civil de 4 marzo de 1992. RJ 1992\2157.
- STS Sala de lo Civil núm. 348/1993 de 2 abril. RJ 1993\2989.
- STS Sala de lo Civil núm. 823/1994 de 2 abril. RJ 1994\7024.
- STS Sala de lo Civil núm.894/1996 de 8 noviembre. RJ 1996\ 8260.
- STS Sala de lo Civil núm. 597/1997 de 30 junio. RJ 1997\5406.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm.1142/1998 de 4 diciembre. RJ 1998/8788.
- STS Sala de lo Civil núm. 606/1999 de 26 junio. RJ 1999\5462.
- STS Sala de lo Civil núm. 595/2000 de 15 junio. RJ 2000\4418.
- STS Sala de lo Civil núm. 718/2002 de 12 de julio RJ 2002\6047.
- STS Sala de lo Civil, (Sec. Única) núm. 514/2003 de 23 mayo. RJ 2003\5215.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 910/2004 de 29 septiembre. RJ 2004\5688.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 8/2005 de 19 enero. RJ 2005\519.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 777/2005 de 17 octubre. RJ 2005\8593.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 853/2007 de 9 julio. RJ 2007\4679.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 610/2008 de 26 junio. RJ 2008/3302.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 69/2010 de 18 febrero. RJ 2010\1285.
- STS Sala de lo Civil núm. 383/2010 de 10 junio. RJ 2010\5386.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 518/2010 de 6 septiembre. RJ 2010\6953.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 827/2010 de 17 diciembre. RJ 2011\1557.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 134/2011 de 8 marzo. RJ 2011\2758.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 155/2011 de 16 marzo. RJ 2011\2875.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 381/2011 de 30 mayo. RJ 2011\3995.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 497/2011 de 12 julio. RJ 2011\7372.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 557/2012 de 1 octubre. RJ 2012\9708.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 603/2012 de 15 octubre. RJ 2012\9344.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 701/2012 de 22 noviembre. RJ 2012\10438.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 137/2013 de 28 febrero. RJ 2013\2164.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 518/2013 de 23 julio. RJ 2013\5007.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 871/2014 de 18 febrero. RJ 2014\2091.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 299/2014 de 13 julio. RJ 2014\3435.

De las Audiencias Provinciales:

- SAP Cantabria (Sec.2ª) núm.125/1996 de 14 marzo. AC 1996/548.
- SAP Granada (Sec. 3ª) núm. 284/1997 de 15 abril. AC 1997/1603.
- SAP Cantabria (Sec.1ª) núm.565/2000 de 27 diciembre. JUR 2001/20287.
- SAP Lleida (Sec. 2ª) núm. 232/2002 de 25 abril. JUR 2002/157810.
- SAP Granada (Sec. 3ª) núm. 131/2002 de 15 mayo JUR 2002/102109.
- SAP Sevilla (Sec.5ª) de 16 mayo 2002. JUR 2002/207933.
- SAP Valencia (Sec. 9ª) núm. 81/2003 de 4 febrero. JUR 2003/93495.
- SAP Valladolid (Sec. 3ª) núm. 197/2003 de 22 mayo. JUR 2003/172307.
- SAP Málaga (Sec. 4ª) núm. 744/2003 de 29 septiembre. JUR 2003/244257.
- SAP Barcelona (Sec.16ª) núm. 374/2004 de 23 junio. JUR 2004/207924.
- SAP Sevilla (Sec.8ª) núm. 231/2005 de 8 junio. JUR 2006/40521.
- SAP Valencia (Sec.7ª) núm.27/2007 de 23 enero. JUR 2007/255121.
- SAP Valencia (Sec.7ª) núm.224/2007 de 20 abril. AC 2007/1202.
- SAP La Coruña (Sec. 5ª) núm.499/2007 de 29 noviembre. JUR 2008/148251.
- SAP Barcelona (Sec.1ª) núm. 233/2008 de 14 mayo. JUR 2008/205187.
- SAP Córdoba (Sec.3ª) núm. 42/2009 de 6 de marzo. JUR 2009/322621.

- SAP Valencia (Sec. 8ª) núm. 157/2009 de 23 marzo. AC 2009/919.
- SAP Granada (Sec. 3ª) núm. 231/2009 de 15 mayo JUR 2009/371790.
- SAP Valencia (Sec.7ª) núm.292/2010 de 27 mayo. JUR 2010/313603.
- SAP Málaga (Sec. 5ª) núm. 218/2010 de 22 abril. JUR 2011/210565.
- SAP Salamanca (Sec. 1ª) núm. 286/2010 de 5 julio. AC 2010/1133.
- SAP Cádiz (Sec.2ª) núm.250/2010 de 30 julio. JUR 2011/73224.
- SAP Burgos (Sec. 2ª) núm. 433/2010 de 7 octubre. AC 2010\1752.
- SAP Madrid (Sec. 12ª) núm. 709/2010 de 10 noviembre. AC 2011/668.
- SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 4ª) núm. 379/2010 de 2 diciembre. JUR 2011/220156.
- SAP Murcia (Sec. 5ª) núm.92/2011 de 21 marzo. JUR 2011/166892.
- SAP Málaga (Sec. 5ª) núm. 238/2011 de 30 mayo. JUR 2012/336407.
- SAP Granada (Sec. 3ª) núm. 324/2011 de 11 julio. JUR 2011/353918.
- SAP Málaga (Sec. 5ª) núm. 369/2011 de 30 julio. JUR 2012/341670.
- SAP de la Rioja (Sec. 1ª) núm. 283/2011 de 12 septiembre. JUR 2011/391953.
- SAP de la Rioja (Sec. 1ª) núm. 396/2011 de 1 diciembre. AC 2011/2394.
- SAP de la Toledo (Sec. 1ª) núm. 304/2011 de 14 diciembre. AC 2011/2361.
- SAP Murcia (Sec. 1ª) núm.61/2012 de 6 febrero. JUR 2012/92135.
- SAP Murcia (Sec. 5ª) núm.132/2012 de 23 febrero. JUR 2012/108893.
- SAP Burgos (Sec. 2ª) núm. 136/2012 de 28 marzo. JUR 2012\137306.
- SAP Burgos (Sec. 2ª) núm. 145/2012 de 30 marzo. AC 2012\821.
- SAP Alicante (Sec. 9ª) núm. 548/2012 de 1 octubre. AC 2012/2162.
- SAP Navarra (Sec. 1ª) núm. 209/2012 de 11 octubre. JUR 2013/1499.
- SAP Asturias (Sec. 7ª) núm. 563/2012 de 11 diciembre. AC 2013/1979.
- SAP Málaga (Sec. 5ª) núm. 253/2013 de 20 mayo. JUR 2013/290091.
- SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec.3ª) núm.337/2013 de 28 octubre. JUR 2014/78271.
- SAP Cáceres (Sec. 1ª) núm.314/2013 de 20 noviembre. JUR 2013/372242.
- SAP Cuenca (Sec. 1ª) núm.311/2013 de 26 diciembre. AC 2014\22260.
- SAP Málaga (Sec. 4ª) núm. 496/2014 de 7 noviembre. AC 2015/223.
- SAP La Coruña (Sec. 4ª) núm.107/2015 de 30 marzo. JUR 2015/3016.
- SAP Pontevedra (Sec.6ª) núm.158/2015 de 13 abril. JUR 2015/123370.

Resoluciones consultadas en el Capítulo VI La adquisición de vivienda en proyecto o en construcción

Del Tribunal Supremo Sala de lo Civil:

- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) de 17 febrero 1967. RJ 1967\735.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) de 23 septiembre 1986. RJ 1986 \4783.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) de 30 octubre 1989. RJ 1989 \6976.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) de19 diciembre 1989. RJ 1989 \8843.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) de13 marzo 1990. RJ 1990 \1693.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) de 18 mayo 1992. RJ 1992 \4130.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) 1 julio 1992. RJ 1992 \6498.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) 22 marzo 1993. RJ 1993 \2529.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm.89 /1994 de 15 febrero. RJ 1994 \1311.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 785/1997 de 22 septiembre. RJ 1997 \6858.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm.978 /1998 de 15 noviembre. RJ 1999\8217.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 235/2001 de 8 marzo. RJ 2001 \3975.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 367/2003 de 9 abril. RJ 2003/2957.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 851/ 2004 de 19 julio. RJ 2004/4868.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 671/ 2005de 22 septiembre. RJ 2005 /8795.

- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 111/ 2006 de 7 febrero. RJ 2006 /629.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 1265/ 2006 de 7 diciembre. RJ 2006/9887.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 398/2007 de 26 marzo. RJ 2007/2007.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 1070/2008 de 7 noviembre. RJ 2008 /7698.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 706/ 2011 de 25 octubre. RJ 2012 /433.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 842 /2011 de 25 noviembre. RJ 2012 /576.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 416/2012 de 19 julio. RJ 2013 /2262.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 731/ 2012 de 10 diciembre. RJ 2013 /914.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 25/2013 de 5 febrero. RJ 2013/1995.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 221/2013 de 11 abril. RJ 2013/3490.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 429/ 2013 de 11 junio. RJ 2013/4976.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 458/ 2013 de 10 julio. RJ 2013/5531.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 476/ 2013 de 3 julio. RJ 2013/5913.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 540/2013 de 13 septiembre. RJ 2013 /5931.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 28/ 2014 de 29 enero. RJ 2014/796.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 87/2014 de 18 febrero. RJ 2014/2091.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 210/2014 de 24 abril. RJ 2014/3029.
- STS Sala de lo Civil, (Pleno) núm. 221 /2014 de 5 mayo. RJ 2014 /3293.
- STS Sala de lo Civil, (Pleno) núm. 218 / 2014 de 7 mayo. RJ 2014/3126.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 242 /2014 de 23 mayo. RJ 2014 /2943.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 467 /2014 de 25 noviembre. RJ 2014 /6008.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) de 13 enero 2015. RJ 2015 /352.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) de 16 enero 2015. RJ 2015 /278.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) de 20 enero 2015. RJ 2015 /361.
- STS Sala de lo Civil, (Pleno) núm. 133 /2015 de 23 marzo. RJ 2015/1158.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 212/2015 de 20 enero. RJ 2015 /2014.
- STS Sala de lo Civil, (Pleno) núm. 265 /2015 de 22 abril. RJ 2015 /1360.
- STS Sala de lo Civil, (Pleno) núm. 227 /2015 de 30 abril. RJ 2015 /2019.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 366/2015 de 18 junio. RJ 2015 /2763.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 434 /2015 de 23 julio. RJ 2015 /3513.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 462 /2015 de 9 septiembre. RJ 2015 /3713.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 518 /2015 de 15 septiembre. RJ 2015 /5304.
- STS Sala de lo Civil, (Pleno) núm. 322 /2015 de 23 septiembre. RJ 2015 /4020.
- STS Sala de lo Civil, (Sec.1ª) núm. 733 /2015 de 21 diciembre. RJ 2015 /5403.
- STS, Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 137/2016 de 9 marzo. RJ 2016 /959.
- STS, Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 174 /2016 de 17 marzo. RJ 2016 /862.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 226/ 2016 de 8 de abril. RJ 2016 /1239.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 272 /2016 de 22 de abril RJ 2016 / 2088.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 360/2016 de 1 de junio. RJ 2016 / 2314.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm.420 /2016 de 24 de junio. RJ 2016 / 4065.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 465/2016 de 7 de julio. RJ 2016 /3722.
- STS Sala de lo Civil (Pleno) núm. 739/2016 de 21 diciembre. RJ 2016/5919.

De los Tribunales Superiores de Justicia:

- STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª) núm. 30/2008 de 22 diciembre. RJ 2009/1729.

De las Audiencias Provinciales:

- SAP de Granada (Sec. 4ª) núm. 122/2006 de 17 febrero. JUR 2006/161212.
- SAP Guipúzcoa (Sec. 2ª) núm. 2043/2007 de 9 febrero. JUR 2007/133017.

- SAP Valencia (Sec. 7ª) núm. 453/2007 de 3 octubre. JUR 2008/5163.
- SAP Málaga (Sec. 5ª) núm. 31/2008 de 24 enero. JUR 2008/245725.
- SAP Málaga (Sec.5ª) núm. 246/2008 de 8 mayo. JUR 2013/136499.
- SAP Málaga (Sec. 4ª) núm. 383/2008 de 12 junio. JUR 2011/211349.
- SAP Alicante (Sec. 8ª) núm. 14/2009 de 14 enero. JUR 2009/129797.
- SAP Granada (Sec.3ª) núm. 83/2009 de 20 febrero. JUR 2009/197604.
- SAP Islas Baleares (Sec. 4ª), núm. 160/2010 de 29 abril. JUR 2010/215894.
- SAP de Granada (Sec. 5ª) núm. 242/2010 de 28 mayo. JUR 2010/ 356703.
- SAP de Alicante (Sec.9ª) núm. 331/2010 de 25 junio. AC 2010/1342.
- SAP de Granada (Sec. 5ª) núm. 323/2010 de 23 julio. JUR 2010/ 355418.
- SAP de Granada (Sec.3ª) núm. 377/2010 de 30 septiembre. JUR 2011/ 71293.
- SAP Murcia (Sec.4ª) núm. 274/2011 de 26 mayo. JUR 2011/28073.
- SAP Alicante (Sec.9ª) núm. 322/2012 de 23 mayo. JUR 2012/257795.
- SAP de Burgos (Sec. 2ª) núm. 389/2012 de 25 octubre. JUR 2012/402934.
- SAP Sevilla (Sec.6ª) núm. 498/2012 de 21 diciembre. JUR 2013/146702.
- SAP Las Palmas (Sec. 3ª) núm. 169/2013 de 21 marzo. AC 2013/2388.
- SAP Valencia (Sec. 8ª) núm. 365/2013 de 29 julio. JUR 2013/352042.

Resoluciones consultadas del Capítulo VII Contenido del contrato de compraventa de vivienda

Del Tribunal Supremo Sala de lo Civil:

- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 235/2002 de 18 de marzo. RJ 2002/2848.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 936/2005 de 7diciembre. RJ2006/189.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 130/2007 de 5 febrero. RJ 2007/730.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 291/2007 de 21marzo. RJ 2007 /2618.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 1180/2007 de 12 noviembre. RJ 2007/8107.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 859/2009 de 14 enero. RJ 2010/2323.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 457/2011 de 27 junio. RJ 2011/5839.
- STS Sala de lo Civil (Pleno) núm. 315/2011 de 4 de julio. RJ 2011/5964.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 416/2012 de 19 julio. RJ 2013/2262.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 537/2012 de 10 septiembre. RJ 2013/2266.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 672/2012 de 12 de noviembre. RJ 2013/7.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 695/2012 de 29 de noviembre. RJ 2013/191.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 82/2013 de 11 marzo. RJ 2013/2590.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 429/2013 de 11 junio. RJ 2013/4976.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 465/2013 de 15 julio. RJ 2013/8090.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 8/2014 de 5 febrero. RJ 2014/1061.
- STS de la Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 223/2014 de 28 de abril. RJ 2014/2668.
- STS de la Sala de lo Civil (Pleno) núm. 218/2014 de 7 mayo. RJ. 2014/3126.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 434/2014 de 21 julio. RJ 2014/4542.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 303/2014 de 16 septiembre. RJ 2014/5552.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 265/2015 de 22 abril. RJ 2015/1360.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 317/2015 de 2 junio. RJ 2015/3158.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 373/2015 de 26 junio. RJ 2015/2659.
- STS Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) núm. 106/2016 de 29 de febrero. RJ 2016/746.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 137/2016 de 9 marzo. RJ 2016/959.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 403/2016 de 15 junio. RJ 2016/2766.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 525/2016 de 22 julio. RJ 2016/3220.

- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 527/2016 de 12 septiembre. RJ 2016/4437.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 612/2016 de 7 octubre. RJ 2016/4920.
- STS Sala de lo Civil (Sec.1ª) núm. 182/2017 de 13 marzo. RJ 2017/60759.

Resoluciones consultadas en el Capítulo VIII. Protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas

Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes Comunidad Europea:

- STJUE 3 junio 2010 (asunto C-484/94).
- STJUE 14 Junio 2012 (asunto C-618/10).
- STJUE 21Febrero 2013 (asunto C-472/11).
- STJUE 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13).

Del Tribunal Supremo Sala de lo Civil:

- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 550/2000 de 1 junio. RJ 2000\5090.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 789/2002 de 24 julio. RJ 2002\6491.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 501/2008 de 3 junio. RJ 2008\4170.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 1114/2008 de 2 diciembre. RJ 2009\1974.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 221/2013 de 11 abril. RJ 2013\3490.
- STS Sala de lo Civil, (Sec. Pleno) núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 476/2013 de 3 julio. RJ 2013\5913.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 37/2014 de 30 enero. RJ 2014\1295.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 214/2014 de 15 abril. RJ 2014\3122.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 213/2014 de 21 abril. RJ 2014\3281.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 86/2014 de 26 mayo. RJ 2014\3880.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 1/2016 de 21 enero. RJ 2016\21.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 180/2016 de 17 marzo. RJ 2016\21.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 561/2016 de 23 septiembre. RJ 2016\1547.

De las Audiencias Provinciales:

- SAP Castellón (Sec.1ª) núm. 308/2002 de 15 octubre. AC 2002/1915.
- SAP Sevilla (Sec.5ª) núm.662/2003 de 8 octubre. JUR. 2003/264629.
- SAP Madrid (Sec. 28ª) núm.164/2008 de 20 junio. AC 2008/1878.
- SAP Islas Baleares (Sec. 3ª) núm.435/2011 de 17 noviembre. AC 2011/2301.
- SAP Sevilla (Sec. 6ª) núm.440/2011 de 13 diciembre. JUR 2012/70783.
- SAP Alicante (Sec. 8ª) núm.219/2012 de 15 mayo. JUR 2012/248759.
- SAP Murcia (Sec. 5ª) núm.40/2013 de 29 enero. AC 2013/894.
- SAP Madrid (Sec. 12ª) núm.56/2014 de 12 febrero. JUR 2014/1547.

Resoluciones consultadas en el Capítulo IX Protección del consumidor en el arrendamiento de vivienda tras la reforma operada en la LAU con la entrada en vigor de la Ley 4/2013

Del Tribunal Supremo Sala de lo Civil:

- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) 5 abril 1991. RJ 1991\2642.
- STS Sala de lo Civil núm. /1991 de 18 octubre. RJ 1991\7081.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 371/1994 de 27 abril. RJ 1994\3080.
- STS Sala de lo Civil núm. 1059/1996 de 10 diciembre. RJ 1996\8847.

- STS Sala de lo Civil núm. 1981/1997 de 26 diciembre. RJ 1997\9662.
- STS Sala de lo Civil, (Sec. Pleno) núm. 1393/2007 de 12 enero. RJ 2007\327.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 1219/2008 de 19 diciembre. RJ 2009\23.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 629/2009 de 14 octubre. RJ 2009\5569.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 181/2010 de 18 marzo. RJ 2010\2406.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 738/2010 de 8 noviembre. RJ 2010\8030.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 828/2010 de 17 diciembre. RJ 2011\1552.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 848/2010 de 27 diciembre. RJ 2011\1784.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 412/2011 de 22 junio. RJ 2011\4769.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 594/2011 de 9 septiembre. RJ 2011\6415.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 139/2013 de 8 marzo. RJ 2013\2416.
- STS Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) núm. 274/2013 de 18 abril. RJ 2013\3266.
- STS Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) núm. 295/2013 de 22 abril. RJ 2013\4604.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 539/2014 de 14 enero. RJ 2015\353.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 180/2014 de 27 marzo. RJ 2014\1530.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 113/2015 de 4 marzo. RJ 2015\605.
- STS Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) núm. 211/2015 de 22 abril. RJ 2015\2381.
- STS Sala de lo Civil, (Sec. 1ª) núm. 248/2015 de 30 abril. RJ 2015\1721.
- STS Sala de lo Civil (Sec. 1ª) núm. 393/2015 de 24 junio. RJ 2015\2548.

De la Audiencia Provincial

- SAP Granada (Sec.3ª) núm. 767/2000 de 9 septiembre. AC 2000\2127.
- SAP Vizcaya (Sec.5ª) núm. 182/2014 de 30 octubre. JUR 2015\14471.
- SAP Madrid (Sec.19ª) núm. 247/2015 de 9 julio. JUR 2015\238760.
- SAP La Coruña (Sec. 6ª) núm. 296/2015 de 11 septiembre. JUR 2015\233528.
- SAP Pontevedra (Sec.6ª) núm. 113/2016 de 4 marzo. JUR 2016/76090.

DIRECCIONES DE INTERNET CONSULTADAS

eur-lex.europa.eu › EUROPA › EU law and publications
http://consum.gencat.cat/temes_de_consum/clausules-abusives/index_es.html#12
<http://www.20minutos.es/noticia/1340752/0/sociedad-publica-alquiler/desaparece/tras-siete-anos/>
http://www.consumoresponde.es/art%C3%ADculos/campa%C3%ADa_de_inspecci%C3%B3n_sobre_la_informaci%C3%B3n_en_la_compraventa_y_arrendamiento_de_vivienda
<http://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/>
<http://www.ebrary.com>
<http://www.euoparl.europa.eu/>
<http://www.euoparl.europa.eu/>
<http://www.fomento.es>
<http://www.juntadeandalucia.es/temas/vivienda-consumo/compra/impuestos.html>
<http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/compraventa-de-vivienda>
<http://www.uclm.es/centro>
<https://www.juntadeandalucia.es>
<https://www.sareb.es/>
www.ces.es/documents
www.congreso.es/public_oficiales
www.elderecho.com
www.registradores.org
www.registradores.org/estadisticas_registrales.jsp

