Oscar Fernández León

Abogado. Departamento de Derecho Inmobiliario y Urbanístico, León & Olarte Firma de Abogados.

Promotor, consumidores y gastos de cancelación de hipoteca

un hecho más que notorio que para facilitar tanto la financiación de las promociones inmobiliarias como para favorecer el pago del precio de venta de las viviendas a los compradores, el promotor suele constituir sobre el solar donde va a ejecutarse la promoción una hipoteca con garantía inmobiliaria, realizándose sobre las fincas resultantes que serán objeto de transmisión la correspondiente distribución de la carga hipotecaria.

Durante la fase de comercialización, al emplearse habitualmente el sistema de compraventa sobre plano, suele acordarse en las condiciones generales y particulares del contrato privado de compraventa que la parte del precio a satisfacer por el comprador, coincidiendo con el otorgamiento de la escritura de compraventa, se llevará a cabo a través de la subrogación del com-



prador en la hipoteca constituida sobre la unidad objeto de venta. En tales supuestos, viene pactándose que, en el caso de que el comprador decidiera con posterioridad no subrogarse en la hipoteca, los gastos de cancelación de la misma correrían a cargo del comprador.

El tratamiento e interpretación de este tipo de cláusulas que ha venido realizándose por algunos colectivos ha dado origen a la creencia de que dicha cláusula es abusiva, por ser contraria a los derechos e intereses de los consumidores.

Nada más lejos de la realidad

Normalmente, el consumidor, en la defensa que plantea ante los Tribunales, considera que supone una vulneración de las normas de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios el hecho de que al tiempo del otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas de compraventa, la promotora les cobre el importe de los gastos de cancelación de la hipoteca que constituyó para financiar la construcción de las viviendas objeto de dichos contratos, una hipoteca en la que, conforme a lo pactado, deberían haberse subrogado los compradores y que, sin embargo, se canceló, al preferir éstos la constitución de una hipoteca con otra entidad bancaria distinta con la que financiar su adquisición.

El fundamento legal invocado reside en lo dispuesto en la disposición adicional 1ª, apartado 22, de la Ley General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios, que señala que, a los efectos del artículo 10, bis, tendrá el carácter de abusiva "la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que, por ley imperativa, correspondan al profesional" y, "en particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación".

Sin embargo, si bien dicha norma determina que no puedan imputarse al comprador los gastos derivados de la constitución o cancelación de la hipoteca concertada por el promotor o constructor con la única finalidad de financiar la construcción (como ocurre cuando las viviendas se transmiten libres de cargas y gravámenes, en cuyo caso, como gastos derivados de la preparación de la titulación, corresponden, por naturaleza, a éste y la trasgresión de esta norma daría lugar a la nulidad), sí pueden imputarse los gastos derivados de la cancelación de la hipoteca cuando ésta, no sólo sirvió al constructor para financiar la construcción, sino que también sirve al comprador para financiar su adquisición. Én este caso, no sólo aquél se beneficia con la constitución de la garantía hipotecaria, sino también éste. Así, partiendo de la base de que el precio y su forma de pago constituyen elementos esen-

ciales del contrato de compraventa resultaría contrario a derecho que el comprador acepte al inicio de la relación contractual la hipoteca constituida y convenga su posterior subrogación en la misma, con lo que ambas partes resultan beneficiadas (obteniendo una la financiación para poder terminar las viviendas y otros la financiación para abonar parte de su precio) para posteriormente exigir, al tiempo del otorgamiento de la escritura pública, que la vendedora cancele a su costa dicha hipoteca, ya que se estaría vulnerando lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil (el cumplimiento de los contratos no puede quedar a voluntad de una de las partes). Y se estaría tratando de alterar un elemento esencial del contrato, exigiéndose injustamente a una de las partes soportar unos costes que no le corresponden de conformidad con lo pactado válidamente.

寶 級 寶

No obstante, dicha doctrina, recogida en diversas sentencias de nuestra jurisprudencia menor, entre ellas las dictadas por la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de octubre de 2003 y 20 de julio de 2004, requiere, desde nuestra experiencia, la acreditación de que el contrato de compraventa se suscribió libremente por las partes, con un contenido que no resulta contrario al principio general de la buena fe. Y esto porque con total seguridad se invocará por el comprador que el contrato es un contrato tipo no negociado con los compradores en los que se impone la obligación de subrogación de la hi-

poteca. Por ello, deberá deducirse de la documentación aportada que la cláusula ha sido libremente pactada, es decir, no impuesta, y, por lo tanto, exigible. La mejor forma de acreditar dicho extremo es demostrar que en la contratación privada se ha dado opción a los compradores para elegir entre la subrogación en la hipoteca o abonar el importe de dicho precio por parte del comprador (con sus fondos o recurriendo a otra financiación), mediante la aportación en juicio de la totalidad de los contratos suscritos en la promoción donde conste la posibilidad de elección y el ejercicio claro de la opción por otros compradores. Además, la prueba testifical de las personas encargadas de la comercialización de las viviendas; y el documento donde conste con claridad el deseo del comprador de desistirse de la subrogación pactada.

De todo ello debemos deducir que en el caso de que la cláusula venga establecida sin constar otra opción diferente a la subrogación, es decir, que el promotor tenga previsto, y así lo exija al comprador, la subrogación en la hipoteca como única alternativa, un eventual desistimiento del comprador en la subrogación le eximirá de pagar los gastos de cancelación, o dicho de otro modo, si el comprador se subroga en dichas circunstancias y finalmente se desiste porque ha encontrado otra financiación, el promotor, a pesar de lo que se establezca contractualmente, podrá ser obligado vía judicial a satisfacer al comprador los gastos de cancelación de la hipoteca. Ai