Promotor, consumidor y retraso en la entrega de la vivienda. Un debate jurídico por concluir

Óscar Fernández León
Abogado

Sumario

I. El retraso en la entrega de la vivienda de nueva construcción: una practica por erradicar..

II. Breves consideraciones de la compraventa de vivienda sobre plano.

III. El contrato de compraventa de vivienda sobre plano: marco legal y protección a los consumidores.

IV. La dinamica de la obligación de entrega de la vivienda y su incumplimiento: la mora del promotor.

V. Falta de reciprocidad.

VI. Efectos del incumplimiento de la obligación de entrega: resolución, cumplimiento e indemnización de daños y perjuicios.

VII. Las clausulas de entrega de la vivienda en el contrato de compraventa sobre plano: una practica cuestionada.

VIII. Caso Fortuito Y Fuerza Mayor: Un Recorrido Por La Jurisprudencia.

IX. La previsión de lo imprevisible: vias de actuación del promotor.

I. El retraso en la entrega de la vivienda de nueva construcción: una practica por erradicar.

El retraso en la entrega de las vivienda adquirida a través de la modalidad conocida como compraventa sobre plano o de vivienda en construcción constituye un problema social de primer orden tal y como lo acreditan los estudios e informes existentes sobre la materia.

Según estudios realizados por diferentes asociaciones dedicadas a la protección del consumidor, durante el año 2003, de las 13.000 viviendas nuevas que se entregaron en toda España, un 35,85 % fueron entregadas con retraso respecto del plazo contractualmente pactado, siendo el tiempo medio de espera de 83 días. La meteorología, problemas económicos de la constructora y los tramites administrativos son las causas comúnmente invocadas por las promotoras para justificar dichos retrasos .En marzo de 2004, la Organización De Consumidores Y Usuarios (OCU) elaboró un estudio que reveló que más de la mitad de las viviendas de las promociones visitadas no se entregaron en la fecha prevista en el contrato de compraventa, llegando dicho retraso en algún caso a superar el año y medio. Igualmente, el estudio revela que sólo un 31 % de los promotores indican por escrito la fecha de entrega frente a un 58 % que facilitan verbalmente la fecha de entrega y un 11 % que facilitan verbalmente la fecha aproximada de entrega*(1)*.

Teniendo en consideración que la fecha de entrega de la vivienda constituye un elemento esencial del contrato, las irregularidades relativas a la consignación de la fecha de entrega en el contrato así como las vinculadas a la entrega de la vivienda en el plazo pactado constituyen un problema social y jurídico de primer orden, máxime si tenemos en *cuenta que para el ciudadano, la vivienda representa un factor de trascendencia económica y vital, lo que a su vez comporta la existencia de una importante regulación legal sobre la materia, cuyo incumplimiento dará lugar a la aplicación, en última instancia por nuestros Juzgados y Tribunales, de un conjunto de principios jurídicos orientados a la protección del consumidor.

Será objeto de nuestro trabajo, un examen del contexto jurídico en el que se desenvuelve el proceso de promoción inmobiliaria en cuanto a la entrega de viviendas nuevas se refiere, con especial análisis de las causas que motivan la existencia de dichos retrasos, para concluir con una reflexión práctica que, al amparo de nuestro ordenamiento jurídico y las soluciones que han venido aportando nuestros Juzgados y Tribunales, ofrezca pautas de actuación que faciliten al promotor inmobiliario el proceso puntual de entrega de las viviendas.

II. Breves consideraciones de la compraventa de vivienda sobre plano.

Los supuestos de retraso en la entrega de la vivienda objeto de una promoción inmobiliaria se encuentran íntimamente vinculados a la contratación realizada bajo la modalidad contractual conocida como compraventa sobre plano. En el presente capítulo se ofrecen unas nociones básicas sobre esta forma contractual de notable importancia en el sector inmobiliario.

Constituye una practica inmobiliaria consolidada la venta de los inmuebles resultantes de una promoción a través de la modalidad contractual conocida como compraventa de vivienda futura, compraventa en proyecto o en construcción, denominada usualmente venta de vivienda sobre plano. En virtud de esta modalidad contractual, una de las partes, el promotor inmobiliario, se obliga a entregar al comprador,

una vivienda terminada (vivienda que en el momento de concertar el contrato se encuentra en proyecto o en fase de construcción) a cambio de un precio. En esta modalidad de compraventa, las viviendas no tienen una existencia actual, sino futura, aunque gráficamente prefigurada y en vías de conformación.

Ante la ausencia de una normativa específica dirigida a regular esta modalidad de contratación(2), hemos de acudir al Código Civil, encontrando el referente de la misma en dos preceptos, el artículo 1.145 del Código Civil, que constituye soporte y fundamento del contrato de compraventa y el artículo 1.271 que concede validez a las cosas futuras para ser objeto de contratación. Por lo tanto, desde una perspectiva del ordenamiento jurídico español, es válido y lícito el contrato por el que una persona compra a otra un piso, local, plaza de garaje, etc.... en un edificio que se va a construir.

Igualmente, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre esta figura contractual, siendo doctrina del alto Tribunal el considerarla como una modalidad de los contratos sobre cosa futura, en los que el vendedor no sólo asume la obligación genérica de entregar la cosa, sino la obligación preparatoria de construirla o promover su construcción.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 julio 1992, se trata de un contrato complejo sometido a algunas normas propias del de ejecución de obra, combinadas con las de la compraventa; en el mismo, el vendedor se obliga a «hacer entrega al comprador de lo enajenado, una vez alcance realidad exterior con el deber de desplegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en el que se obligó» (STS 17 junio 1986).

En dichos contratos el vendedor, junto a la obligación de entregar la cosa vendida, asume la de construirla o promover su construcción, para lo que debe adquirir el terreno, contratar técnicos que proyecten y dirijan la obra, financiar la construcción y cumplir con las exigencias administrativas y urbanísticas relativas a la construcción, pues ello es necesario para un correcto cumplimiento de la obligación de entrega.

Esta modalidad de compraventa de vivienda puede considerarse como la práctica normal en el segmento de la promoción inmobiliaria de vivienda nueva, y así lo confirman las estadísticas de forma abrumadora, toda vez que el sistema de venta sobre plano permite al promotor reducir notablemente el riesgo económico, dado que a través de un sondeo previo, determina la existencia de la demanda necesaria para el éxito de la promoción, procediendo acto seguido, y gracias a la existencia de dicha demanda (normalmente representada por contratos de reserva o señal) a tramitar ante la correspondiente entidad bancaria la financiación de la obra mediante la obtención del crédito promotor, avales en garantías a cuenta, a través de cualquier otro sistema de financiación. Igualmente, la operación sobre plano permite al promotor establecer un calendario escalonado de pagos por parte del comprador con cuyo producto financiara igualmente la ejecución material de la obra. De esta forma y una concluido el proceso de comercialización de todas las unidades inmobiliarias de la promoción, el promotor podrá comenzar a desarrollar una nueva promoción coincidiendo con la otra en curso.

Con estos antecedentes, baste por ahora, y a los efectos del presente trabajo, señalar que por razón del objeto de este tipo de contrato (una vivienda proyectada pero no concluida) el comprador de la vivienda sobre plano no sólo tiene derecho a que la obra se haya ejecutado de acuerdo a lo expresamente pactado y a lo que se derive de ello conforme a la buena fe, al uso y a la ley tal y como resulta del artículo 1258 del Código Civil, sino a que le sea entregada la vivienda en el plazo estipulado en el contrato de compraventa. Caso de desviación sobre las previsiones contractuales en cuanto a la entrega se producirá un incumplimiento o, más concretamente, un cumplimiento inexacto, imperfecto o deficiente de las obligaciones asumidas por la promotora-vendedora, incumplimiento éste que suele dar lugar al ejercicio por los compradores de las correspondientes acciones judiciales destinadas a exigir el cumplimiento íntegro del contrato o la resolución y, en ambos casos, con la indemnización de daños y perjuicios.

III. El contrato de compraventa de vivienda sobre plano: marco legal y protección a los consumidores.

El contrato de compraventa de vivienda sobre plano constituye uno de los ejemplos paradigmáticos de las relaciones entre empresarios y consumidores que no escapa al fenómeno de la contratación en masa. Dicha situación (la contratación en masa) viene generando importantes disfunciones en el proceso de negociación del contrato, especialmente de redacción de cláusulas elaboradas con escasa o nula participación del comprador. Dada la importancia que para dicha modalidad de contratación tiene la normativa de protección de los consumidores, vamos a proceder en este capítulo a realizar un breve recorrido por la normativa relativa a la vivienda y protección al consumidor.

La Constitución española señala como uno de los principios rectores de la política económica y social el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, promoviendo los poderes públicos las condiciones necesarias para ello y las normas pertinentes para hacerlo efectivo (artículo 47). Por ello, y dado que el objeto del contrato de compraventa sobre plano es normalmente un inmueble que va a ser destinado por los compradores a vivienda, los operadores jurídicos habrán de tener en consideración, al examinar o analizar cualquier incidencia derivada de esta modalidad, no sólo una interpretación general de las normas generales sobre contratación y las específicas del contrato referido, favorables a la efectividad de ese derecho constitucional, sino igualmente la abundante y compleja normativa desarrollada con el fin de velar por los intereses de los compradores, la parte más débil en la contratación, mediante la imposición a la otra parte (vendedor-promotor) de ciertos deberes de conducta, tanto en la fase de preparación, como en la de perfección del contrato. Por lo tanto, cualquier planteamiento dirigido al análisis de las relaciones existentes entre promotor inmobiliario y consumidor debe encuadrarse en el marco de la Constitución de 1978 y de la normativa que la desarrolla.

De este modo, consecuencia del mandato constitucional, se produce la aprobación de la Ley 26/ 1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo LCU), complementada por el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, regulador de la Protección de los Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento, dictado en desarrollo de determinados preceptos de la LCU. Finalmente, como complemento de los anteriores se dictó el Real decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se catalogan diversos productos, bienes y servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de

vivienda, lo que supone la existencia de un pronunciamiento en uno u otro sentido por parte del Juez o Tribunal sobre la validez de la cláusula a la luz de la normativa examinada sobre protección y defensa de los consumidores.

IV. La dinamica de la obligación de entrega de la vivienda y su incumplimiento: la mora del promotor.

Es objeto del presente capítulo realizar un conciso recorrido por las disposiciones legales de aplicación en los supuestos de inobservancia de la obligación de entrega de la vivienda. Para ello, realizaremos un examen general de los postulados fundamentales de aplicación, realizando un resumen final desde la perspectiva específica del tema que venimos examinando.

Tal y como exponíamos en el Capítulo II, el contrato de compraventa de vivienda sobre plano es un contrato válido y eficaz conforme a nuestro ordenamiento jurídico, por lo que una vez perfeccionado por el mero consentimiento, obliga, 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, disfrutando las obligaciones nacidas de dicha modalidad contractual fuerza de ley entre las partes que los otorgan y sus herederos (artículos 1.091, 1.257 y 1.258 DEL Código Civil).

Pues bien, de entre las diversas obligaciones vinculadas a una operación de compraventa, y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.461 del Código Civil, la obligación principal del vendedor es la de entregar la cosa vendida en el plazo y condiciones establecidas por las partes, disponiendo el artículo 1.462 del mismo texto legal que no se entenderá entregada la cosa vendida hasta que la misma se ponga en poder y posesión del comprador.

Configurada así la obligación de entrega, la dinámica del incumplimiento de esta obligación va a venir determinada por el concepto de la mora del deudor, institución ésta recogida en el 1.100 del Código Civil. Según este precepto " incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación ". Sobre la base de dicho precepto, la institución de la mora viene considerada por nuestra doctrina y jurisprudencia como el retraso culpable o malicioso en el cumplimiento de la obligación (STS 18-6-1964, 8-6-1966), siendo requisitos necesarios para la efectiva constitución en mora los siguientes:

1º. La existencia de una obligación de dar o hacer.

2º. Exigibilidad de la obligación.

3º. Culpabilidad o dolo del deudor.

4º. Intimación del acreedor.

Por su necesaria aplicación al presente trabajo, debemos destacar el último párrafo del artículo 1.100 antes citado, el cual indica que " en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro ". Dicho párrafo establece una importante excepción al requisito de la intimación al acreedor antes señalada, dado que en las obligaciones de naturaleza recíproca (igualmente conocidas como obligaciones bilaterales o sinalagmáticas), es decir, en aquellas en las que cada una de las partes tiene frente a la otra un derecho de crédito y un deber de prestación correlativo y recíproco ligados por un nexo de interdependencia (como es el supuesto de la compraventa de viviendas) no será necesaria la intimación del acreedor, ya que conforme a lo expuesto, cumplida la obligación por una de las partes, la otra incurriría en mora de forma automática y sin necesidad de ser requerido judicial o extrajudicialmente desde el momento en que se produjera el incumplimiento de su correlativa obligación; esto es, vencido el plazo sin satisfacción de la prestación debida.

Igualmente, es de notoria importancia el artículo 1.105 del Código Civil que establece que "fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables ", precepto éste que consagra el principio que afirma que la falta de cumplimiento ha de ser voluntaria, ya que en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor la mora se excluye.

Como efecto principal de la mora, el artículo 1101 del Código Civil establece que " quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas " . Dicho precepto, consagra el efecto principal de la mora, cual es la obligación del deudor moroso de indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios causados a resultas del retraso en el cumplimiento de la obligación, indemnización que se articula en vía judicial mediante el ejercicio de la acción de resarcimiento ex artículo 1.101. En cuanto a la cuantía de los daños, señala el artículo 1107 que " los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento".

Finalmente, y respecto a las obligaciones recíprocas, una vez producido el incumplimiento contractual causante de la constitución del deudor en estado de mora, el artículo 1124 del Código Civil establece la facultad del perjudicado de escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, pudiendo pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Por lo tanto, y centrándonos en la compraventa de viviendas sobre plano, la aplicación de la normativa referenciada a los supuestos de incumplimiento de entrega de la vivienda, podría sistematizarse en los siguientes apartados:

1º. El contrato de compraventa de vivienda sobre plano es un contrato válido y eficaz conforme a nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo una de las principales obligaciones dimanantes del citado contrato la obligación del vendedor la de entregar la cosa vendida en el plazo contractualmente pactado.

2º. Siendo las obligaciones dimanantes del contrato de compraventa de vivienda sobre plano recíprocas, bilaterales o sinalagmáticas, el cumplimiento por parte del comprador de sus obligaciones (muy especialmente el pago del precio pactado según el calendario de pago fijado en el contrato) frente al incumplimiento del vendedor de su obligación de entrega, provocará, de forma automática y sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial del acreedor, la constitución del vendedor en mora, excepto que el retraso en el cumplimiento

Consumidores y Usuarios. En su Anexo 1, que relaciona bienes, productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a los efectos de los artículos 2.02 y 6.0 de la LCU la vivienda destinada a residencia habitual.

Como un nuevo paso adelante en materia de protección a los consumidores nuestro legislador llevó a cabo la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores a través de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación. Dicha norma, responde al deseo de otorgar una mayor protección a los consumidores, quienes en sus relaciones con el empresario, vendedor del bien o servicio objeto de contratación, se ve obligado a adherirse a un contrato previamente redactado por éste, denominado contrato de adhesión, respecto del cual el consumidor difícilmente podrá modificar su clausulado o influir, directa o indirectamente en su contenido. En ocasiones, el contenido de dicho clausulado, conocido como condiciones generales de la contratación, encierra cláusulas contractuales que suponen un desequilibrio injustificado entre los derechos y obligaciones de un contrato en perjuicio de la parte que se adhiere a dicho contrato, es decir, del consumidor, puesto que el empresario o profesional es quien predispone el contenido de dichas cláusulas.

Deteniéndonos en esta regulación por su interés en la materia tratada, la Ley 7/1998 introduce la definición de cláusula abusiva a través de la modificación del artículo 10 de la LCU, añadiendo el artículo 10 bis y una Disposición Adicional Primera a la LCU. Conforme a lo dispuesto en el artículo 10 bis de la LCU, se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo.

Igualmente, y consagrando el principio de el " favor contracti " el artículo 10 bis establece que la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil, por lo que a estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

Otra importante innovación constituye la incorporación a la LCU de una nueva Disposición Adicional Primera de la LCU, disposición que establece una lista enunciativa y no exhaustiva de las cláusulas o estipulaciones contractuales que tienen el carácter de abusivas a los efectos del artículo 10 bis. De entre las citadas cláusulas (un total de 29) hemos de destacar las siguientes, dada su reiterada invocación ante los Juzgados y Tribunales en procedimientos sobre incumplimientos de obligación de entrega de viviendas*(3)*. Así, y respetando el orden numérico de identificación de la cláusula, podemos señalar las siguientes:

" Disposición adicional primera. Cláusulas abusivas.

A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

I. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional

1ª Las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

3ª La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

4ª La supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.

5ª La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional.

II. Privación de derechos básicos del consumidor.

12. La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.

IV. Falta de reciprocidad.

17. La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato.

Finalmente, y a modo de mecanismo de control dirigido a determinar la adecuación del clausulado de los contratos a los principios establecidos por la normativa vigente, la LCGC establece, entre otros, tres nuevas acciones judiciales: la acción declarativa, cuyo objeto es el obtener el reconocimiento de una cláusula como condición general de la contratación e instar su inscripción en el registro de condiciones generales de la contratación cuando sea necesario; la acción de retractación, destinada a obligar al demandado que se retracte de recomendar el uso de cláusulas nulas y se abstenga de recomendarlas en el futuro; la acción de cesación, dirigida a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de las condiciones generales de sus contratos aquellas cláusulas que sean nulas y a abstenerse de utilizarlas en el futuro.

Con independencia de la novedad que constituyen dichas acciones, persiste, y con mayor fuerza, la acción individual de nulidad contractual amparada por las reglas generales de la nulidad contractual establecidas en el Código Civil, acción ésta que dispondrá como referente los principios y disposiciones establecidas tanto en la LCU como en la LCGC. De hecho, si examinamos la jurisprudencia elaborada en torno a los procesos sobre incumplimiento en la entrega de la vivienda, en numerosas ocasiones, los consumidores, previa la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios, solicitan la declaración de nulidad de la cláusula establecida en el contrato privado de compraventa relativa a la entrega de la

de la obligación se deba a caso fortuito o fuerza mayor.

3º. Como consecuencia de la situación de morosidad del promotor, el comprador se encontrará facultado reclamar a aquel los daños y perjuicios causados como consecuencia de la situación de retraso, bien de forma autónoma en los casos en los que, de forma tardía, se hubiera entregado la vivienda; bien al amparo del ejercicio de la acción de cumplimiento de la obligación ex artículo 1124 del Código Civil caso de reclamar judicialmente el cumplimiento de la obligación de entrega; bien, finalmente, al amparo del ejercicio de la acción de resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación de entrega.

4º. Los daños y perjuicios objeto de reclamación serán aquellos causados al comprador como consecuencia de la falta de disposición de la vivienda adquirida en la fecha prevista, los cuales, conforme a la casuística jurisprudencial vienen determinados normalmente por los meses de renta abonados por el vendedor como consecuencia del arrendamiento de otra vivienda durante el periodo comprendido entre la fecha de entrega pactada y la fecha real de entrega.

VI. Efectos del incumplimiento de la obligación de entrega: resolución, cumplimiento e indemnización de daños y perjuicios.

Como indicábamos en el capítulo precedente, el incumplimiento de la obligación de entrega pactada en el contrato de compraventa de vivienda tiene como efecto la constitución en mora y la sujeción del promotor a los daños y perjuicios causados al comprador por dicho retraso. Ante esta situación, el comprador dispone de diversas acciones dirigidas a satisfacer su pretensión, pudiendo optar entre articular una u otra acción en función de sus expectativas.

Incumplida por el promotor la obligación de entrega de la vivienda en el plazo pactado y siempre que el comprador hubiera cumplido con sus obligaciones contractuales y el incumplimiento no derivara de caso fortuito o fuerza mayor, el promotor se encuentra en situación de mora conforme al artículo 1100 del Código Civil. A partir de este momento, nace para éste la obligación de indemnizar al comprador por los daños y perjuicios causados por el retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega, si bien el promotor continuará obligado al cumplimiento de su prestación, ya que la constitución en mora, como señala la STS de 30-12-1971 " el retraso culpable.... no quita la posibilidad de cumplimiento tardío, porque si por consecuencia del retraso desapareciera la posibilidad de cumplir, más que mora habría incumplimiento total "

Pues bien, desde una perspectiva procesal, y ante el incumplimiento del promotor, el comprador puede adoptar alguna de las siguientes posturas:

1º. La vivienda no ha sido entregada en el plazo pactado: Ejercitar ex artículo 1124 del Código Civil la acción de cumplimiento, exigiendo, vía judicial, una sentencia por la que se condene al promotor a efectuar la entrega de la vivienda. Simultáneamente al ejercicio de dicha acción, se ejercitaría la acción de resarcimiento ex artículo 1101 en reclamación de los daños y perjuicios causados al comprador a resultas del retraso en la entrega de la vivienda.

2º. La vivienda no ha sido entregada en el plazo pactado: Ejercitar ex artículo 1124 del Código Civil la acción de resolución contractual, exigiendo, vía judicial, una sentencia por la que se declare resuelto el contrato de compraventa de vivienda con devolución de las cantidades entregadas como parte del precio. Simultáneamente al ejercicio de dicha acción, se ejercitaría la acción de resarcimiento ex artículo 1101 en reclamación de los daños y perjuicios causados al comprador a resultas del retraso en la entrega de la vivienda.

3º. La vivienda ya ha sido entregada aunque con retraso: Ejercitar la acción de resarcimiento ex artículo 1101 en reclamación de los daños y perjuicios causados al comprador a resultas del retraso en la entrega de la vivienda.

Caso de pactarse en el contrato de compraventa alguna cláusula penal destinada a penalizar el retraso, se aplicaría el módulo establecido en la misma, si bien sometida a la facultad de moderación del órgano judicial. Respecto a estas cláusulas penales, sometidas a la autonomía de la voluntad, existe una corriente sustentada por las asociaciones de Consumidores, que exigen que dichas indemnizaciones se establezcan legalmente, dado la práctica imposibilidad de negociar con la promotora una condición tan perjudicial para la misma*(4)*.

De las acciones referidas, conviene destacar respecto de la acción por la que se insta la resolución del contrato de compraventa y devolución de las cantidades entregadas (quizás la menos frecuente de todas dada la evolución que han experimentado los precios de la vivienda), que nuestros Juzgados y Tribunales, al interpretar los artículos 1100 y 1124 del Código Civil exigen para el éxito de la acción de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda el que dicho retraso sea cualificado (STS 16-12-1968 y 22-3-1985). Así, el incumplimiento debe ser grave u obstativo para dar lugar a la resolución, sin que en nuestro ordenamiento jurídico exista una mayor derecho a favor del consumidor de resolver el contrato cuando se ha producido un incumplimiento en el plazo de entrega. Sobre la precisión de cual es el plazo de retraso que constituye incumplimiento sustancial, no existen normas generales aplicables, debiendo examinarse la cuestión caso por caso al amparo de las circunstancias concurrentes*(5)*.

VII. Las clausulas de entrega de la vivienda en el contrato de compraventa sobre plano: una practica cuestionada.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la obligación de entrega de la vivienda construida por el promotor al comprador constituye una obligación esencial y de primer orden del contrato de compraventa sobre plano, obligación que, caso de ser incumplida por el promotor, es frecuentemente examinada por los órganos judiciales en orden a dar, en su caso, la debida protección a los consumidores afectados.

En este contexto, la redacción del clausulado del contrato de compraventa sobre plano por el promotor y, muy especialmente, la redacción de la cláusula sobre entrega de la vivienda deberá realizarse con la debida atención, claridad y rigor a la luz de la normativa anteriormente relacionada.

Dos son los aspectos a considerar en cualquier cláusula de entrega incorporada a contratos de compraventa de viviendas sobre plano: 1) La fecha de entrega, la cual normalmente vendrá determinada bien considerando un periodo de entrega (dentro de los próximos x meses); antes de determinada fecha (antes del día X del mes Y del año Z) ; o incluso, dentro de un plazo después de cumplido determinado requisito administrativo (dentro del mes siguiente a la obtención de la licencia

de primera ocupación) . 2) Los efectos del incumplimiento de la obligación de entrega, los cuales suelen articularse a través de cláusulas penales.

Respecto a la fecha de entrega, el art. 10 bis de la LCU establece que son abusivas aquellas cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra. Igualmente, la referida Disposición Adicional establece como abusivas aquellas cláusulas que consignen fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional. Ello nos lleva a afirmar que este tipo de cláusulas deberán especificar con claridad la fecha de entrega de la vivienda, quedando vedada toda prórroga del plazo de entrega a favor de la voluntad unilateral de la promotora. Sin embargo, la realidad es bien distinta. Los estudios e informes realizados demuestran que la tendencia observada es la redacción de cláusulas poco claras en las que o no se especifica la fecha de entrega o, si se hace, lo es de forma aproximada y condicionada a eventos sometidos al control y voluntad exclusiva del promotor. Ello trae su causa, como se examinará a fondo posteriormente, en la situación a la que se enfrentan los promotores y su equipos profesionales al comienzo de toda promoción, quienes deben contar con un conjunto de imprevistos que escapan a su control podrán poner en peligro el cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda conforme a lo pactado y proyectado por el promotor.

Basta un mero examen de las diferentes cláusulas contractuales que hemos encontrado en diversas resoluciones judiciales para comprobar la casuística existente a la hora de redactarse dicha cláusula:

1) Si la promotora no entregase la vivienda por todo el mes de diciembre del año 2000 la parte compradora podrá optar entre conceder una nueva prórroga de seis meses a la compradora o bien declarar resuelto el contrato, con la devolución de las cantidades entregadas hasta la fecha de la resolución regularizadas al tipo de interés oficial del dinero vigente en ese momento.

En este supuesto, puede observarse como a través de una artificiosa estipulación, se está privando al comprador de la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación una vez se ha materializado el incumplimiento. O el contrato se prorroga, con lo cual el incumplimiento queda sin sanción o, en otro caso, se resuelve el contrato, lo que obviamente favorecerá a la promotora por razón del incremento de los precios de veta de la vivienda, muy superiores al incremento sufrido por el interés legal del dinero.

2) La vivienda será entregada antes del día 1 de julio de 2004 salvo la existencia de causas de fuerza mayor que retrasen la obra tales como hallazgos arqueológicos, inclemencias del tiempo que obliguen a la suspensión o paralización de los trabajos, huelga o conflicto colectivo, sea o no legal, en cualquier rama que se refiera a la construcción y el transporte u otras.

En este caso, el promotor introduce una serie de eventos que, desde la firma del contrato ya son calificados como causa de fuerza mayor, cuando como veremos en el capítulo VII deben concurrir una circunstancias muy excepcionales para que dichos eventos sean considerados como fuerza mayor. Sin embargo, es lógico pensar que producido alguno de estos eventos, el comprador podrá entender erróneamente que el retraso está amparado por dicha cláusula.

3) Que la terminación de las obras se producirá en el mes de junio de 201, a partir de la cual la promotora procederá a la obtención de la Calificación definitiva y Licencia de primera ocupación, la que comunicaría al comprador para que en el plazo de 30 días suscribiera la liquidación de cuentas, en cuyo momento comenzaría el plazo de 15 días para que la promotora proceda a la entrega de la vivienda y otorgamiento de la escritura pública de compraventa.

En este caso, si bien la redacción aparenta cierta corrección, existe una laguna temporal de cierta importancia, dado que no se establece plazo alguno para la tramitación de las autorizaciones administrativas, por lo que habrá que examinar la conducta del promotor en la tramitación administrativa, ya que es posible que el inicio de la misma y su actuación en el proceso administrativo no sea del todo diligente.

4) La entrega de la vivienda se realizará dentro de los dos meses siguientes a la terminación de la obra.

Al no determinarse la fecha de terminación de la obra, el comprador queda en una situación de indefensión y sometido, de forma indirecta, a la voluntad del promotor.

Consciente de esta situación, el Instituto Nacional de Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo, en base al dictamen emitido por la Comisión de Cooperación de Consumo y conforme al criterio de la Comisión Asesora de cláusulas abusivas, declararon en el año 2001 ajustadas a lo dispuesto en los artículos 10. 10 bis y Disposición Adicional Primera de la LCU el pliego de condiciones particulares o contrato de compraventa de vivienda, el Anexo, las condiciones generales de dicho contrato así como las estipulaciones especiales de las viviendas de protección especial (VPO), lo que supuso la puesta en circulación de un modelo de contrato de compraventa de vivienda teóricamente ajustado a la normativa de protección del consumidor*(6)*. Dicho contrato, recomendado por asociaciones de consumidores y de promotores, si bien estos últimos en menor medida. Dicho modelo de contrato se encuentra sometido ,en todo caso, a la valoración que de sus cláusulas realicen las instancias judiciales, únicos con soberanía para determinar en última instancia la nulidad de las cláusulas que se reputen abusivas.

En lo referente a la entrega de la vivienda, el modelo de contrato del Instituto Nacional de Consumo establece en la estipulación primera de las condicionales particulares que " la parte vendedora entregará a la parte compradora la vivienda y los anexos objeto del presente contrato antes del día ..... siempre que la parte compradora tenga abonadas las cantidades devengadas en dicha fecha conforme a lo previsto en las estipulaciones cuarta y sexta del presente contrato. En caso de que el vendedor no pueda entregar la vivienda y anexo en la fecha prevista será de aplicación lo dispuesto en la condición general sexta. " La condición general sexta establece que " de superarse la fecha prevista para la entrega la parte compradora podrá optar por exigir el cumplimiento de la obligación, concediendo, en tal caso al comprador una prórroga, o por la resolución del contrato. " Para el caso de que el comprador opte por la resolución, la estipulación sexta establece los siguiente " se fija como cláusula penal por incumplimiento, la indemnización a la parte compradora del tanto por ciento previsto en la condición general octava sobre cantidades que ésta hubiera satisfecho hasta el momento de la resolución y ello, sin perjuicio, del reintegro de las cantidades entregadas

a cuenta, más los intereses legales " . Respecto a la prórroga, el precepto continúa " Si el comprador optase por conceder la prórroga, la vivienda le será entregada en el plazo máximo de tres meses a contar desde la obtención de la autorización administrativa para su ocupación, salvo que medie justa causa y siempre que la parte compradora haya cumplido las obligaciones que le incumben."

Ciertamente, dicha estipulación se acerca al modelo ideal de cláusula de entrega de vivienda desde una perspectiva de equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes, si bien consideramos excesivo el que ante un simple retraso, el comprador esté facultado para instar la resolución contractual, dado que la jurisprudencia es unánime en afirmar que la resolución contractual solo procede cuando el retraso en entrega de la vivienda sea cualificado, grave u obstativo*(7)*, por lo que serán los órganos judiciales los que, en última instancia, decidirán sobre la correcta aplicación de dicha estipulación.

VIII. Caso Fortuito Y Fuerza Mayor: Un Recorrido Por La Jurisprudencia.

Uno de los principales dilemas al que los promotores inmobiliarios y sus equipos profesionales se enfrentan al comienzo de toda promoción reside en la dificultad de fijar con claridad y precisión la fecha en la que serán entregadas las viviendas a los clientes. Huelgas del sector, incumplimientos de la constructora, problemas administrativos y urbanísticos..... se presentan como un conjunto de imprevistos que, escapando al control del promotor, pondrán en peligro el cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda conforme a lo pactado.

Si bien el riesgo que ha supuesto la aparición de eventos imprevistos durante el desarrollo de la promoción fue superado mayoritariamente por los promotores a través de la inclusión en los contratos de compraventa de cláusulas poco claras y ambiguas en cuanto a la determinación de las fechas de entrega y de las consecuencias del retraso, lo cierto es que actualmente, y con fundamento en la normativa promulgada recientemente con el fin de proteger al consumidor el proceso de adquisición de la vivienda (si bien el propio Código Civil ya exigía la concreción de la fecha de entrega), la redacción de dichas cláusulas se ha ido depurando, obteniéndose con ello una mayor seguridad para el consumidor en el cumplimiento de las obligaciones pactadas, especialmente en relativo a la entrega de la vivienda en la fecha pactada.

Debido a la mayor seguridad que ofrece él nuevo marco contractual, se ha venido observando en los últimos años un incremento notable en el ejercicio por los consumidores de acciones judiciales de reclamación de daños y perjuicios basadas en el incumplimiento contractual por el promotor de la obligación de entrega de la vivienda. Las resoluciones que se han venido dictando parten de afirmar que la primordial obligación del vendedor en el contrato de compraventa es la de entregar la cosa vendida en el plazo y condiciones establecidas contractualmente. Cuando no se realiza la entrega en la fecha prevista y el comprador ha cumplido con sus obligaciones (normalmente el pago del precio conforme al calendario pactado), se produce un retraso o incumplimiento moroso por parte de la entidad vendedora, que justificaría, conforme a lo dispuesto en los artículos 1100, 1101 y 1152 del Código Civil la posibilidad de reclamar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

En estos procedimientos judiciales, los promotores siguen una pauta muy parecida, cual es invocar que el retraso debe considerarse como retraso no culpable debido a causas ajenas a su voluntad (caso fortuito, fuerza mayor o culpa de tercero) todo ello con fundamento legal en lo dispuesto en el anteriormente citado artículo 1105 del Código Civil (fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables). Sin embargo, si examinamos las resoluciones judiciales que se han venido dictando resolviendo la argumentación ofrecida por los promotores, el panorama es ciertamente alarmante para el promotor, ya que, como veremos, la jurisprudencia es constante en mantener un criterio muy restrictivo a la hora de acoger las alegaciones del promotor. Con estos antecedentes, vamos a examinar la argumentación que las Audiencias Provinciales han venido ofreciendo como respuesta a la invocación por los promotores de diversos eventos que justificarían la entrega tardía de la vivienda:

Supuestos de suspensión de pagos o quiebra de la entidad constructora: En los casos en los que la promotora invoca como motivo del retraso en la entrega la paralización de las obras a resultas de haber incurrido la empresa contratada para la ejecución de las obras, es decir, la entidad constructora en estado de suspensión de pagos o quiebra, las resoluciones judiciales consideran que el retraso no estaría justificado con base en el artículo 1105 del Código Civil, dado que con la diligencia debida por parte del promotor, dicho evento hubiera sido previsible y evitable. Así, la previsibilidad de la suspensión de pagos o quiebra no puede ser abordada como algo ajeno al deber contractual. El fundamento de dicha afirmación reside en la consideración de que el hecho constitutivo del caso fortuito, además de imprevisible, ha de ser ajeno al ámbito de dirección y organización de quien los alega, es decir, del promotor, no siendo aceptable que el deudor (promotor) de una relación obligacional (la entrega de la vivienda conforme a lo pactado) pueda oponer al acreedor (comprador) su exención de responsabilidad basada en la culpa de un tercero (el constructor) con quien él ha contratado, fundamentándose las diversas resoluciones examinadas en su deber de responder bien en el concepto de culpa in eligendo (elección de una constructora con garantías de solvencia moral y material en el cumplimiento de sus obligaciones) bien en una concepción más objetiva basada en exigencias de índole económica y jurídica*(8)*.

Meteorología o Inclemencias del tiempo: A pesar de ser un motivo de justificación constantemente argumentado por el promotor, nuestros órganos judiciales exigen para la estimación de dicho motivo de justificación que las lluvias sean torrenciales y los vientos huracanados, intensificándose dicha exigencia en zona de lluvias, dado en este caso la necesidad de previsión por parte del promotor. Por lo tanto, la tendencia que prevalece es examinar si dentro del plazo concertado se han producido lluvias torrenciales o vientos que por su entidad imposibilitasen las tareas de edificación, tareas éstas que nuestros Tribunales entienden son bastante diversas y muchas de ellas no se ven afectadas por tales circunstancias. Igualmente, no se considerará fuerza mayor, cuando las lluvias y vientos, a pesar de su intensidad, puedan ser previsibles como parte de los ciclos anules meteorológicos de la zona (por ejemplo, zona de Levante), y en su caso deberían haber sido previstas a la hora de fijar el plazo de entrega. Otro criterio a tener en consideración es el estado de ejecución de la obra ya que la experiencia demuestra que incluso los días de lluvia y