

LA PROTECCIÓN DE LOS ADQUIRIENTES DE VIVIENDAS EN FASE DE CONSTRUCCIÓN

Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense

La materia que han tenido la amabilidad de encomendarme mis colegas tiene ciertos riesgos en cuanto a su génesis, desarrollo e interpretación. Pues, los tres aspectos se mueven en ese proceloso mundo tan español de hacer de la necesidad virtud. Estamos en presencia de uno de esos asuntos que están más próximos a la picaresca que a la disciplina propia de un mercado organizado y disciplinado por unas cuantas reglas seguras, sucintas y sencillas; y a la picaresca se suele responder con remedios campanudos y hasta cierto punto sorprendentes. Este me parece a mi que es el caso.

La crisis de Sofico-Renta –un *affaire* sumamente complejo en los aspectos jurídico y urbanístico, así como en los contractuales, pero es claro que actuó en todos ellos con voluntad de enriquecimiento ilegítimo y sin excesivo reparo respecto de los órdenes penal, administrativo, civil e incluso ético, como pone de manifiesto sin citar al sujeto de la alarma social la E. M. de la ley de 1968– se resolvió en cuanto tal crisis social y no como caso judicial, a mi modo de ver la cuestión, dando lugar a una reacción exagerada y desmedida respecto de una realidad en la que la prevención legal quería moverse, en ella que se confunden dos realidades que suelen manifestarse de forma abusiva, pero que no aparecen necesariamente concatenadas, la de la especulación sobre el suelo con infracción

de la disciplina urbanística y la del promotor con vocación de estafador respecto de los adquirentes de las viviendas que él proyecta o se dispone a construir.

Esta coyunda manipuladora de la legalidad estaba muy presente en el caso Sofico, pero había un elemento más, sin el cual no era posible el caso, que no era otro que el afán de la inmensa mayoría de los clientes de Sofico de enriquecerse rápidamente y muy por encima de las posibilidades ordinarias, pensando ingenuamente –en la línea de actuación de los burladores burlados con la estafa callejera del «tocomocho»– que los gestores de la empresa serán honestos para con ellos y deshonestos para con los clientes ocasionales del conjunto.

O lo que es lo mismo, quisieron entender que los gestores se comprometerían penalmente en beneficio de los pequeños inversionistas. Un supuesto de bandolerismo romántico andaluz oficializado. Todo un desmadre intelectual que desemboca en un lógico desastre del que se hace eco el Estado, porque éste se siente preocupado en una absoluta y lamentable falta de vigilancia en un campo económico abundantemente regulado, más varias toneladas adicionales de gravísimas irregularidades administrativas de docenas de municipios, varias administraciones provinciales y alguna que otra autoridad central.

Me parece claro, en este su contexto histórico, que la protección que trata de brindar la Ley de 27 julio 1968 resulta ser mucho más «social» que «jurídica», pese a tratarse de una ley tramitada en Cortes, baste como prueba el que «ordene» la irrenunciabilidad de los derechos concedidos por la misma, en la línea de la legislación arrendaticia de la época. Así como, porque opta por una acumulación de garantías en vez de regular de una vez por todas el contrato de obra –tarea parcialmente pendiente todavía hoy– y la figura del promotor, claro está que para lo último era preciso implicar al Ministerio de la Vivienda y en aquel preciso momento el horno estaba demasiado caliente para hornear bollos sin provocar un escándalo adicional.

Hay dos razones de peso para dejar bien clara la tendencia social que se adopta en el texto legal, con descuido de la expresión jurídica.

Una primera y hasta principal; la realización de una inversión por particulares, la más de las veces padres de familia, que resulta ser de tal cuantía que supone, en todos los casos y sin excepción digna de mención estadística, el montante total de varios años de trabajo no admite que la diligencia exigible al adquirente sea siempre también lamentablemente escasa como lo son sus bienes, como mínimo requeriría saber quién, en términos de cumplimiento de sus obligaciones, resulta ser el promotor y cuál su efectiva solvencia, pues la ley parece descargar al adquirente de tan importante tarea por la vía de la cobertura objetiva, bien por aseguramiento, bien por concertar un aval solidario con una entidad de crédito.

Otra segunda, invariablemente las garantías corren de cuenta del promotor y naturalmente la gestión de las mismas. Al respecto me parece que debo afirmar que no creo que al hipotético delincuente que contempla la norma como hipótesis le arredre demasiado incurrir en el delito de apropiación indebida y ser sancionado con graves multas; lo prudente y serio es, todavía hoy, regular el contrato de obra y fijar las condiciones objetivas y no dispensables de ejercicio de la función de promotor. Cualquiera otra orientación tiene como resultado, inducir a los que ya son de por sí descuidados e ignorantes a rebajar más aún la escasa diligencia que de hecho despliegan, amén de sentirse víctimas del sistema.

¿Quiero decir con ello que la idea que subyace en la ley 27 julio 1968 es descabellada o simplemente herrada?

A buen seguro y con toda certeza afirmó que no; más bien al contrario. Entiendo que la ley se queda en el exterior del problema y además muy corta, sin que haya recibido la adecuada corrección en la reciente ley de 5 de noviembre de 1999, la cual en su Disposición Adicional primera la confirma la mencionada ley de 1968 en su vigencia y la extiende en cuanto al ámbito de aplicación, sin hacer constar que la tipificación penal y las sanciones por favorecer el desorden público han sido derogadas por el Código penal vigente (la figura cuadra hoy con la estafa pero no con la apropiación indebida) y por la propia Constitución respecto de la Ley de orden público.

Esta ley no es ni creo que lo pretendiese ser, en modo alguno, una ley técnica, por ello muestra vacíos de alguna consideración y acumula garantías al modo de la criticada técnica de la albarda sobre albarda, se promulga con la finalidad básica de tranquilizar a los inversores en vivienda propia y ganar confianza para el Ministerio de la Vivienda de la época.

Más bien tiene el corte propio de una legislación de urgencia que, como no es infrecuente entre nosotros, seguirá vigente hasta que registremos un nuevo escandalazo, es nuestro sino en materia de legislación provisional, tal vez las más resistentes a la derogación, entretanto nos dedicamos a reformar magníficas leyes como la de Aguas o la de Enjuiciamiento civil.

En 1968 era evidente y lo sigue siendo ahora que el contrato de «arrendamiento de obra», según la sistemática romano-francesa, no cubría las mínimas necesidades de la conflictividad registrada en el sector de construcción de viviendas, de por sí muy conflictivo.

Lo era también y lo sigue siendo que muchos vacíos de la letra del Código no pueden colmarse a partir de la necesaria e imprescindible autonomía de la voluntad de las partes, puesto que, al menos para una de ellas, se le tienen que escapar muchísimos detalles técnico-constructivos y técnico-jurídicos. Con esto no se quiere decir, sino todo lo contrario, que se deba recurrir a un marco rígido de contratos reglamentados que, a la postre, no sirven para más que para encarecer un bien ya de por sí exagera-

damente caro o lo que es peor para servir de coartada al encarecimiento y a la insuficiencia de la oferta.

La regulación del contrato bajo las circunstancias y necesidades actuales debería salvar la indeterminación calculada y buscada en que se mueve el sector. Véase si no el eufemismo del artículo 1º de la ley que llama a un adquirente a título oneroso de un bien futuro «cesionario».

¿Qué se le cede, la posición del promotor respecto del bien? Desde luego que no.

Es mucho más sencillo, en las hipótesis barajadas de forma asistemática para la redacción de precepto sólo cabe dos posiciones:

Una. Se adquiere un piso proyectado, con o sin situación de prehorizontalidad.

Otra. Se adquiere el derecho que tenía un adquirente anterior que desiste y se subroga en el lugar del comprador primero del piso proyectado.

Lo cual quiere decir que no pueden ni deben desconocerse las consecuencias que son propias de la compraventa, incluida la teoría de los riesgos que en el artículo 1º parece que se obvian, pero que evidentemente no resulta ser así; bueno, es que no puede serlo puesto que la garantía no va más allá de asegurar las cantidades anticipadas.

Si, en principio, las obligaciones impuestas *ex lege* deben interpretarse restrictivamente, deberemos entender que el seguro o aval solidario pactado cubre, desde luego, un hecho comprobado de un no inicio de las obras en el plazo pactado como supuesto de radical incumplimiento por parte del promotor; pero no así incondicionalmente para el segundo supuesto, el de que «no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido», la interpretación literal de este segundo supuesto supondría la derogación material para este caso de la totalidad de la responsabilidad contractual tal y como la conocemos, porque el seguro no cubre cualquier riesgo corrido o por correo por parte del adquirente, sino tan sólo el de incumplimiento del promotor.

Esto último es claro, buena prueba de ello es que la mayor concentración de jurisprudencia sobre esta ley se concentra en un tratamiento penal y de disciplina administrativa del artículo 6º que como es de regla requiere de un incumplimiento, por lo que el «por cualquier causa» resultó ser una exageración de la letra de la ley. Exageración del legislador que ya está presente en la Exposición de Motivos de forma tal que se vio obligado el redactor a rectificar admitiendo que hay promotores y entidades que cumplen con sus deberes y obligaciones.

La obligación de recibir las cantidades por mediación de una entidad de crédito mediante la apertura de una «cuenta especial» resulta ser un requisito infantil, como si de este modo el dinero estuviera más seguro o, aún peor, las entidades crediticias diesen más fe de la entrega del dinero que la que se otorga a un recibo extendido por el propio promotor que lo recibe.

El implicar en la responsabilidad a las entidades crediticias como lo hace el artículo 1º, 2ª de la ley constituye un caso típico de ejemplo de afición por parte del régimen anterior por el dirigismo económico.

Aunque, justo es reconocerlo, a las entidades bancarias y de ahorro les encantaba estar directa o indirectamente en el candelero, sobre todo si las consideraban como referencia de garantía, en cierto modo esto sigue siendo así olvidándose los «operadores jurídicos» que los documentos aún bancarios no dejan de ser documentos privados.

En el artículo segundo se exige que la «cesión» conste en documento, absurdamente documento privado con todos los inconvenientes que comporta en orden a la ejecución y esta ley es de ejecución de garantías por incumplimiento.

Uno de los defectos mayores observables en los hábitos generalizados en materia de tráfico de inmuebles con precio aplazado es el de hacerlos constar en documento privado, fuente de un sinnúmero de problemas de difícil solución o al menos rápida. Los adquirentes están convencidos de que la intervención notarial y el fisco resultan carísimos; no hay tal, si el alcance del documento debe ser el anticipo de cantidades puede formalizarse de modo que dé lugar al impuesto de actos jurídicos documentados (al 0,5% como es bien conocido). Otra cosa es que los hábitos fiscales y de voracidad recaudatoria habitual acabe imponiendo que se paguen los impuestos propios de las transmisiones y las milongas de las plusvalías –mera succión de recursos con cargo a la inflación– aunque todavía no se haya podido transmitir nada. En estos contratos el objeto inmediato es la gestión de una obra y sólo el mediato la adquisición de la vivienda.

El contrato «privado», como mínimo, debe contener los extremos a que obliga al promotor el artículo 1º de la ley; es decir, estamos en presencia de una norma tautológica que en nada completa, aclara o enriquece a lo dispuesto en el artículo anterior.

El artículo 3º es un defectuoso recuerdo del viejo y siempre disponible para estos casos artículo 1124 del Código civil con la deficiencia técnica de confundir la resolución con la rescisión, confusión ciertamente grave, aunque como sabemos muy frecuente, demasiado.

La rescisión hace referencia a las circunstancias extrínsecas del contrato que se ha cumplido o se está cumpliendo, en tanto que la resolución viene a cuento en los casos en los que hay incumplimiento, sin necesidad de más calificaciones; es decir, no es necesaria una noción de fraude que califique la conducta del incumplidor.

Así el artículo 1124 resulta aplicable directamente y sin las limitaciones propias de los requisitos exigidos en los artículos 1º y 2º de la ley, de los que, por cierto, no nos ha dicho que consecuencias produce su ausencia: si nulidad o anulabilidad.

Muchos se inclinarán por la nulidad porque según el texto de la ley

afecta al «orden público», nada menos. No soy de este parecer, pues la nulidad podría ser invocada por el incumplidor y no es el caso.

Estamos una vez más en un caso civil de anulabilidad que debe ser instado por el contratante al que la ley llama cesionario y no adquirente a plazos anticipados, sin ninguna especialidad en este punto.

La llamada al orden público y a su Ley, derogada por la Constitución, supone una exhibición de contundencia futura tras convivir la administración pública con el referido caso Sofico, que, en su caso, posibilitará poner alguna que otra multa millonaria que nada resuelva. De todos modos este punto y el de la tipificación penal están ambos a dos derogados por el nuevo orden penal constitucional.

La no iniciación de las obras se dispone que obre en documento público fehaciente y como no podría ser de otro modo; caben dos soluciones: la consabida y segura acta notarial o la no tan segura certificación administrativa del Ayuntamiento. Digo no tan segura porque ésta se puede servir para la más corriente de las coartadas de los promotores para no comenzar una obra en el tiempo anunciado: dificultades con la administración municipal. Y lo mismo ocurre con el plazo final de entrega y la obtención de la cédula de habitabilidad, otros dos aspectos sumamente discutibles.

El plazo de entrega no es un término esencial que permita la resolución del contrato vía artículo 3 de la ley, ni por la del artículo 1124 del Código civil; es sí un dato importante y altamente relevante que merecería por su importancia ser objeto de una mayor precisión legal, su incumplimiento da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios que como manifestación que son de una responsabilidad civil contractual son susceptibles de ser objeto de cobertura de un seguro *ad hoc* que sólo será el contemplado en la ley para el caso de que el retraso sea doloso, dígame lo mismo de la cédula de habitabilidad, pues en esa línea dulcificó la Jurisprudencia del Tribunal Supremo la resolución sobre retrasos y vicios subsanables con base en el 1124 Código civil que guarda identidad técnica y de razón con el artículo 3º de la ley repetidamente citado.

Especial interés en el artículo 5º de la ley sobre propaganda y publicidad de las promociones y que se suele incumplir sin que ocurra nada relevante. La exigencia de que se haga público quiénes serán el garante asegurador o el avalista crediticio y en qué entidad de crédito se operará, resultaba sumamente interesante puesto que al asociar a empresas aseguradoras y a entidades de crédito a la publicidad y promoción estas entidades pondrán buen cuidado en la veracidad de la información y en su específico y puntual cumplimiento.

Este extremo constituye una garantía fáctica de primer orden que las autoridades competentes en urbanismo deberían esforzarse en hacer cumplir.

A nadie se nos escapa el papel relevante que las instituciones financieras a juegan en la actividad de construcción, así como lo celosas que son de que su nombre aparezca sin la menor mácula en los medios de publicidad.

A estas defensas específicas, que deberían haber sido objeto de una sustancial clarificación y ordenación con ocasión de la aparición de la nueva regulación, se deberían asimismo de añadir otros medios de defensa de la adquirente, como son la responsabilidad de la administración municipal con ocasión de la emisión onerosa de licencia de obras en materia de urbanismo y la del Colegio de Arquitectos por la comisión del visado al proyecto arquitectónico. El proyecto y la licencia se deberían operar entre nosotros tal y como son, como un título valor de cuya solvencia responden que desaparecen en él signándolo y percibiendo tasas u honorarios, pues de lo contrario nos encontramos con exacciones bastante justificadas o incluso sin causa en el caso de la visa colegial del proyecto. 