

B Adquisición del promotor y autopromoción individual

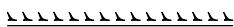
Adela Serra Rodríguez

Catedrática de Derecho civil

Universitat de València

ORCID: 0000-0002-4918-159X

Sumario: 1. Introducción. 2. La adquisición del promotor. 2.1 La figura del promotor inmobiliario en la Ley de Ordenación de la Edificación. 2.2 El adquirente del inmueble. 3. Forma y perfección del contrato. 4. El deber de entrega de la vivienda por el promotor. 4.1 El retraso en la entrega y la resolución del contrato. 4.2 La entrega de la vivienda y la falta de licencia de primera ocupación. 4.3 La adecuación de la vivienda al proyecto de edificación. 5. Cuestiones relativas a las obligaciones del adquirente. 5.1 El retraso en el pago del precio y la resolución del contrato. 5.2 La subrogación del adquirente en el préstamo del promotor. 5.3 La aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» ante la imposibilidad de obtener financiación. 6. Autopromoción individual. 6.1 Caracteres. 6.2 El autopromotor como comitente y consumidor. 6.3 La exención del autopromotor individual de la obligación de asegurar la responsabilidad decenal. 7. Bibliografía.



1. INTRODUCCIÓN

Antes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) no existía una regulación estatal con carácter general de la figura del promotor, sino que había sido principalmente la jurisprudencia la que se había aproximado a su concepto, al resolver los conflictos suscitados a la luz del artículo 1591 CC, esto es, en casos de responsabilidad por vicios ruinógenos⁽¹⁾, si bien ya existían referencias en diversas normas sectoriales que lo contemplaban⁽²⁾, así como en alguna normativa autonómica⁽³⁾.

2. LA ADQUISICIÓN DEL PROMOTOR

2.1 **La figura del promotor inmobiliario en la Ley de Ordenación de la Edificación**

A tenor del artículo 9.1 LOE merece la calificación de promotor inmobiliario «la persona física o jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros por cualquier título», y el artículo 17.4 LOE prevé que la responsabilidad en ella prevista «se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas».

Con base en la interpretación jurisprudencial del círculo de responsables «ex» artículo 1591 CC y teniendo en cuenta la actual regulación

(1) *Vid.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^a T., *La figura del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 15-19 y 41 ss.

(2) Así, por ejemplo, la legislación sobre vivienda de protección oficial (arts. 7 y 8 RD 2960/1976, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Legislación sobre VPO; artículo 22 Decreto 2114/1978, que lo desarrolla; artículo 2 Real Decreto Legislativo 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda de protección oficial) o la legislación urbanística. La derogada Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas se refería a las «personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial» (art. 1) y el Decreto 3114/1968, aplicaba los principios de aquella a las comunidades y cooperativas de viviendas.

(3) Artículo 3 de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de Vivienda de Cataluña, que, según MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^a T., *op. cit.*, p. 43, inspiró la regulación de la LOE o el artículo 15 de la Ley 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas para la Calidad de la Edificación.



B ADQUISICIÓN DEL PROMOTOR Y AUTOPROMOCIÓN INDIVIDUAL

–LOE– que prevé la responsabilidad del promotor «en todo caso», como garante frente a los adquirentes, la doctrina ha considerado dentro del concepto de promotor, con independencia de que la actividad se realice con o sin ánimo de lucro o de si es o no dueño del suelo al:

a) Promotor-constructor: sujeto titular de derecho sobre el suelo que construye por sí mismo, para ceder lo construido a terceros, participando, por tanto, en la ejecución⁽⁴⁾.

b) Promotor-vendedor: es el sujeto que adopta las decisiones sobre el proceso de edificación, contratando, como comitente, su ejecución con el contratista, financiándola directa o indirectamente para posteriormente enajenar el resultado de la obra a terceros adquirentes. En relación con la responsabilidad por vicios ruinógenos la jurisprudencia lo ha equiparado al «contratista» del artículo 1591 CC, ya que, como vendedor, está obligado a entregar la cosa en condiciones para servir para el uso al que se la destina, haciendo suyos los trabajos ajenos realizados por personas a las que ha elegido y confiado, y los enajena a los adquirentes de los pisos⁽⁵⁾.

c) Promotor-gestor: es el sujeto que interviene decisoriamente en el proceso edificatorio por cuenta de los propietarios⁽⁶⁾, como los gestores de cooperativas y de comunidades de propietarios, aun cuando las viviendas no estén destinadas al tráfico, sino a los socios cooperativistas o a los comuneros. No es promotor, en cambio, la persona que actúa como simple mandatario del comitente o dueño de la obra, llevando a cabo una serie de actividades si no tiene la iniciativa en el proceso constructivo.

Por último, el artículo 9.1 LOE incluye en el concepto de promotor al que interviene en el proceso constructivo para sí, cuestión que se abordará «infra» en el apartado dedicado a la autopromoción individual.

En suma, lo decisivo del concepto de promotor es que «tiene una eficaz intervención en todo el hacer edificativo»⁽⁷⁾, asumiendo su

(4) CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 429; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^a T., *op. cit.*, p. 47.

(5) Comprenden al promotor vendedor «en el espacio jurídico del artículo 1591» en tanto que «quedan obligado a cumplir exacta y debidamente lo que para él construyen los profesionales que contrata, es decir, sin vicios ni imperfecciones y si se ocasionan ruinógenos su responsabilidad se prolonga y alcanza a responder de los defectos, juntamente con los demás como causantes directos», entre otras, SSTS 15 octubre 1996 (RJ 1996, 7111), 12 marzo 1999 (RJ 1999, 2375), 10 noviembre 1999 (RJ 1999, 8862), 21 febrero 2000 (RJ 2000, 752), 8 octubre 2001 (RJ 2001, 7549), 13 mayo 2002 (RJ 2002, 5705) y 26 junio 2008 (RJ 2008, 4272).

(6) Por ello, entre los promotores-gestores cabe incluir al *project manager*, como subrayan CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., *op. cit.*, p. 430.

(7) SSTS 21 febrero 2000 (RJ 2000, 752), 16 diciembre 2004 (RJ 2005, 272), 23 mayo 2005 (RJ 2005, 6362).



control, concibiendo la operación, organizándola, coordinándola desde el punto de vista jurídico, técnico, administrativo y financiero⁽⁸⁾. Es indiferente que se trate de una persona privada o pública, ya que, según el artículo 1.3 LOE las Administraciones Públicas, los organismos y entidades, pueden actuar como agentes de la edificación y, por tanto, como promotores, quedando entonces sujetas a la legislación de contratos del sector público y en lo no contemplado en ella por las disposiciones de la LOE, a excepción de lo dispuesto sobre las garantías de suscripción obligatoria⁽⁹⁾.

2.2 El adquirente del inmueble

En el régimen de responsabilidad previsto en los artículos 17 y 18 LOE la legitimación activa se predica del propietario de la edificación, con independencia de la relación jurídica que le une con el agente responsable, en particular, con el promotor⁽¹⁰⁾.

Sin embargo, la calificación de la relación que les une sí será relevante para exigir responsabilidad por otros daños no cubiertos por el artículo 17 LOE –que se limita a los «daños materiales causados en el edificio», tales como el lucro cesante, el daño a otros bienes distintos del edificio, los daños personales o morales, como se desprende de los apartados 1 y 9 del propio precepto. En tal sentido, el artículo 17.1 LOE deja a salvo la responsabilidad contractual –«Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales...»–, al igual que hace el artículo 18.1 *in fine* LOE que, respecto al plazo de prescripción de las acciones para exigir responsabilidad, establece «sin perjuicio de las acciones que

(8) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^a T., *op. cit.*, p. 50; PACHECO JIMÉNEZ, M.^a N., «Responsabilidad por vicios constructivos de habitabilidad y responsabilidad por incumplimiento contractual: los ámbitos de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y el Código Civil. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018, 337)», BIB 2018/13312, p. 7.

(9) En el caso de que la Administración sea comitente en virtud de un contrato administrativo de obras el régimen de responsabilidad por ruina se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (art. 244) y no cabrá la aplicación supletoria de la LOE. En tal sentido, en relación con la legislación anterior CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., *op. cit.*, p. 403. El artículo 244 LCSP prevé la responsabilidad del contratista por los daños que se manifiesten durante un plazo de quince años desde la recepción de la obra «si esta se arruina o sufre deterioros graves incompatibles con su función con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido a un incumplimiento por parte del contrato». La acción para exigir responsabilidad prescribe a los dos años desde que se produzcan o manifiesten dichos daños, «sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidad por incumplimiento contractual».

(10) Se trata de una responsabilidad legal, que será contractual si entre el propietario y el agente media un contrato y extracontractual si no es así. Así, CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., *op. cit.*, p. 399.



puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual». Compatibilidad de acciones que, de otra parte, ha sido confirmada por la jurisprudencia⁽¹¹⁾.

Por ello, el adquirente tiene frente al promotor-vendedor las acciones que, en sede de compraventa, le reconocen los artículos 1484 y siguientes del CC, así como las derivadas del régimen general del incumplimiento contractual (arts. 1101 y ss. y 1124 CC)⁽¹²⁾. Cuando la relación que medie entre el adquirente (comitente) y el promotor –en este caso, constructor– sea la de un contrato de obra, el régimen de responsabilidad será el del artículo 17 LOE para los daños materiales por él cubiertos, por vicios o defectos comprendidos en su apartado 1 y para las obras a las que se refiere su artículo 2.2. Para los daños no cubiertos o por defectos constructivos no incluidos en la LOE o incumplimientos no previstos en ella (como el retraso en la entrega o no terminación de la obra o no ajuste a las condiciones pactadas) o que resulten de obras distintas de las previstas en el artículo 2.2 LOE habrá que acudir al régimen contractual, que será el de los artículos 1101 y ss. y 1124 CC, pudiendo exigir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato, tratándose de un incumplimiento cualificado, junto con indemnización de daños. Por ello, cabe distinguir entre la responsabilidad por vicios ruinógenos o constructivos regulados en el artículo 17 LOE, para los daños materiales causados en el edificio, y la derivada del incumplimiento contractual de promotor para con los adquirentes⁽¹³⁾. Cuando no medie relación contractual entre el promotor y el adquirente de la vivienda, y para los supuestos de daños no cubiertos por el artículo 17 LOE, como los producidos a las personas o bienes distintos del edificio será de aplicación régimen de responsabilidad civil extracontractual «ex» artículos 1902 y ss CC.

Además, cuando el adquirente de la vivienda ostente la condición de consumidor, según definición del artículo 3 LGDCU, se aplicará la LGDCU, sobre todo en relación con los deberes de información precontractual y contractual y documentación (arts. 60, 61, 63 y 64), el régimen de cláusulas abusivas que pueden afectar a la perfección y formación del contrato (p. ej. artículo 89.3) y la responsabilidad civil por daños causados por la vivienda (arts. 148 y 149)⁽¹⁴⁾.

(11) *Vid.* jurisprudencia citada por PACHECO JIMÉNEZ, M.^a N., *op. cit.*, pp. 11-12.

(12) CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., *op. cit.*, p. 400; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^a T., *op. cit.*, pp. 33 ss. En este sentido, las SSTS 13 mayo de 2008 (RJ 2008, 3060), 27 junio 2012 (RJ 2012, 8014), 2 febrero 2018 (RJ 2018, 337).

(13) STS 13 mayo 2008 (RJ 2008, 3060), 27 marzo 2015 (RJ 2015, 1833).

(14) A tenor del artículo 149 LGDCU será aplicable el régimen previsto en el artículo 148 «a quienes construyan o comercialicen viviendas, en el marco de una actividad empresarial, por los daños ocasionados por defectos de la vivienda que *no estén cubiertos por un régimen legal específico*», como el previsto en el artículo 17 LOE.



3. FORMA Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO

Una de las formas más frecuentes en la práctica de compraventa inmobiliaria es la que se produce a un promotor-vendedor profesional por un particular, que puede ser sobre plano o en construcción o ya terminada⁽¹⁵⁾. En el primer supuesto, la compraventa, perfeccionada por el mero consentimiento (art. 1450 CC), suele formalizarse en documento privado con pagos parciales del precio –cantidades anticipadas– y a la terminación de la obra se otorga escritura pública con abono del resto del precio y, en su caso, subrogación del adquirente en el préstamo hipotecario concedido al promotor.

No es infrecuente que en tales supuestos se suscriba entre el promotor y el adquirente lo que denominan «contrato de reserva», en el que el promotor reserva a la otra parte un determinado piso o edificación que se construirá, que se describe por referencia a un plano y en el que también aparecen definidos el precio, la forma de pago, etc. En realidad, este contrato de reserva no es tal, sino que estaremos bien ante un contrato de compraventa de cosa futura, si se ha pactado el intercambio de cosa por precio, bien ante un precontrato de compraventa, si lo que las partes han pactado es la facultad de uno de ellos o ambos de poner en vigor en un determinado momento el contrato definitivo⁽¹⁶⁾.

Como hemos apuntado, junto con el contrato de compraventa de vivienda en construcción el particular también puede celebrar, para procurarse una vivienda o edificación, un contrato de obra inmobiliaria, que, al igual que el de compraventa, se perfecciona por el mero consentimiento. Puede haber contrato de obra y no venta, aunque el contratista suministre los materiales de construcción (art. 1588 CC), lo que ha sido una cuestión controvertida, que ha llevado a doctrina y jurisprudencia a tomar en consideración diversos criterios para delimitar estos contratos, no siempre con la nitidez deseable⁽¹⁷⁾, siendo determinante la finalidad e intención perseguida por las partes. Esta distinción no es relevante a efectos de la

(15) REBOLLEDO VARELA, Á. L., «Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado. Fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción registral, cargas y gravámenes», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2005, BIB 2005/1096; DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La formación del contrato de obra», en PARRA LUCÁN, M.ª Á. (dir.), *Acceso a la vivienda y contratación*, Valencia, 2015, p. 516; ÁLVAREZ LATA, N., «Compraventa de vivienda», en BUSTO LAGO, J. M. (coord.), *Reclamaciones de consumo*, 4.^a ed., Cizur Menor, 2020, pp. 984-987.

(16) CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 3.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2021, consultado en Thomson Reuters Proview.

(17) Aunque excede del objeto de este contrato, se han propuesto diversos criterios de distinción entre el contrato de obra y la compraventa, si bien no resultan plenamente satisfactorios. Así, entre otros, se ha atendido al criterio de la fungibilidad o infungibilidad del objeto de la prestación, a la preponderancia del valor de las prestaciones (del trabajo y de los materiales), a la intervención del



responsabilidad por defectos constructivos, pero puede serlo a efectos del desistimiento unilateral conforme al artículo 1594 CC o del riesgo por periclimiento «ex» artículos 1589 y 1590 CC e, incluso, de la acción directa del subcontratista «ex» artículo 1597 CC⁽¹⁸⁾.

4. EL DEBER DE ENTREGA DE LA VIVIENDA POR EL PROMOTOR

4.1 El retraso en la entrega de la vivienda y la resolución del contrato

Tanto si se trata de un contrato de obra como de una compraventa incumbe al promotor-contratista o al promotor-vendedor la entrega de la edificación en el plazo pactado, de manera que si no entrega la obra o no la entrega en plazo incumple el contrato, lo que legitimará al adquirente a ejercitar la acción de cumplimiento o de resolución contractual, solo si concurren presupuestos de esta última (art. 1124 CC), junto con una acción indemnizatoria de los daños ocasionados si el incumplimiento es imputable a dolo o culpa del contratista y de las personas que deba responder (dependientes, auxiliares, subcontratistas) o del vendedor⁽¹⁹⁾. Normalmente, una vez terminada la obra se otorgará, en el plazo contractualmente previsto, la escritura pública de compraventa y el abono del precio pendiente de pago.

Así, frente a una consolidada doctrina jurisprudencial según la cual el retraso en el plazo de entrega de la vivienda no es considerado un incumplimiento esencial y grave y, por tanto, carece de trascendencia resolutoria «ex» artículo 1124 CC, en tanto que la prestación sigue siendo posible y útil para el acreedor⁽²⁰⁾, y salvo para algunos supuestos en que la demora fuera prolongada⁽²¹⁾, la jurisprudencia ha ido admitiendo que cabe la

ejecutante de la obra en el proceso productivo y su resultado, a la consideración de las cualidades de la persona del ejecutante y las circunstancias y requisitos del trabajo que ha de realizarse.

(18) CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., *op. cit.*, p. 313; DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La formación del contrato de obra», *op. cit.*, pp. 518-519.

(19) Se ha criticado, dada la conflictividad que plantea esta cuestión, la omisión en el artículo 9 LOE, de la obligación de entregar el edificio o cualquiera de sus pisos, aunque pueda derivarse del propio contrato de compraventa. Así, ALGABA ROS, S., «La LOE y la defensa de los adquirentes de viviendas: el retraso en la entrega», en CAÑIZARES LASO, A. (dir.), *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 24.

(20) Entre otras, SSTS 9 junio 1986 (RJ 1986, 3298), 12 marzo 2009 (RJ 2009, 1982), 29 enero 2011, 11 abril 2013 (RJ 2013, 3490), 15 julio 2013 (RJ 2013, 8090), 1 abril 2014 (RJ 2014, 2155), 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 5748), 7 abril 2016 (RJ 2016, 4289).

(21) Así, la STS 28 junio 2012 (RJ 2012, 8353), en la que el retraso en la expedición del certificado final de obra se extendió a casi un año respecto de la fecha prevista en el contrato; o la STS 21 marzo 2013 (RJ 2013, 3087), en que se acordó la resolución al haber transcurrido la prórroga de seis



resolución del contrato de compraventa por el retraso en la entrega tanto por entender que se está ante un término esencial⁽²²⁾, por haberse pactado una condición resolutoria explícita⁽²³⁾, o porque, atendiendo a las circunstancias concurrentes, se concluye que el retraso, aunque no sea especialmente intenso o relevante, respecto del inicial plazo de entrega pactado, «frustra los intereses legítimos del comprador», «el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, capaz de producir una insatisfacción de las expectativas de la parte interesada en el mismo»⁽²⁴⁾.

Sin embargo, como ha sido advertido, muchas de estas resoluciones jurisprudenciales resultan contradichas por otras posteriores, por lo que, atendiendo a la casuística es difícil concretar cuáles son las reglas jurisprudenciales en la actualidad⁽²⁵⁾, sobre todo, en la determinación de cuándo hay frustración del fin del contrato que faculte a resolver⁽²⁶⁾, lo que, además, genera cierta inseguridad jurídica⁽²⁷⁾.

En el primer supuesto, esto es cuando se ha configurado la fecha de entrega como término esencial, o se ha pactado una cláusula resolutoria expresa, cualquier retraso, aunque no sea relevante o sea escaso en el tiempo, facultará a la parte compradora a la resolución del contrato, sin

meses prevista en el contrato, respecto de la fecha de entrega, que se fijó en un plazo máximo de treinta meses desde la concesión de la licencia de edificación. En efecto, la concesión al promotor incumplidor de un plazo adicional razonable para el cumplimiento facultaría al adquirente a resolver el contrato, y a la misma conclusión cabe llegar si la conducta del deudor es reveladora de una voluntad de incumplir o de una incapacidad para cumplir.

(22) Para ALGABA ROS, S., *op. cit.*, p. 31, la apreciación del término como esencial «debe provenir más de la naturaleza del bien en sí –la vivienda– que del contexto del contrato». A su juicio, la efectiva protección de la vivienda pasa por considerar el término en el plazo de entrega como esencial, por serlo desde el propio interés del adquirente.

(23) Tal fue el supuesto resuelto por la STS 13 noviembre 2013 (RJ 2013, 7821), en el que constaba que «en caso de incumplimiento del plazo de inicio o terminación de las obras, o en el supuesto de no obtenerse la licencia de primera ocupación o, si procede, cédula de habitabilidad o calificación definitiva, el comprador podrá optar por la resolución contractual». La STS 28 junio 2012 (RJ 2012, 8603) confirma la sentencia de instancia, que consideró que del documento contractual se desprendía que el plazo de entrega era esencial, lo que facultaba la resolución conforme al artículo 1124 CC. En la STS 29 febrero 2016 (RJ 2016, 746) se pactó que el retraso en la entrega produciría la resolución del contrato si se notificaba conforme el artículo 1504 CC, requisito que, sin embargo, no se dio por cumplido por el TS, al haber requerido las compradoras mediante un burofax y no mediante un requerimiento judicial o notarial como exige aquel precepto.

(24) SSTS 10 septiembre 2012 (RJ 2103, 2266), 20 marzo 2013 (RJ 2012, 4594), 19 diciembre 2014 (*Tol 4604038*), 17 febrero 2016 (*Tol 5650688*) y 7 abril 2016 (*Tol 5697621*).

(25) En tal sentido, ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*, Valencia, 2017, consultado en *Tol 6.196.531*.

(26) CLEMENTE MEORO, M., «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., y GARCÍA PÉREZ, C. L., *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 328.

(27) Pone de relieve la falta de criterios jurisprudenciales únicos sobre la trascendencia resolutoria del retraso en el plazo de entrega, VERDERA SERVER, R., «Cláusula resolutoria y retraso en la entrega de la vivienda. Sentencia 13 noviembre 2013 (RJ 2013, 7821)», CCJC, núm. 95, 2014, consultado en Aranzadi Proview, p 2.



necesidad de que concurra un incumplimiento grave o sustancial según los criterios interpretativos del artículo 1124 CC, conclusión esta que no ha quedado exenta de críticas doctrinales⁽²⁸⁾.

Ahora bien, la mayoría de las sentencias que han permitido la resolución del contrato, aunque el retraso no fuera importante, la han justificado en el artículo 3 de la ahora derogada Ley 57/1968, que supone una especialidad respecto del régimen general de la resolución por incumplimiento «ex» artículo 1124 CC⁽²⁹⁾, si bien exigiendo que el derecho que le concede la Ley al comprador se ejercite conforme a las exigencias de la buena fe, lo que ha permitido denegar la resolución en supuestos en que esta se ha considerado meramente oportunista, para lo que se tiene en cuenta, entre otros aspectos, el momento en que se ejerce la acción resolutoria respecto de la conclusión de la ejecución de la obra y/o el requerimiento del vendedor para otorgar la escritura pública⁽³⁰⁾.

En efecto, el apartado cuatro de la Disposición adicional primera LOE (con el mismo tenor que el anterior artículo 3 de la Ley 57/1968), respecto de la adquisición de viviendas en construcción con entrega de cantidades anticipadas, faculta al adquirente consumidor a optar entre la resolución del contrato con devolución de cantidades anticipadas, incrementadas en los intereses legales, o la concesión de una prórroga al promotor «si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada». Se trata, por tanto, de dos causas legales de resolución del contrato. Respecto de la primera, como se ha puesto de relieve, el legislador parece haber configurado la fecha de inicio de la construcción como término esencial del contrato⁽³¹⁾.

En relación con la no entrega de la vivienda en la fecha prevista, también parece concebirse en la LOE como un término esencial de carácter

(28) Considera VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 4, excesiva la conclusión de que si se ha fijado fecha de entrega del bien –lo que, de otra parte, exige la normativa– se ha conferido a cualquier incumplimiento eficacia resolutoria o que se ha pactado un término esencial.

(29) Así, la STS (Pleno) 20 enero 2015 (*Tol 473341*), que rectifica la doctrina asentada por la STS 9 junio 1986 (RJ 1986, 3298) que había descartado la aplicación del artículo 3 Ley 57/1968, por considerarla una norma «predominantemente administrativa».

(30) No procede la resolución del comprador, con base en el artículo 3 Ley 57/1968, si cuando la insta la vivienda está terminada, cuenta con licencia de primera ocupación y el vendedor le ha requerido para otorgar la correspondiente escritura pública, como sostuvo la STS (Pleno) 5 mayo 2014 (*Tol 4357235*). Según esta Sentencia aquel precepto «no excluye que la “rescisión” o resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso del derecho del comprador». En la misma línea, las SSTS 30 abril 2015 (RJ 2015, 1363), 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 5748), 20 mayo 2016 (RJ 2016, 2277) y 7 mayo 2019 (RJ 2019, 1881).

(31) ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación...*, *op. cit.*, para quien el inicio de la construcción de una edificación debe fijarse en el momento del otorgamiento del acta de replanteo (que es firmada por el constructor, el arquitecto director de la obra y el director de la ejecución de la obra) o de comienzo de las obras.



abstracto o general, si bien en sentido objetivo o material difícilmente puede calificarse como tal, en tanto que, aunque se entregue la vivienda, una vez transcurrido el término fijado en el contrato, como regla, continuará satisfaciendo el interés del acreedor⁽³²⁾. Pese a ello, el apartado cuarto de la Disposición adicional primera LOE es claro y permitirá al adquirente consumidor que haya entregado cantidades anticipadas resolver el contrato, aunque el retraso sea pequeño o poco relevante, esto es, aunque no tenga carácter resolutorio, lo que constituye una norma especial respecto de la regulación general del artículo 1124 CC⁽³³⁾. Consecuencia del ejercicio de esta facultad resolutoria será la restitución de las cantidades anticipadas al promotor, incrementadas en los intereses legales y, en su caso, la ejecución de las garantías que haya tenido que otorgar el promotor (seguro de caución o aval solidario).

En ocasiones, el retraso en la entrega se justifica por el promotor en la demora en la concesión de licencia administrativa de edificación al no adecuarse la construcción a la normativa o al planeamiento urbanístico. En tal supuesto la jurisprudencia ha entendido que no hay imposibilidad legal sobrevenida inimputable al promotor-vendedor, que le permitiría exonerarse de responsabilidad (arts. 1182 y 1184 CC), no pudiendo calificar tales problemas administrativos urbanísticos como caso fortuito o fuerza mayor, ya que no son eventos impeditivos imprevisibles o inevitables ajenos a su ámbito de control⁽³⁴⁾. Tampoco concurre un supuesto de fuerza mayor la proliferación de huelgas en el sector de la construcción, ni las inclemencias meteorológicas, hallazgos de restos arqueológicos, la falta de suministros⁽³⁵⁾ o la crisis financiera que afectó al mercado inmobiliario a partir del 2008⁽³⁶⁾. En este contrato el promotor fija el plazo de entrega de la vivienda, debiendo asumir el riesgo de la concurrencia de circunstancias normalmente previsibles que incidan

(32) ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación...*, op. cit. En el mismo sentido, VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 12.

(33) ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación...*, op. cit.

(34) REBOLLEDO VARELA, Á. L., *op. cit.*, pp. 6-7 y 16; DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La resolución de la comprobación instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2013, BIB 2013/2022, p. 8; ALGABA ROS, S., *op. cit.*, p. 32. Advierte la autora que, en cambio, sí se ha considerado supuestos de fuerza mayor los casos de intervenciones ilícitas de terceros o cuando los cambios en el proyecto de obra son debidos a los propios compradores.

(35) ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación...*, op. cit., quien destaca, entre otras, las SSTS 19 diciembre 2014 (*Tol* 4604038) y 14 septiembre 2016 (*Tol* 5823989).

(36) Por la no aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» alegada por la promotora vendedora que no entregó las viviendas en plazo, lo que justificó, entre otras, en la grave crisis inmobiliaria y financiera, se pronuncian las SSTS 11 diciembre 2014 (*RJ* 2014, 6374) y 22 diciembre 2014 (*Tol* 4603932).



en la marcha de las obras, comprometiendo su finalización en el tiempo previsto en el contrato.

Cuando el contrato de compraventa no fija del plazo de entrega, lo que contraviene el artículo 5.5 RD 515/1989 y los artículos 60.2 d) y 85.1 LGDCU, aplicables cuando se trate de adquisición de vivienda por un consumidor a un promotor, el artículo 1128 CC faculta al juez a fijarlo, conforme al expediente de jurisdicción voluntaria previstos en los artículos 96 y 97 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, teniendo en cuenta que la indeterminación inicial del plazo no debe favorecer a quien provocó la confusión (art. 1288 CC)⁽³⁷⁾. Cabe tener en cuenta, además, que el 85.8 LGDCU estima abusivas las cláusulas que «supongan la consignación de fechas meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario», por lo que, de declararse nula por abusiva, se tendrá que aplicar el artículo 1128 CC, sin que deba declarar la nulidad del contrato de compraventa⁽³⁸⁾. Sin embargo, la jurisprudencia no se ha mostrado pacífica cuando el inicio del cómputo del plazo de entrega se supedita al comienzo de las obras, a la concesión de la licencia de edificación o al fin de las mismas⁽³⁹⁾. En todo caso, no puede dejarse el plazo de entrega al arbitrio o la voluntad del promotor (cfr. artículo 1256 CC), ni hacerse depender de hechos o circunstancias que debe controlar por pertenecer al ámbito propio de su actividad empresarial.

En suma, tanto la legislación sectorial en materia de vivienda como la normativa protectora de los consumidores exigen que en todo contrato de compraventa de vivienda en construcción se haga constar con claridad la fecha de entrega y la fase en la que se encuentra la construcción, por lo que no son lícitas las estipulaciones que dejan indeterminada la fecha de entrega. Sin embargo, no faltan ejemplos en la jurisprudencia en la que se estima válido la cláusula de fecha aproximada de entrega⁽⁴⁰⁾ o con sucesivas prórrogas a voluntad del vendedor⁽⁴¹⁾.

Asimismo, deberá ser considerada nula y no podrá producir ningún perjuicio para el consumidor la cláusula que indique que el plazo de entrega de la vivienda comenzará a contarse desde la obtención de cierta documentación, como la licencia de edificación, el certificado final de obra o la licencia de primera ocupación, que dependen del cumplimiento de una

(37) En tal sentido, STS 11 diciembre 2014 (RJ 2014, 6374).

(38) STS 26 septiembre 2016 (*Tol 5835157*). En este sentido, también, ÁLVAREZ LATA, N., «Compraventa de vivienda», *op. cit.*, p. 1029.

(39) DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La resolución...», *op. cit.*, p. 7.

(40) SSTS 24 enero 2014 (RJ 2014, 671), 19 febrero 2014 (RJ 2014, 959).

(41) SSTS 29 enero 2014 (RJ 2014, 1034), 6 febrero 2014 (RJ 2014, 836), 21 julio 2014 (RJ 2014, 4542).



obligación que recae sobre el empresario, de manera que será él el que deba sufrir el riesgo de su no obtención⁽⁴²⁾, no pudiendo quedar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, de conformidad con el artículo 1256 CC.

Por último, en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, que puede solicitarse tanto si se opta por la resolución como por el cumplimiento forzoso, ha convivido en la jurisprudencia la tesis que sostiene que el mero incumplimiento obligacional puede suponer un daño *ex re ipsa*, que operaría de manera automática⁽⁴³⁾, cuando «la existencia del daño se deduce necesaria y faltamente del ilícito o del incumplimiento, o se trata de daños incontrovertibles, evidentes o patentes»⁽⁴⁴⁾, como sucede en el caso de falta de entrega de un inmueble⁽⁴⁵⁾, frente a la tesis que mantiene que la obligación de indemnizar no es consecuencia necesaria del incumplimiento, sino que el adquirente deberá demostrar los daños derivados del retraso en la entrega, lo que, en ocasiones, se convierte en el escollo principal para obtener una indemnización, al exigir los órganos jurisdiccionales de instancia pruebas prácticamente imposibles⁽⁴⁶⁾. En particular, ha sido controvertido si la pretensión indemnizatoria del lucro cesante por el valor de uso o arrendamiento de la vivienda cuya entrega se retrasa debe estimarse automáticamente, por suponer un daño mínimo al acreedor, el «denominado daño *ex re ipsa* (de la propia cosa)». Frente a algunas sentencias que así lo han confirmado⁽⁴⁷⁾, en la actualidad, la jurisprudencia se inclina por exigir la acreditación de la realidad del daño y su cuantificación, esto es, que se pruebe dicho perjuicio, «atendiendo a un juicio de probabilidad objetivable, con una razonable verosimilitud, sobre todo cuando el lucro cesante se proyecta sobre ganancias futuras o meras expectativas»⁽⁴⁸⁾.

(42) ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción*, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 276-277; CLEMENTE MEORO, M., «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», *op. cit.*, p. 327.

(43) *Vid.* la jurisprudencia citada por ALGABA ROS, S., *op. cit.*, pp. 42-43. Así, entre otras, las SSTS 26 mayo 1990 (RJ 1990, 4852), 5 marzo 1992 (RJ 1992, 2391), 29 marzo 2001 (RJ 2001, 3189), asentaron la doctrina de que del mero incumplimiento nacía el deber de indemnizar en los supuestos en que «el incumplimiento determina por sí un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés moral o material».

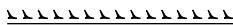
(44) Así, la STS 12 abril 2012 (RJ 2012, 5896), para la que se «produce una situación en que habla la cosa misma (*ex re ipsa*), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontrovertiblemente por ella».

(45) STS 23 julio 1997 (RJ 1997, 5808).

(46) ALGABA ROS, S., *op. cit.*, p. 42; RUBIO TORRANO, E., «Incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo acordado», *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, núm. 9/2015, BIB 2014/4431.

(47) SSTS 23 julio 1997 (RJ 1997, 5808), 18 noviembre 2014 (RJ 2014, 5946).

(48) SSTS 18 noviembre 2013 (RJ 2013, 2388) y 10 septiembre 2014 (RJ 2014, 4800).



4.2 La entrega de la vivienda y la falta de licencia de primera ocupación

El promotor ha de entregar la vivienda en condiciones para su uso y disfrute conforme al destino pactado y con las licencias administrativas preceptivas, en particular, con la licencia de primera ocupación⁽⁴⁹⁾, como se desprende del artículo 9.2 c) y e) LOE, que le obliga a entregar al adquirente «la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes»⁽⁵⁰⁾. La obligación de entrega se cumple cuando «el inmueble esté en condiciones de ser disfrutado según su destino... sin impedimento legal alguno, haciendo posible su ocupación de un modo definitivo y sin obstáculos o impedimentos administrativos o urbanísticos»⁽⁵¹⁾. El promotor-vendedor responde no solo de la entrega de la vivienda, «sino también de efectuarla con utilidad para su destino propio, con la condición de habitabilidad»⁽⁵²⁾. Aun cuando en el contrato solo figure el deber de entregar el certificado final de la obra el promotor vendrá obligado también a entregar la licencia de primera ocupación⁽⁵³⁾. Por tanto, la obligación de entregar la licencia de primera ocupación u documento equivalente, que autoriza al adquirente para la ocupación y uso de la vivienda, ha de ser considerada forma parte esencial de la obligación de entrega de la vivienda, aunque no estuviera prevista contractualmente, según ha declarado el TS, y faculta al adquirente a ejercitarse la opción por la resolución que le concede el apartado cuatro de la Disposición adicional primera LOE, para el supuesto de que se hayan entregado cantidades a cuenta⁽⁵⁴⁾, o en general, la resolución con base en el artículo 1124 CC si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la falta

(49) Apunta De LA HAZA DÍAZ, P., «Perspectiva civil de la licencia de primera ocupación. Análisis jurisprudencial», en Cañizares Laso, A. (dir.), *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 240 ss., que la licencia de primera ocupación es el último control que ejerce la Administración en el proceso edificatorio e implica la verificación de que el edificio se encuentra en zona urbanizada y que están en condiciones de funcionamiento los suministros de agua y energía eléctrica y las redes de alcantarillado y, por esta razón, es apto para ser ocupado.

(50) La jurisprudencia ha destacado que la licencia de primera ocupación tiene una doble finalidad «verificar si el edificio reúne las condiciones de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se le destina y constatar si la obra ejecutada se ajusta a la realidad de la licencia concedida». STS (Sala 3.^a) 21 julio 2001 (RJ 2001, 9885), 8 noviembre 2003 (RJ 2003, 8045), 19 abril 2007 (RJ 2007, 2072).

(51) STS 13 noviembre 2013 (RJ 2013, 7446).

(52) STS 3 junio 2003 (RJ 2003, 5331), 12 febrero 2013 (*Tol 3166309*), 9 marzo 2016 (*Tol 5669118*), 12 septiembre 2016 (RJ 2016, 4437), 7 julio 2017 (RJ 2017, 3199).

(53) SSTS 20 marzo 2013 (RJ 2013, 4594), 10 junio 2013 (RJ 20134, 3944), 28 octubre 2013 (RJ 2013, 8331) y 21 julio 2014 (RJ 2014, 4542).

(54) ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación...*, op. cit., con cita de abundante jurisprudencia.



de obtención de licencia se debe a la ausencia de presupuestos fácticos y jurídicos exigidos para su otorgamiento⁽⁵⁵⁾.

Por ello, el retraso por la promotora-vendedora en la obtención de la licencia de primera ocupación, a pesar de la expedición en plazo del certificado final de la obra, puede suponer un incumplimiento resolutorio si frustra el interés contractual de la compradora⁽⁵⁶⁾, lo que sucede porque la falta de licencia es un impedimento sustancial para el uso del inmueble y el acceso a sus suministros⁽⁵⁷⁾. En cambio, si la falta de licencia es debida a una simple demora en la tramitación municipal y no a la ausencia de los presupuestos fácticos o jurídicos en que se funda su concesión, o a defectos fácilmente subsanables, siendo posible su obtención en un plazo razonable por adecuarse la vivienda a las condiciones exigibles o haber manifestado el promotor su voluntad de subsanarlos, no habrá una frustración de las legítimas expectativas del adquirente que le faculte a resolver⁽⁵⁸⁾.

Al respecto, cabe tener en cuenta que el artículo 28.1. II b) LSRU, exige, para la autorización de declaración de obra nueva terminada, además de la certificación final de la obra expedida por el técnico competente «el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente, salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para

(55) STS (Pleno) 10 septiembre 2012 (RJ 2013, 2266), SSTS 6 marzo 2013 (RJ 2013, 3084), 20 marzo 2013 (RJ 2013, 4594), 10 junio 2013 (RJ 2013, 7072), 30 septiembre 2013 (RJ 2013, 7049), 21 octubre 2013 (RJ 2013, 429), 28 octubre 2013 (RJ 2013, 8330), 28 octubre 2013 (RJ 2013, 8331), 30 octubre 2013 (RJ 2013, 7070), 31 octubre 2013 (RJ 2013, 3944).

(56) Entre otras, SSTS 21 julio 2014 (RJ 2014, 4245), 22 abril 2015 (*Tol 4850744*), 7 julio 2017 (RJ 2017, 3199).

(57) BUSTO LAGO, J. M., *El control del cumplimiento de la legalidad urbanística en los contratos sobre vivienda: la compraventa de «vivienda» sin licencia*, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 78 ss; y en «Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”. Sentencia de 8 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10425)», *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 53 ss. Consultado en Proview Aranzadi.

(58) En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La resolución...», *op. cit.*, p. 6; GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., «Normativa civil sobre vivienda como impulso del mercado inmobiliario», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2016, consultado en BIB 2016/257, pp. 7-8, y en «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», en González Pacanowska, I., y García Pérez, C. L. (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 295. En la misma línea, BUSTO LAGO, J. M., «Acción de resolución...», *op. cit.*



que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna»⁽⁵⁹⁾.

Por el contrario, habrá incumplimiento grave de una obligación esencial si el vendedor no respeta la legislación urbanística entregando un objeto que no se ajusta a dicha normativa, con «peligro cierto y grave de que se proceda a su demolición con base a una resolución judicial firme», que ordena la reposición de los terrenos al estado anterior a la construcción⁽⁶⁰⁾.

4.3 La adecuación de la vivienda al proyecto de edificación

El promotor-vendedor deberá entregar la vivienda conforme a la superficie, calidades, instalaciones y/o servicios que figuren en la memoria de calidades o en los proyectos técnicos a los que se haga referencia o remita el contrato, de conformidad con los artículos 1096, 1097, 1461, 1469 a 1471 CC, teniendo en cuenta, además, que la publicidad integra el contenido del contrato (art. 61.2 LGDCU).

En este sentido, cabe destacar que no ha sido inusual que el promotor se reservara, en el contrato de compraventa de viviendas en construcción, facultades de modificación unilateral del objeto del contrato, respecto del proyecto inicial, aludiendo a «razones urbanísticas, técnicas o jurídicas», lo que puede afectar a la configuración misma de la vivienda y/o sus elementos comunes, así como a la memoria de calidades.

Cuando esta modificación unilateral implique un incremento de precio, tal cláusula sería nula por ilegal al amparo del artículo 10 B).1 RD 515/1989. Según este precepto «las reformas de obras motivadas en causas diligentemente no previsibles en el momento de aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que originen modificaciones en el precio estipulado serán previamente comunicadas a los adquirentes quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca». En esta línea, el artículo 85.10 LGDU califica de abusivas «las

(59) Para un análisis crítico de la inclusión de la licencia de primera ocupación como objeto de control notarial y registral en las declaraciones de obra nueva, introducido en el derogado artículo 20 TRLS de 2008 por el Real Decreto-ley 8/2011, *vid.* GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., «Normativa civil...», *op. cit.*, pp. 6-8. Destaca la autora la reforma de dicho precepto por Ley 8/2013 pretendió aligerar dicha exigencia, al añadir el último inciso –que ha pasado al vigente artículo 28.1 LSRU–, y dejar en manos de la legislación autonómica la introducción en dicha licencia del régimen de declaración responsable.

(60) STS 12 septiembre 2016 (RJ 2016, 4437), en la que se estimó la resolución del contrato instada por el comprador por haber entregado el promotor la vivienda con una licencia de primera ocupación que estaba recurrida al haberse dictado sentencia firme que ordenaba la reposición de los terrenos a su estado anterior, como consecuencia de la anulación del Plan General Municipal.



cláusulas que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor o usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente pactado».

Aun cuando las modificaciones introducidas respecto al proyecto inicial no supongan un incremento de precio, el artículo 85.3 LGDCU prevé que son abusivas «las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato». Luego, pueden concurrir razones objetivamente justificadas, que imponen un reajuste eficiente del contrato, con modificación de la edificación respecto del proyecto inicial, pero deberán estar reflejadas en el contrato de manera concreta y clara y, además, no ser previsibles en el momento de la elaboración de aquél⁽⁶¹⁾. Cuando estos motivos, aunque especificados, sean insuficientes por vagos e imprecisos (p. ej.: «motivos graves», «circunstancias sobrevenidas», «fuerza mayor», «impedimentos jurídicos o económicos»), estaremos ante una cláusula abusiva y, por tanto, deberá tenerse por no puesta (art. 83.1 LGDCU).

En todo caso, si la modificación del proyecto responde a causas técnicas o jurídicas que debieron ser previstas por el promotor profesional, por estar incluidas en su ámbito de control, éste deberá asumir el coste. Cualquier desviación no consentida que no responda a causas técnicas suficientemente justificadas produce una discordancia entre lo previsto inicialmente y el resultado final. Es por ello que cabe que el adquirente inste la resolución por incumplimiento, si la discordancia es relevante o sustancial⁽⁶²⁾, o exija el cumplimiento forzoso según proyecto inicial⁽⁶³⁾, si fuera posible, con indemnización de los daños en ambos casos.

(61) Como advierte DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La resolución...», *op. cit.*, p. 4, solo es lícita tal previsión contractual «si se trata de circunstancias imprevisibles y extrañas al ámbito de control de la actividad de aquél que determinen cambios de escasa entidad».

(62) La STS 28 noviembre 2012 (RJ 2013, 187) consideró que las modificaciones introducidas en el proyecto de edificación de una urbanización en la costa, impuesta por la autoridad competente para cumplir con la Ley de Costas, que, supusieron una nueva configuración de los bloques y ubicación de la vivienda adquirida, con perjuicio a las vistas y a la tranquilidad y ausencia de ruidos, disminuían sustancialmente las posibilidades de disfrute de la vivienda, con repercusión negativa en su valor de mercado, y perjuicio a la privacidad como elemento esencial de toda vivienda. Por ello, consideró que era de aplicación la cláusula contractual que permitía al comprador, en caso de cambio sustancial del proyecto, la resolución del contrato con recuperación de precio pagado más interés legal del dinero. En la misma línea, la STS 16 noviembre 2012 (RJ 2012, 1615) consideró que el cambio de ubicación de los condensadores de climatización que iban a ubicarse en la azotea y finalmente lo fueron encima de la puerta de acceso al dormitorio principal de la vivienda de los adquirentes constituyía una alteración sustancial del objeto del contrato, que facultaba a estos a la resolución del contrato, con base en una de las condiciones generales del contrato.

(63) STS 12 diciembre 2011 (RJ 2012, 292).



5. CUESTIONES RELATIVAS A LAS OBLIGACIONES DEL ADQUIRENTE

5.1 El retraso en el pago del precio y la resolución del contrato

El legislador impone deberes informativos al promotor vendedor, especialmente intensos, en relación con el precio de venta, según resulta del artículo 6.1.1.^º RD 515/1989 y del artículo 60.2 c) LGDCU, no pudiendo aumentar unilateralmente el precio de la vivienda, si no corresponde dicho incremento a modificaciones de la obra motivadas por causas diligentemente no previsibles en el momento de aprobar los proyectos de construcción, y que deberán ser comunicadas previamente a los compradores (art. 10.1 RD 5151/1989; artículos 85.3 LGDCU).

El artículo 1504 CC prevé, para el retraso en el pago del precio aplazado en la compraventa inmobiliaria, que, aunque se hubiera estipulado que tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato «el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial». Con este precepto se trata de evitar el automatismo del pacto comisorio o de *lex commissoria*, esto es, cuando se ha pactado que la falta de pago del precio producirá automáticamente la resolución del contrato, lo que se consigue mediante la exigencia de requerimiento formal resolutorio⁽⁶⁴⁾.

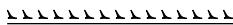
Con la mejor doctrina, hay que entender que se aplica a las compraventas con pacto comisorio –a las que expresamente hace referencia–, pero también a las que no lo incluyen, tanto si se ha pactado de manera expresa la resolución no automática por impago del precio como si no se ha estipulado nada al respecto⁽⁶⁵⁾.

Atendiendo a esta norma, para proceder a la resolución por impago del precio el vendedor ha de requerir formalmente al comprador, lo que, en principio favorece a este, en tanto que mientras no se produzca dicho requerimiento puede pagar atrasadamente, conservándose el contrato. Una vez hecho el requerimiento el comprador, el vendedor ya podrá rechazar un pago atrasado y, al tiempo, no será posible que el juez acuerde un nuevo plazo para el cumplimiento, al prohibirlo el artículo 1504 *in fine* CC⁽⁶⁶⁾.

(64) CLEMENTE MEORO, M., *La obligación de pago del precio en la compraventa de inmuebles*, Barcelona, 2009, p. 46, y en «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», », en González Pacanowska, I., y García Pérez, C. L. (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 321.

(65) CLEMENTE MEORO, M., *La obligación...*, op. cit., p. 47, con cita de doctrina y jurisprudencia en el mismo sentido.

(66) Se dice, por ello, que se equilibran las posiciones de vendedor y comprador, que tendrán que sopesar qué decisión les interesa más: si al vendedor, requerir y, por tanto, optar por la resolución



La cuestión de si cualquier retraso en el pago del precio aplazado determina la resolución del contrato conforme al artículo 1504 CC ha sido resuelta de manera negativa por la jurisprudencia, al exigir para la aplicación de este precepto la concurrencia de los presupuestos de la acción de resolución por incumplimiento «ex» artículo 1124 CC, esto es, que haga falta un incumplimiento de cierta gravedad, sustancial o esencial, que frustre las expectativas legítimas de las partes o sea trascendente para la economía del contrato⁽⁶⁷⁾

5.2 La subrogación del adquirente en el préstamo del promotor

Es nula por abusiva la cláusula que impone al adquirente consumidor en el contrato de compraventa de vivienda la subrogación en el préstamo hipotecario concedido al promotor para la financiación de la promoción inmobiliaria, o le imponga penalizaciones en caso de no subrogarse, según resulta del artículo 89.3 c) LGDCU⁽⁶⁸⁾. Por ello, si el adquirente opta por no subrogarse no se le pueden imponer los gastos de cancelación de la hipoteca constituida por el promotor para financiar la promoción⁽⁶⁹⁾ [art. 89.3 a) LGDCU].

En el caso de que se haya pactado la posibilidad de subrogación en el préstamo concedido al promotor y el adquirente opte por ella, la jurisprudencia, ya desde hace tiempo, consideró que era abusiva la traslación a este de los gastos de constitución de la hipoteca por la parte destinada a financiar la construcción que correspondían al empresario⁽⁷⁰⁾, al amparo

del contrato o exigir el cumplimiento; y al comprador, si persistir en el impago y arriesgarse al requerimiento de resolución y, con ello, a una mayor indemnización si se incrementa el daño. En tal sentido, CLEMENTE MEORO, M., «El retraso...», *op. cit.*, p. 322.

(67) CLEMENTE MEORO, M., «El retraso...», *op. cit.*, p. 324. Además, no podrá resolver el vendedor que haya incumplido previamente sus obligaciones o si le es imputable a él el incumplimiento del comprador.

(68) En la actualidad, esta cláusula debe considerarse nula por vulnerar el artículo 14 Ley 5/2019, reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario, según CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Consumo*, Cizur Menor (Navarra), 2023, consultado en BIB 2023/2365.

(69) SERRA RODRÍGUEZ, A., «La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas», en CANIZARES LASO, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006; ÁLVAREZ LATA, N., «La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato?», *Revista CESCO*, núm. 4, 2012, p. 101; CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., *Derecho de la construcción...*, *op. cit.*, pp. 581, 656-657.

(70) La STS 2 febrero 1999 (RJ 1999, 529) consideró que vulneraba la legislación aplicable (en tal caso, el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 1968) la inclusión en los contratos de compraventa de viviendas con tal calificación en el que se le imputaba los gastos de constitución de la hipoteca constituida por el promotor para financiar la construcción y la división de la misma, al considerar que se imponen al consumidor final «unas impensas que gravitan directamente sobre el empresario».



del artículo 89.3 a) LGDCU, en la línea de lo ya previsto por el artículo 10 D) RD 515/1989⁽⁷¹⁾. Más controvertida ha sido la cuestión de si, en caso de subrogación en el préstamo, los gastos de cancelación pueden imponerse al consumidor, cuando el préstamo esté destinado a financiar la construcción, pero también la adquisición de la vivienda⁽⁷²⁾. En la actualidad, el TS se inclina a considerar que dicha cláusula no es abusiva, al entender que, una vez efectuada la subrogación del comprador/deudor, ya no es una hipoteca del vendedor, por lo que los gastos corresponden a aquel, por ser el interesado en la cancelación⁽⁷³⁾.

En todo caso, si se prevé la posibilidad de subrogación del adquirente el promotor deberá indicar con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades (art. 6.1.4.º RD 515/1989), debiendo comunicar dicho pacto al prestamista la Disposición adicional séptima LCCI a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de evaluar la solvencia y los requisitos de información precontractual y el resto de las obligaciones exigidas en esta Ley y su desarrollo reglamentario, dando tiempo al potencial prestatario a buscar alternativas de financiación hipotecaria.

Cuestión distinta, es la de si la denegación de la financiación al adquirente, cuando ha optado por la subrogación en el préstamo hipotecario del promotor, y que depende, en última instancia, del acreedor hipotecario, faculta a aquel a resolver el contrato, por imposibilidad sobrevenida o por aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus»⁽⁷⁴⁾. El TS ha sostenido, en alguna de sus resoluciones, que si el promotor-vendedor asume el compromiso frente al adquirente de obtener de la entidad bancaria una oferta vinculante de préstamo o de que aquel podía en todo caso subrogarse, si

(71) Así, se ha considerado abusiva la cláusula que imponía al adquirente de la vivienda los gastos de constitución de la hipoteca respecto de la parte destinada a financiar la construcción del inmueble, como resulta, entre otras, de STS 2 de febrero de 1999 (RJ 1999, 529), SAP Sevilla 16 marzo 2004 (AC 2004, 317), SAP Madrid 20 abril 2004 (*Tol* 397263), SAP Madrid 1 julio 2004 (JUR 2004, 253420), SAP Madrid 13 enero 2006 (JUR 2006, 120906), SAP Madrid 11 abril 2007 (JUR 2007/212641).

(72) Se manifiestan por la validez de la cláusula que impone dichos gastos de cancelación al consumidor que se subroga, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1995, p. 191; ÁLVAREZ LATA, N., *op. cit.*, p. 101; CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., *Derecho de la construcción..., op. cit.*, pp. 581. En contra, PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004, p. 156.

(73) SSTS 25 mayo 2020 (RJ 2020, 1255), 14 febrero 2023 (RJ 2023, 1842).

(74) *Vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La resolución de la compraventa...», *op. cit.*, pp. 12-15, sobre la aplicación de la doctrina de la cláusula rebus a los supuestos en que el comprador no obtiene la financiación para la adquisición de la vivienda, facultándole a resolver concurriendo determinadas circunstancias y el riesgo para los principios *pacta sunt servanda* y la seguridad jurídica.



con posterioridad no se obtiene la financiación o no se acepta la subrogación por la entidad bancaria hay un incumplimiento de una obligación esencial que frustra el resultado del contrato y facultaría a la parte compradora a resolverlo⁽⁷⁵⁾. En tales pronunciamientos se entiende que la subrogación en el préstamo hipotecario, como elemento de financiación del pago del precio de la vivienda, forma parte integrante de la oferta contractual, por lo que existía un compromiso obligacional que la compradora aceptó, de manera que la denegación de la financiación por la entidad bancaria supone un incumplimiento resolutorio. En cambio, si no existe dicho pacto de subrogación por el que el vendedor asegura al adquirente que aquella tendrá lugar, ni se pactó como condición resolutoria el caso de la denegación de la financiación, si luego no se produce y el comprador no obtiene la financiación no habrá incumplimiento de obligación esencial y, por tanto, no será resolutorio⁽⁷⁶⁾.

5.3 La aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» ante la imposibilidad de obtener financiación

A raíz de la crisis económica del 2008 algunas resoluciones judiciales se enfrentaron a la cuestión de si la imposibilidad de obtener financiación por el adquirente, dado el contexto socio-económico, permitía la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» para resolver el contrato de compraventa de vivienda a instancias del comprador. Como sabemos, la jurisprudencia ha hecho una aplicación muy restrictiva de la cláusula «rebus», insistiendo en que debe ser admitida de manera cautelosa y exigiendo la concurrencia de determinados presupuestos, a saber, una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de ejecución de prestaciones en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, haciendo excesivamente gravosa la prestación de una de las partes y que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias imprevisibles. Concurriendo estos requisitos la consecuencia de su aplicación es

(75) DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La resolución...», *op. cit.*, pp. 12-13. En tal sentido, las SSTS 12 abril 2013 (RJ 2013, 3385), 26 abril 2013 (RJ 2013, 3268), 15 septiembre 2015 (RJ 2015, 4975), 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 5874).

(76) *Vid. ÁLVAREZ LATA, N., op. cit.*, pp. 111-114, según la cual la tesis mayoritaria es la entender que la cláusula de subrogación en los contratos refleja «una mera expectativa de conseguir financiación, de modo que la frustración del mecanismo subrogatorio, provocado por causas diversas (sobrevenidas o no; imputables o no al comprador; exclusivamente imputadas a la voluntad del tercero, que es quien la concede) no altera en absoluto el régimen de las obligaciones de las partes», como sostuvo la SAP Alicante 21 marzo 2012 (JUR 2012, 215844).



la adaptación o modificación judicial de los términos del contrato y solo, de manera muy excepcional, la resolución del contrato. Además, el ámbito de aplicación natural de la cláusula «*rebus*» es el de los contratos de trato sucesivo y solo excepcionalmente (aún más) podía resultar de aplicación a los contratos de trato único (ejecución instantánea) cuando su cumplimiento se había diferido para un momento futuro (compraventa con precio aplazado).

Esta concepción de la cláusula «*rebus sic stantibus*» supuso que el Alto Tribunal hasta finales del año 2012 rechazara que la crisis económica que venía padeciendo nuestro país pudiera ser admitida como un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias que pudiera posibilitar la aplicación de esta doctrina. La situación de crisis no suponía una «aplicación generalizada, o automática de la cláusula», al no entenderse que era un riesgo previsible e implícito en el devenir económico de cualquier país. Sin embargo, la STS de 8 de noviembre de 2012⁽⁷⁷⁾ reconoció que «aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla “*rebus sic stantibus*” (estando así las cosas) cuando de la valoración del conjunto de las circunstancias concurrentes, y de la propia configuración de la regla jurídica, se desprende su posible y correcta aplicación al ámbito de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipicidad jurídica que se derive de la crisis». Se abría con ello la puerta a que la crisis económica y las fuertes restricciones al crédito que esta impuso pudiera ser considerada un hecho impeditorio e imprevisible a los efectos de la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*». Idéntico razonamiento se recoge en las posteriores, como en las SSTS de 17 de enero de 2013 o 18 de enero de 2013⁽⁷⁸⁾. Así, en la STS de 17 de enero de 2013, pese a que el fallo fue desestimatorio de la pretensión resolutoria, ya se argumenta lo siguiente: «Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla “*rebus sic stantibus*” haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria

(77) RJ 2012, 2402.

(78) RJ 2013, 1819 y RJ 2013, 1604. En ellas, el supuesto de hecho era idéntico: se trataba de compraventa de viviendas en que los compradores debían pagar parte del precio de la compraventa para lo que debían obtener financiación cuando ya había estallado la crisis económica y se les denegaba por su situación financiera. Sin embargo, si bien en ambas se plantea la aplicación de la cláusula «*rebus*» a estas situaciones de crisis, finalmente se descartó.



de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla»⁽⁷⁹⁾. Esta «revisada» configuración jurisprudencial de la cláusula «rebus» fue confirmada en otras resoluciones posteriores⁽⁸⁰⁾, si bien en su mayoría no la consideran de aplicación atendiendo a las circunstancias concurrentes. En la actualidad, el Tribunal Supremo ha matizado dicha doctrina, rechazando una aplicación generalizada de la cláusula «rebus» a las situaciones generadas por la crisis económica del 2008⁽⁸¹⁾, siendo necesario que, en el caso concreto, se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual, así como se valoren los factores concurrentes ya puestos de relieve por el Tribunal Supremo, como el conocimiento del sector por el contratante o el carácter especulativo de la operación⁽⁸²⁾.

6. AUTOPROMOCIÓN INDIVIDUAL

6.1 Caracteres

Como hemos puesto de manifiesto, normalmente la adquisición de vivienda por parte de un particular se articula a través de un contrato de

(79) La aplicación de la cláusula «rebus» a estos supuestos de compraventa de viviendas afectadas por la crisis exige, a juicio del Tribunal Supremo, la valoración de un conjunto de valores, como «el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su aso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineeficacia».

(80) Entre otras, por las SSTS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526), 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129), 24 febrero 2015 (RJ 2015, 1409). En las dos primeras, se entendió aplicable la cláusula rebus si bien no en el marco de contratos de compraventa inmobiliaria; mientras que en la de 15 octubre 2014 se descartó su aplicación, tras el análisis de las circunstancias concurrentes.

(81) Así, las SSTS 24 febrero 2015 (RJ 2015, 1409), 30 abril 2015 (RJ 2015, 1363), 15 enero 2019 (RJ 2019, 146), 5 abril 2019 (RJ 2019, 1360).

(82) LÓPEZ MARTÍNEZ ACACIO, P., y DEL RÍO GALEOTE, A., *La Rebus Sic Stantibus en tiempos de pandemia: análisis general por sectores económicos*, Valencia, 2021, consultado en Tol 8370247.



compraventa de edificación ya acabada o en construcción. Sin embargo, es posible también que se recurra al contrato de obra inmobiliaria, cuando una persona física, propietaria o titular de un derecho sobre el suelo que le permite edificar, encarga, como comitente, la construcción a un profesional o empresario, reservándose la decisión sobre los elementos esenciales del proceso de edificación, para satisfacer su necesidad de vivienda. Estamos ante la figura de lo que se conoce como autopromotor individual⁽⁸³⁾.

Este contrato puede también concertarse no solo para que el constructor inicie *ex novo* la construcción de una edificación, sino para que eleve una ya existente o para que la reconstruya o rehabilite. El contrato de obra inmobiliaria es un contrato traslativo del dominio al comitente, si bien habrá que distinguir en función de quien aporta los materiales. Si son aportados por quien encarga la obra, se entiende que la obra le pertenece desde el principio, conforme se va incorporado al suelo por accesión. Si son aportados por quien ejecuta la obra, la propiedad de la obra conforme se va realizando pertenece al contratista, transfiriéndola al comitente cuando le sea entregada.

Varias cuestiones plantea el supuesto que nos ocupa: en primer lugar, si el comitente –autopromotor individual– actúa como promotor a los efectos del artículo 9.1 LOE, y el resto de obligaciones que le impone la Ley; en segundo lugar, si puede ser considerado el autopromotor individual, en cuanto comitente, consumidor durante el proceso de edificación, frente a un contratista empresario, atendiendo al concepto contemplado por el artículo 3 LGDCU, permitiendo dicha calificación la aplicación de la normativa protectora de consumidores y usuarios.

6.2 El autopromotor como comitente y consumidor

Así, ha sido controvertida en la jurisprudencia la consideración del autopromotor como consumidor y usuario, aun cuando la vivienda esté destinada al uso propio, y, por tanto, actúe con un propósito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Como posible razón a esta resistencia por la jurisprudencia se ha alegado que el reconocimiento, como comitente o dueño de la obra, de un poder de dirección sobre la obra y de un derecho de desistimiento conforme al artículo 1594 CC ha impedido su consideración como parte débil de la contratación, idea que abona la propia

(83) *Vid. por todos, MILA RAFEL, R., Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativas de viviendas*, 1.^a ed., 2014, Cizur Menor (Navarra), 2014, consultado en Thomson Reuters Proview.



distribución de riesgos en caso de pérdida o destrucción de la obra atendiendo a los artículos 1589 y 1590 CC⁽⁸⁴⁾.

Pese a tales pronunciamientos, me inclino con la mejor doctrina⁽⁸⁵⁾ en que debe ser considerado consumidor si actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (art. 3 LGDCU), debiéndose aplicar la normativa protectora de consumidores cuando el contratista tiene la condición de empresario, por lo que deberán ser de aplicación las normas relativas a la información precontractual, documentación contractual y demás exigencias en relación con el contrato de compraventa (arts. 60, 61, 63 o 64 LGDCU), así como las de cláusulas abusivas.

Como ya fue puesto de manifiesto, también en el contrato de obra debe fijarse precio cierto (cfr. artículos 1544, 1588 CC), esto es, debe estar determinado o, al menos, ser determinable en el momento de la celebración del contrato, pudiendo fijarse sin necesidad de nuevo convenio (art. 1273 CC), al ser el contrato de obra un contrato comunitativo y no aleatorio. En particular, cabe destacar que las cláusulas son calificadas de abusivas las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor o usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente pactado» (art. 85.10 LGDCU)⁽⁸⁶⁾. Así, no podrá imputarse al comitente consumidor un aumento de precio de la obra debida a una modificación del proyecto para adecuarse a la normativa urbanística, o a cualquier otra causa debida a una falta de previsión del contratista, debiendo asumir entonces su coste por pertenecer a su ámbito de control. Cuando dicho aumento se deba a razones objetivas se debe permitir al consumidor resolver el contrato lo que conduce a resultados insatisfactorios para el interés del contratista inmobiliario⁽⁸⁷⁾.

Además, conforme al artículo 1593 CC, cuando la obra se encargue por precio alzado, no puede el contratista pretender un aumento del precio, aunque haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plazo que produzca un aumento de obra, siempre que el propietario lo hubiese autorizado.

(84) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «La protección del comitente como consumidor», *ADC*, vol. 65, abril 2012, pp. 682-683; DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La formación del contrato de obra», *op. cit.*, pp. 518-519.

(85) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *op. cit.*, pp. 682 ss.; DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La formación del contrato de obra», *op. cit.*, p. 520; ALBIEZ DORHMAN, J. K., «Comentarios al artículo 1588», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Valencia, 2013, p. 11220; MILÀ RAFEL, R., *Promoción inmobiliaria...*, *op. cit.*

(86) *Vid. supra*. En este sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «La protección del comitente...», *op. cit.*, pp. 685 y 687.

(87) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «La protección del comitente...», *op. cit.*, pp. 692.



6.3 La exención del autopromotor individual de la obligación de asegurar la responsabilidad decenal

La cuestión de si el autopromotor individual se configura como promotor a los efectos de la aplicación de la LOE queda resuelta por el artículo 9.1, que incluye también a la persona física que, de manera individual, «decide, impulsa, programa y financia,... las obras de edificación para sí», y, por tanto, aunque sea para satisfacer sus necesidades personales de vivienda, sin intención de revender o poner en el mercado la edificación resultante⁽⁸⁸⁾, a diferencia de lo que sucedía con la jurisprudencia anterior a la LOE que, a efectos de afirmar la responsabilidad por ruina «ex» artículo 1591 CC, excluía al autopromotor individual de la condición de promotor, por no actuar con ánimo de lucro ni con la finalidad de transmitir las edificaciones a terceros⁽⁸⁹⁾.

En su redacción originaria, la LOE exigía la contratación de un seguro decenal de daños para todas las edificaciones cuya licencia de obras se solicitara a partir del 6 de mayo de 2000 y, por tanto, comprendiendo también los supuestos de autopromoción individual para uso propio⁽⁹⁰⁾.

Sin embargo, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social dio una nueva redacción a la Disposición adicional segunda de la LOE, añadiendo un nuevo párrafo a su número uno, e incorporando una excepción a la regla general de la obligatoriedad del seguro de daños, seguro de caución o garantía financiera para garantizar durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por defectos estructurales (art. 19.1 c), en el supuesto de «autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio». No obstante, en caso de transmitirse «inter vivos» la vivienda dentro de dicho plazo el autopromotor, salvo pacto en contrario, deberá contratar dicha garantía por el tiempo que restase hasta los diez años. Además, se prevé que «no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión “inter vivos” sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo

(88) Critica esta asimilación, entre otros, ALGABA ROS, S., *op. cit.*, p. 22. En cambio, califican al autopromotor como promotor conforme a la LOE MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^a T., *op. cit.*, p. 63; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 4.^a ed., Madrid, 2011, pp. 772 ss.; CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., *Derecho de la construcción y la vivienda...*, *op. cit.*, p. 488.

(89) MILÀ RAFEL, R., *Promoción inmobiliaria...*, *op. cit.*

(90) Víd. PACHECO JIMÉNEZ, M.^a N., «Resolución de la DGRN 11 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 689). Seguro decenal (de daños o de caución). Exoneración de suscripción en el supuesto de autopromoción de una única vivienda unifamiliar para uso propio», CCJC, núm. 86/2011, consultado en BIB 2011/875.



que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese exonerado por el adquirente de la constitución de la misma» (cfr. artículo 20 LOE).

La lectura de dicho párrafo ha suscitado varias dudas, como la de qué ha de entenderse por vivienda unifamiliar de «uso propio». En este sentido, la DGRN ha precisado que tal exoneración exige un doble requisito: subjetivo y objetivo, pues debe tratarse de un «autopromotor individual» y, además, de una «única vivienda unifamiliar de uso propio», cuyo concepto se determina por el uso a que se destina, siendo indiferente que se trate de primera o segunda vivienda, y aunque se trate de meramente temporal⁽⁹¹⁾, mientras no pretenda estar destinada originariamente a posterior enajenación, entrega o cesión a terceros por cualquier título⁽⁹²⁾.

Además, se exige que, en cuanto hecho futuro, en la escritura de declaración de obra nueva se contenga la manifestación de que se trata de la construcción de una sola vivienda unifamiliar impulsada por persona física que, además, vaya a destinarla a uso propio⁽⁹³⁾, cuya acreditación, de otra parte, no se exige, bastando que no resulte contradicha por el contenido de la licencia municipal, lo que en la práctica puede propiciar algún fraude⁽⁹⁴⁾.

Se ha cuestionado también si el concepto de «autopromotor individual» comprende a las personas jurídicas, que podrían ser titulares de una «única vivienda unifamiliar de uso propio», quedando así excluidas de la obligación de contratar un seguro de daños al que se refiere el artículo 19.1 c) LOE. Así lo ha mantenido la DGRN, en algunas de sus Resoluciones, que ha llevado a cabo una interpretación amplia de dicho concepto, argumentando que las personas jurídicas son, en última instancia, «una sola entidad, son individuales siguiendo un criterio numérico»⁽⁹⁵⁾, lo

(91) Resolución-Circular de la DGRGN 3 diciembre 2003, RDGRN 5 abril 2005 (RJ 2005, 3484).

(92) RDGRN 22 julio 2010 (RJ 2010, 4878) y 21 agosto 2011 (RJ 2011, 7299).

(93) RRDGRN 28 octubre 2004 (RJ 2004, 7808) y 6 abril 2005 (RJ 2005, 3485). Fuera de este supuesto no puede dispensarse el cumplimiento del requisito legal del seguro con base en la mera renuncia del titular inicial o adquirente, [RRDGRN 22 julio 2010 (RJ 2010, 4878) y 21 agosto 2011 (RJ 2011, 7299)].

(94) ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades..., op. cit.*, pp. 769-770.

(95) En tal sentido, la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003 sostuvo que dicho concepto no debe interpretarse de manera rigorista, incluyendo también a la llamada «comunidad valenciana» para la construcción de edificios, cuando las condiciones arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan, y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad. En cambio, quedaría fuera de esta excepción la construcción de edificación por pluralidad de personas –titulares en régimen de comunidad ordinaria o proindiviso–, que no se considera un acto individual sino colectivo [RDGRN 22 julio 2010 (RJ 2010, 4878)]. En favor de una interpretación amplia *vid. RRDGRN 9 julio 2003, 28 octubre 2004 (RJ 2004, 7808), 6 abril 2005 (RJ 2005, 3485), 26 agosto 2011 (RJ 2011, 7299).*



que ha sido matizado por la doctrina⁽⁹⁶⁾. En todo caso, la mayoría de las leyes autonómicas restringen a las personas físicas la figura del autopromotor individual.

Por último, si el autopromotor individual transmite «inter vivos» la vivienda familiar antes del transcurso del plazo legal de diez años y es exonerado por el adquirente de la constitución de la garantía deberá acreditar «haber utilizado la vivienda», lo que, a juicio de la DGRN, deberá hacerse por cualquier medio admitido en derecho (acta de notoriedad, certificado de empadronamiento, licencia de primera ocupación...), no siendo suficiente la manifestación de «uso propio» contenida en la escritura de declaración de obra nueva⁽⁹⁷⁾.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DORHMAN, J. K., «Comentarios al artículo 1588», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Valencia, 2013, pp. 11215-11231.
- ALGABA ROS, S., «La LOE y la defensa de los adquirentes de viviendas: el retraso en la entrega», en Cañizares Laso, A. (dir.), *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 21-49.
- ÁLVAREZ LATA, N., «La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato», *Revista CESCO*, núm. 4, 2012, pp. 99-117.
- ÁLVAREZ LATA, N., «Compraventa de vivienda», en Busto Lago, J. M., *Reclamaciones de Consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de Consumo*, 4.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 977-1055.
- BUSTO LAGO, J. M., *El control del cumplimiento de la legalidad urbanística en los contratos sobre vivienda: la compraventa de «vivienda» sin licencia*, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1995.
- CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2012.

(96) Para MILÀ RAFEL, R., *Promoción inmobiliaria...*, *op. cit.*, solo tendrían cabida en tal concepto las personas jurídicas que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Sostiene ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 772, que está excluido de la obligación de otorgar el seguro decenal el autopromotor persona jurídica que realiza la construcción de vivienda para destinarla, por ejemplo, a la residencia de un ejecutivo y su familia.

(97) Así, las RRDGRN 28 octubre 2004 (RJ 2004, 7808) y 11 noviembre 2010 (RJ 2011, 689), comentada por PACHECO JIMÉNEZ, M.^a N., *op. cit.*



- CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Consumo*, Cizur Menor (Navarra), 2023, consultado en BIB 2023/2365.
- CLEMENTE MEORO, M., *La obligación de pago del precio en la compraventa de inmuebles*, Barcelona, 2009.
- CLEMENTE MEORO, M., «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., y GARCÍA PÉREZ, C. L., *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 319-338.
- CORDERO LOBATO, E., «El promotor», en CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., *Régimen jurídico de la edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- DE LA HAZA DÍAZ, P., «Perspectiva civil de la licencia de primera ocupación. Análisis jurisprudencial», en Cañizares Laso, A. (dir.), *Estudios sobre Derecho de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 239-272.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La formación del contrato de obra», en Parra Lucán, M.ª Á. (dir.), *Acceso a la vivienda y contratación*, Valencia, 2015, pp. 515-568.
- ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción*, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 4.^a ed., Madrid, 2011.
- *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*, Valencia, 2017, consultado en Tol 6.196.531.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., «Normativa civil sobre vivienda como impulso del mercado inmobiliario», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2016, consultado en BIB 2016/257.
- «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», en González Pacanowska, I. y García Pérez, C. L. (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- LÓPEZ MARTÍNEZ ACACIO, P., y DEL RÍO GALEOTE, A., *La Rebus Sic Stantibus en tiempos de pandemia: análisis general por sectores económicos*, Valencia, 2021, consultado en Tol 8370247.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *La figura del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- MILÀ RAFEL, R., *Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativas de viviendas*, 1.^a ed., 2014, Cizur Menor (Navarra), 2014, consultado en Thomson Reuters Proview.
- PACHECO JIMÉNEZ, M.ª N., «Responsabilidad por vicios constructivos de habitabilidad y responsabilidad por incumplimiento contractual: los ámbitos de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y el Código Civil. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2018 (RJ 2018, 337), BIB 2018/13312.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004.
- «La protección del comitente como consumidor», *ADC*, vol. 65, abril 2012.
- REBOLLEDO VARELA, Á. L., «Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado. Fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción regis-



B ADQUISICIÓN DEL PROMOTOR Y AUTOPROMOCIÓN INDIVIDUAL

- tral, cargas y gravámenes», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2005, BIB 2005/1096.
- RUBIO TORRANO, E., «Incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo acordado», *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, núm. 9/2015, BIB 2014/4431.
- SERRA RODRÍGUEZ, A., «La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas», en Cañizares Laso, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006.
- VERDERA SERVER, R., «Cláusula resolutoria y retraso en la entrega de la vivienda. Sentencia 13 noviembre 2013 (RJ 2013, 7821)», *CCJC*, núm. 95, 2014, consultado en Aranzadi Proview.

