

INFORME TÉCNICO N° 12

MAYO DE 2008

DIRECCIÓN NACIONAL DE LIBRE COMPETENCIA

***CLÁUSULAS ABUSIVAS E INFORMACIÓN ASIMÉTRICA EN LOS CONTRATOS
DE COMPRA Y VENTA DE VIVIENDAS***

DIRECTOR NACIONAL DE LIBRE COMPETENCIA: LIC. OSCAR GARCÍA CARDOZE

JEFE DE DEPARTAMENTO: LIC. MANUEL DE ALMEIDA

PREPARADO POR: LIC. EDUARDO VALDEBENITO E. - ECONOMISTA

INDICE

I	Introducción.....	2
II	Asimetría, estructura y desempeño del mercado.....	3
III	Cláusulas que afectan a los consumidores	5
IV	Quejas recibidas en función del Título II Capítulo I.....	7
V	Algunos precedentes en el ámbito internacional.....	11
VI	Información asimétrica en la venta de viviendas.....	13
VII	Conclusiones sobre los efectos en el consumidor.....	15
VIII	Propuestas de acción.....	16
IX	Bibliografía.....	18

I. INTRODUCCIÓN

El mercado de crédito hipotecario se encuentra entre los mercados más complejos en los que intervienen los consumidores. La “cadena de valor” de una operación hipotecaria puede implicar a agentes del mercado diversos y especializados en cada etapa. En el proceso de compra de una casa pueden participar agentes hipotecarios, vendedores de paquetes de productos, prestamistas especializados o generales, emisores y compradores de *valores y bonos u obligaciones* (incluidos los inversores internacionales), aseguradoras e incluso organismos públicos.

Para la familia la compra de su vivienda representa la mayor compra realizada a lo largo de su vida. Las compras de vivienda precisan la mayoría de las veces de un préstamo para cubrir una parte sustancial de su precio. Estos préstamos están generalmente, aunque no siempre, garantizados por una hipoteca. Es muy probable que esta deuda sea el compromiso financiero en curso más significativo para la mayoría de las familias. El *patrimonio* que representa la vivienda puede suponer un activo importante con potencial para ser utilizado para financiar el consumo o la jubilación.

La provisión de información es un asunto fundamental en las transacciones hipotecarias, dada su complejidad, su costo relativamente elevado y su larga duración. Resulta inevitable un grado de asimetría en la información con la que cuentan el prestatario (consumidor) medio y el prestador del servicio. Lo que resulta crucial en este contexto es que el prestatario tenga el nivel apropiado de información necesario para adoptar una decisión fundamentada, de la forma y en el momento en que esta disposición de información resulte más efectiva.

La identificación y posterior análisis de cláusulas abusivas absolutas y relativas e información asimétrica en contratos de compra-venta de viviendas es un tema de actualidad. La Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia recibe en sus oficinas un número importante de quejas sobre prácticas que atentan contra los derechos del consumidor.

Estas prácticas se pueden cometer en una industria cuya actividad responde a una cadena de comercialización en la que los agentes económicos pueden cometer las mismas en diversas fases, como la construcción, la fase de obra muerta o en la etapa de promoción de venta del bien.

Dado que la estructura del mercado de viviendas económicas⁽¹⁾ tiende hacia el oligopolio (pocas empresas constructoras y promotoras y gran cantidad de consumidores) pudiera darse una conducta de los agentes económicos que atente contra los consumidores (hogares), la cual, una vez identificada y analizada, pudiera ser disciplinada a través de mecanismos contenidos en la Ley. Por consiguiente, este estudio puede coadyuvar al logro de ese objetivo y a la vez servir de base para cualquiera opinión de la Autoridad.

Este estudio tiene entre sus objetivos: identificar prácticas prohibidas en la Ley N° 45 de 31 de octubre de 2007 en los contratos de compra y venta de viviendas, determinar probables prácticas que lesionen los derechos de los consumidores al tenor de esta Ley. Igualmente, se lleva a cabo un análisis de la estructura de la industria para identificar conductas de los agentes económicos.

¹ Aquellas viviendas que se encuentran dentro de los rangos de interés preferencial según la Ley 65 de 29 de octubre de 2003, vigente hasta el 2008, que establece intereses preferenciales para viviendas entre ciertas categorías.

II. ASIMETRÍA, ESTRUCTURA Y DESEMPEÑO DEL MERCADO

Los mercados de viviendas unifamiliares y multifamiliares no son mercados comunes. Son probablemente, los que en menor grado cumplen con las condiciones que se le atribuyen a los mercados eficientes⁽²⁾ y de competencia perfecta⁽³⁾. La singularidad de los bienes inmuebles radica fundamentalmente en su inmovilidad espacial que les otorga características únicas, los individualiza y hace imposible que sean sucedáneos unos de otros, al extremo de que dos inmuebles idénticos, afincados en predios vecinos, de similares cualidades y proporciones, son diferentes ante los ojos de compradores y vendedores.

La asimetría de información⁽⁴⁾ representa una particularidad propia de los mercados inmobiliarios, ya que los atributos específicos de los inmuebles, tanto físicos como legales, así como los vinculados con su localización, son conocidos con precisión por el vendedor, no así por el comprador, por lo que asegurar los derechos de propiedad requiere de un marco jurídico que impida que cualquiera de las partes distorsione la información relativa al inmueble.

La falta de experiencia en transacciones de este tipo, dificulta la concurrencia de compradores y vendedores dentro de los distintos submercados. Los compradores poseen información imperfecta sobre la ubicación del inmueble cuyas características se aproximan más a sus preferencias, y los vendedores poseen información incompleta sobre la ubicación del comprador que estaría dispuesto a pagar el precio más alto por su vivienda. Bajo estas circunstancias, tanto compradores como vendedores erogan tiempo y dinero en la búsqueda de información con el consecuente impacto en los costos de transacción⁽⁵⁾.

La información asimétrica propicia que los prestamistas, teniendo conocimiento del valor esperado de rendimiento bruto pero desconociendo el riesgo de los proyectos que financian, racionen los recursos (créditos) disponibles entre los prestatarios (agentes) solicitantes. A pesar de la disposición de ciertos prestatarios por aceptar altas tasas de interés por el crédito, los prestamistas (principal) temen aumentar las tasas de interés por arriba de cierto umbral, a fin de evitar el deterioro de la capacidad de reembolso de esos prestamistas.

² Se refiere a los mercados en los cuales los precios definidos en las transacciones reflejan un alto nivel de competencia entre los diferentes participantes y un uso eficiente de toda la información disponible.

³ Los mercados perfectos se caracterizan por ser tipos ideales donde todos los participantes en el mercado tienen el mismo grado de información.

⁴ La información asimétrica describe una forma de falla de mercado. Ella se presenta especialmente en la forma de *selección adversa* y de riesgo moral. Para ilustrar los problemas de la selección adversa George Akerlof en 1970 analizó el mercado de los autos usados (su artículo se tituló “market for lemons”), siendo su aporte demostrar que cuando los vendedores tienen mejor información que los compradores puede ocurrir que sólo los bienes de poca calidad lleguen al mercado. El riesgo moral se basa en que, ante la firma de un contrato, que luego de firmado no puede ser modificado, a causa de la información incompleta de una de las partes, resulte perjudicado por el comportamiento de la otra (es decir “mentir” para cerrar el contrato). (Fuente: www.lateinamerika-studien.at)

⁵ Aquellos costos derivados de la búsqueda de información, de la negociación, la vigilancia y la ejecución del intercambio. Los costos de transacción, implican la realización de una transacción adecuada para ambas partes: obtención de información, tiempo que se gasta en el proceso, costos legales y otros asociados a la incertidumbre. Los costos de transacción no se incorporan directamente a los precios sino en los casos en que es posible determinar anticipadamente su magnitud aproximada. Estos, en consecuencia, son mucho mayores en situaciones donde no existe un mercado amplio y competitivo, cuando no hay seguridad física o legal para realizar las operaciones comerciales o cuando la inestabilidad política y social aumenta la incertidumbre sobre el resultado de las transacciones. (fuente: www.eumed.net/cursecon/dic)

Se habla de la existencia del racionamiento de crédito imputable a la asimetría en la información cuando una de las partes es incapaz de presenciar las acciones llevadas a cabo por la otra parte. En el caso concreto de un contrato de crédito, los prestamistas podrían desconocer el riesgo que han asumido, una vez que hayan otorgado el crédito, debido a que no disponen de toda la gama de información necesaria para distinguir con exactitud el nivel de riesgo de los proyectos que están financiando.

De la información asimétrica entre los agentes económicos en el mercado de viviendas se derivan problemas de selección adversa y riesgo moral. La selección adversa ocurre cuando en una relación entre prestamista y prestatario, el primero puede observar el resultado de la empresa ex-post pero desconoce, ex-ante, la distribución de probabilidad y desconoce las características del segundo. Bajo este contexto, el prestamista realizará una clasificación previa de las empresas supeditado al rendimiento esperado, definiendo a la empresa por su calidad crediticia; razón por la cual al momento de establecer el contrato óptimo, definirá una tasa de interés a cobrar por los créditos, la que provocará, de forma indirecta el racionamiento de los mismos.

Si la falta de información es debida a características desconocidas, que provocan que la parte no informada termine otorgando créditos a quien no debe y obtenga una selección adversa, una solución es la transmisión de señales⁽⁶⁾ que permitan conocer al prestamista éstas características, como en el caso de Panamá, aunque solo para una de las partes del contrato.

El riesgo moral aparece cuando, después del establecimiento de una relación contractual entre partes, un estado de la naturaleza es revelado únicamente a una de las partes. Generalmente, la parte informada es el prestatario y la parte no informada es el prestamista. Debido a que éste no puede observar las acciones del prestamista, no le es posible formular previamente condiciones al respecto a la hora de firmar el contrato.

Si bien en la actualidad existe mucha información en diferentes niveles de la actividad económica, ésta convive con la práctica común de ocultar información, es decir que la gran cantidad de información de la que disponen los agentes no va unida a una fundamentación ética de la información en las transacciones económicas.

En la estructura de este mercado participan varios tipos de empresas. Por una parte existen empresas que construyen viviendas unifamiliares, multifamiliares, centros comerciales y otro tipo de infraestructura relacionada a las viviendas, denominadas “empresas constructoras”. Igualmente, en este mercado, existe otro tipo de empresas que promocionan y venden proyectos de viviendas de tipo unifamiliar, propiedad horizontal y viviendas particulares denominadas “empresas promotoras”. Dentro de este mercado observamos empresas dedicadas a financiar la compra de una viviendas en forma particular y financiamiento de proyectos de vivienda. En este segmento del mercado inmobiliario encontramos a los Bancos (donde generalmente la mayoría posee una cartera para este fin), y las empresas financieras que ofrecen préstamos para la adquisición de viviendas a plazo. En conjunto, este grupo de empresas operan en el mercado inmobiliario.

⁶ Para el caso de Panamá, la información sobre el Historial de Crédito de los consumidores la provee la Asociación Panameña de Crédito (APC)

III. CLÁUSULAS QUE AFECTAN A LOS CONSUMIDORES

Las cláusulas abusivas en los contratos de compra y venta de vivienda, y la información asimétrica presentes en este mercado, surgen cuando el consumidor desconoce sus derechos como comprador y se ve forzado a firmar un contrato a pesar de no estar conforme con alguna de sus cláusulas, puesto que prima el deseo de no perder la vivienda elegida en algunos casos, por no tener asegurado el financiamiento de la misma.

En Panamá entre las cláusulas que afectan a los consumidores, está la que se refiere a los contratos de adhesión, que en la Ley 45 de 2007 se define en el artículo 33, numeral 3:

3. Contrato de adhesión. Aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes y servicios, sin que el consumidor pueda negociar su contenido al momento de contratar;

Ante esta situación, en la Ley 45 de 2007, se configuran dos artículos (74 y 75) respecto a nulidad absoluta y nulidad relativa en este tipo de contratos en prácticas que impliquen lo sgte:

Artículo 74: *Nulidad absoluta de cláusulas abusivas en contratos de adhesión. Son abusivas y absolutamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión que:*

- 1. Restrinjan los derechos del adherente o consumidor, aunque tal circunstancia no se desprenda claramente del texto;*
- 2. Limiten o extingan la obligación a cargo del otorgante o proveedor;*
- 3. Favorezcan excesiva o desproporcionadamente la posición contractual de la parte otorgante o proveedor, e importen renuncia o restricción de los derechos del adherente o consumidor;*
- 4. Exoneren o limiten la responsabilidad del otorgante o proveedor por daños corporales, incumplimiento o mora;*
- 5. Faculten al otorgante o proveedor para rescindir unilateralmente el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del adherente o consumidor, nacido del contrato, excepto cuando la rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación, esté condicionada a incumplimiento imputable al consumidor;*
- 6. Obliguen al adherente o consumidor a la renuncia anticipada de cualquier derecho fundado en el contrato;*
- 7. Impliquen renuncia del adherente o consumidor, de las acciones procesales, los términos y las notificaciones personales, establecidos en el Código Judicial o en leyes especiales;*
- 8. Sean ilegibles;*
- 9. Estén redactadas en idioma distinto del español.*

Artículo 75: *Nulidad relativa de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Son abusivas y relativamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión que:*

- 1. Confieran al otorgante o proveedor, para la aceptación o el rechazo de una propuesta o la ejecución de una prestación, plazos desproporcionados o poco precisos;*
- 2. Confieran, al otorgante o proveedor, un plazo de mora desproporcionado o insuficientemente determinado, para la ejecución de la prestación a su cargo;*
- 3. Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados, en relación con los daños por resarcir, a cargo del adherente o consumidor.*

En cuanto a las construcciones nuevas, se señala en el artículo 79 que el proveedor de construcciones residenciales nuevas deberá establecer, de manera clara y por escrito, los términos y condiciones de la garantía de la obra. En caso de que existan diferentes coberturas en la garantía, éstas deberán estar debidamente detalladas. De igual forma se hace referencia a la publicidad, fecha y plazo de entrega, pero quizás el párrafo importante lo constituya el siguiente:

“Los contratos deberán expresar el total de las sumas a pagar, así como los casos en que se podrán adoptar ajustes en el precio. En caso de aumento de los costos de materiales de construcción, la Autoridad establecerá los parámetros y procedimientos técnicos para verificar dichos ajustes”.

Este punto es de gran importancia, fundamentalmente, porque el usuario que adquiere la vivienda, se ve obligado a aceptar esta cláusula que a todas luces es asimétrica para el consumidor, dado que el ajuste por costos queda a discrecionalidad del constructor, tanto en su aplicabilidad como en su cuantía.

Es imprescindible, para el beneficio del consumidor y para la aplicabilidad de la Ley, caracterizar qué tipo de cláusula es la que nos referimos (absoluta o relativa), fundamentalmente porque esta cláusula está presente en todos los contratos, y su aplicabilidad y la cuantía del ajuste en el precio está en manos del promotor y/o constructor, donde el consumidor desconoce los costos que se suponen son los que generan los ajustes.

Por esta razón es de suma importancia que la Autoridad, en este caso, logre establecer algún mecanismo de verificación de los costos que impulsan un ajuste en el precio, o algún mecanismo indexador que permita al consumidor y a las agencias y organizaciones que defienden los derechos del consumidor tener el conocimiento adecuado sobre la verdadera proporción en que se ajustarían los precios de la vivienda. Esta sería una forma de eliminar la asimetría de información que existe en este tópico.

IV. QUEJAS RECIBIDAS EN FUNCIÓN DEL TÍTULO II CAPÍTULO I

De mayo a diciembre de 2006 la Autoridad recibió 2,331 quejas de consumidores referidas a la protección del consumidor consideradas en la Ley. (ver cuadro N° 1)

CUADRO N° 1: QUEJAS RECIBIDAS Y SOLUCIONADAS EN LA AUTORIDAD SEGÚN MOTIVOS, PORCENTAJES Y CUANTÍAS

Departamentos : Conciliación y Decisiones Mayo-Diciembre de 2006

Motivo	Quejas	% de Quejas	Valor
Incumplimiento de garantías	547	44.9	5,452,511.52
Análisis financiero	34	2.8	113,258.03
Cobro indebido	55	4.5	205,861.89
Anulación de contratos	20	1.6	99,384.00
Incumplimiento de contrato	286	23.5	4,497,589.52
Incumplimiento de servicios	36	3.0	78,409.47
Venta engañosa	60	4.9	268,726.26
Vicios ocultos	5	0.4	133,234.47
Veracidad de la publicidad	1	0.1	50.00
Mercancía defectuosa	31	2.5	31,418.91
Devolución de abono	28	2.3	25,701.49
Aclaración de contrato	12	1.0	161,340.93
Custodia de bienes	22	1.8	18,290.84
Falta de información comercial	74	6.1	741,259.77
Nota de crédito	6	0.5	2,171.76
Total	1,217	100.0	11,829,208.86
Resultados o Solución	Quejas	% de Quejas	Valor
Desistimiento	202	19.6	812,526.81
Desestimada-abandono	102	9.9	1,845,680.31
Acuerdo o arreglo	238	23.0	4,076,580.69
Acuerdo/devolución	68	6.6	233,797.67
Acuerdo/reparación	25	2.4	493,224.11
Acuerdo/reemplazo	25	2.4	32,063.74
Devolución	3	0.3	61,156.70
Vía judicial legal	138	13.4	3,521,864.10
Aclaración	8	0.8	17,509.66
Resolución/devolución	17	1.6	11,079.43
Resolución/no acceder	23	2.2	9,902.28
Resolución/reemplazo	13	1.3	4,529.32
Desistimiento/devolución	69	6.7	28,370.76
P/constant.desist	90	8.7	35,690.99
Inhibe	5	0.5	24,703.33
Nulidad	1	0.1	1,025.00
Otros	6	0.6	110,200.00
Total	1,033	100.0	11,319,904.90
Quejas por Resolver (en proceso)	184	15.1	509,978.96

Fuente: Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia

El cuadro N° 2 describe el tipo y número de quejas específicamente en actividades inmobiliarias presentadas en las oficinas de la Autoridad.

**CUADRO N° 2: TIPO Y NÚMERO DE QUEJAS EN ACTIVIDADES INMOBILIARIAS POR MES
ENERO - AGOSTO DE 2007**

Tipo de queja	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Total
Incumplimiento de contrato	10	6	8	3	6	16	7	7	63
Incumplimiento de garantía	9	3	6	3	7	6	6	2	42
Falta de información	4	4	2	1		2		1	14
Cobro indebido			1		3		21	1	26
Abono retenido	1	1		1		1			4
Vicio oculto			1	1	1		1	1	5
Aclaración de contrato		1	1			3	11	2	18
Faltas combinadas					1	3	15	5	24
Otros					1	2	1		4
Total	24	15	19	9	19	33	62	19	200

Fuente: Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

Como se observa, durante los primeros siete meses del año 2007, las quejas relativas a los contratos, incumplimiento de garantía e información, constituyen las principales quejas en este mercado presentadas en la Autoridad en este mercado.

Un precedente importante: la sentencia N° 35 Del 31 de mayo del 2007⁽⁷⁾

La Autoridad, a través de la Defensoría de Oficio, se subrogó en los derechos de la consumidora Nadkyi Tatiana Duque Jaen y promovió un proceso ante los tribunales competentes (Juzgado Octavo de Circuito Civil) para que declarara abusiva ciertas cláusulas del contrato.

La Juez Octava accedió a la solicitud presentada por el representante de la Autoridad y, en resumen, determinó lo siguiente:

Cuestiones previas:

La Ley aplicable será la Ley 29 de 1996 sin las incorporaciones contenidas en el Decreto Ley No. 9 del 2006 (derogada ahora por la Ley 45 de 2007), ya que el contrato fue firmado antes de que entrara en vigencia las modificaciones de dicho decreto.

LA AUTORIDAD está perfectamente legitimada para iniciar un proceso como parte en la vía jurisdiccional en defensa de los intereses legítimos de los consumidores (art. 85 del Texto Único).

Define el contrato de adhesión y explica adecuadamente su interpretación. Establece que el concepto que define la Ley sobre los contratos de adhesión no puede verse de forma aislada, ya que de verse así se pudiese concluir erróneamente que el contrato de adhesión es aquel que está

⁷ Preparado por la Asesora Legal de la Autoridad, Licda. Dayra Vial

integrado en su totalidad por cláusulas y condiciones generales, lo cual sería incorrecto. Más adelante en la sentencia establece:

“Se tiene entonces que los contratos de adhesión incorporan en su contenido tanto condiciones particulares como condiciones generales; sin embargo, es puntual que la nota característica de los contratos de adhesión es el predominio y presencia de condiciones generales cuyo contenido y términos vienen predeterminados por la voluntad del proveedor y en cuya conformación el consumidor ha tenido una participación nula o escasa (*en los casos en que excepcionalmente, se haya permitido algún margen de negociación “lo que convierte la cláusula general en una condición particular”*); rasgo típico del contrato de adhesión es la ausencia de negociación en igualdad de condiciones.”

En ese sentido, y examinando la Juzgadora el contrato demandado, ésta conceptuó que el mismo pertenece a los denominados contratos de adhesión y las cláusulas demandadas como abusivas son las que pertenecen a las denominadas cláusulas generales, es decir, las que no son negociadas por el contratante, en este caso consumidor.

Determinó que cada una de las cláusulas demandadas son abusivas, y en ese sentido manifestó:

Cláusula séptima. En resumen, esta cláusula del contrato se refería a la posibilidad de que el vendedor aumentara el precio hasta en un 5% del precio de venta pactado, si comprobaba que los costos de los materiales y/o mano de obra habían aumentado en forma tal que los mismos hayan tenido incidencia en el precio del apartamento.

La Sentencia indica: A primera vista no pareciera que dicha regla predisposta en el contrato atente contra el justo equilibrio contractual, tanto es así que el artículo 66 de la Ley 29, previo a las modificaciones, estableció que tales ajustes de precio podían ser adoptados en las construcciones nuevas, tanto aumentos como rebajas, sin embargo, del examen global del contrato se observa que el desequilibrio contractual viene dado cuando el proveedor no cumple con la obligación del artículo 66 de la Ley 29 (antes de la reforma) de establecer claramente en el contrato el plazo estimado de entrega de la obra y los términos de prórroga, cuando ello fuera procedente. La estipulación de este plazo hubiese proporcionado a la consumidora un marco de referencia en cuanto al período de tiempo dentro del cual podría materializarse la posibilidad de un alza en el precio de venta por el aumento de los costos de los materiales.

La ausencia de este plazo es el que permite que el precio de venta quede enteramente al arbitrio del proveedor, quien en últimas instancias quedaría habilitado para aumentar el precio hasta en un 5% sin mayores explicaciones.

Cláusula Octava Esta cláusula establece que si la compradora no cumpliera con las obligaciones y compromisos de pago en los plazos estipulados en el contrato, el vendedor podría retener la totalidad de la cuantía que se haya recibido en cualquier concepto; además se establece que esa cuantía no será reembolsada bajo ningún pretexto.

La sentencia indica: Esta cláusula no contempló la posibilidad de que la consumidora no pudiese cumplir sus obligaciones por motivos de caso fortuito o de fuerza mayor.

Además, cuando la proveedora establece que podrá retener la totalidad de la cuantía en concepto de daños y perjuicios sin reembolso alguno para el consumidor, únicamente está tomando en cuenta sus intereses, al punto de sobreprotegerlos, y esto favorece excesiva y desproporcionadamente su posición contractual y restringe los derechos de la consumidora.

De igual manera, ésta cláusula establece tácitamente la posibilidad de dar por terminado el contrato sin considerar el carácter y el monto de los pagos adeudados, ya que no es lo mismo adeudar la cuota inicial, que no haber presentado la carta de promesa de pago, por ejemplo.

Esta cláusula fue declarada abusiva, ya que favorece excesiva y desproporcionadamente la posición contractual de otorgante (art. 6 numeral 3).

Cláusula Novena. Esta es la cláusula que obliga al comprador a pagar al vendedor el 1% mensual sobre el saldo remanente, una vez sea expedido el permiso de ocupación, ya sea que el consumidor ocupe el apartamento o no.

La sentencia indicó: Esta cláusula más que restringir los derechos de la consumidora lo que hace es facultar al predisponente para, unilateralmente, modificar las condiciones del contrato de promesa que tiene por causa la celebración de un posterior contrato de compraventa en relación con el cual las partes ya han convenido cuál será su objeto y el precio a pagar.

No existe razón o servicio adicional que justifique que el proveedor cobre y perciba sumas de dinero (fundamentándose en el cobro de una tasa de interés, sin sustento legal alguno) que vayan más allá del precio de venta previamente concretado en su momento y en la forma en que debía ser satisfecho por la consumidora.

La presencia de esta cláusula en el contrato de promesa de compraventa comporta la alteración del precio final, sin motivo justificado y/u objetivo; implica que la consumidora se habrá hecho una representación errónea del precio de venta, lo que, implícitamente, restringe su derecho a evaluar, con un estado de situación claro, la conveniencia o no de contratar. Se trata de que el proceso de señalamiento de precio, que no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1219 del Código Judicial, se lleve a cabo con conocimiento de ambas partes.

Cláusula Décimo Segunda. En esta cláusula la promitente vendedora se reservaba el derecho a desistir de la construcción de la obra para lo cual la promitente compradora no tendría ningún derecho de reclamo, salvo la devolución de las sumas pagadas.

La sentencia indicó: Dicha cláusula es abusiva porque el vendedor se reserva el derecho de desistir de la construcción por razones cuya apreciación y determinación quedan sometidas a su juicio (artículo 62 numeral 2)

Restringe los derechos de la consumidora al obligarse a no reclamar por ninguna vía legal (art. 62 numeral 1)

Implica renuncia por parte de la consumidora de las acciones procesales a su disposición para exigir responsabilidad al proveedor. (art. 62 numeral 4)

Faculta a la proveedora para rescindir el contrato unilateralmente sin que medie incumplimiento imputable a la consumidora (art. 62 numeral 5).

Cláusula Décima Séptima. Esta cláusula establece que de existir dudas o discrepancias que se derivaran de la aplicación del presente contrato, las mismas deberían ser resueltas por medio de arbitraje, previo intento de conciliación, a través del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá.

La sentencia indicó: Dicha cláusula es abusiva pues restringe a la consumidora el derecho de asistir a los tribunales de justicia especialmente creados para atender las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de la Ley.

Finalmente se estableció la no imposición de costas, ya que el artículo 1077 del Código Judicial establece que no se condenará en costa a ninguna de las partes cuando el Estado sea parte dentro del proceso.

V. ALGUNOS PRECEDENTES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En el año 2004, un Estudio de la Organización de Consumidores y Usuarios de España (OCU)⁽⁸⁾ registró 11,678 reclamaciones relativas a la compraventa de vivienda y 9,321 concernientes a la propiedad horizontal. Entre las reclamaciones más destacadas sobre los contratos se señalan los siguientes:

“Una de las cláusulas abusivas más frecuentes es la reclamación del pago de la plusvalía al comprador. Este recibo es demandado por los ayuntamientos a las promotoras, que tratan de colárselo a los compradores. Llega pasado un par de años desde la entrega de la vivienda y pueden suponer un coste adicional al futuro propietario de alrededor de 9.000 euros en viviendas que oscilan entre 180.000 y 240.000 euros.

En los casos de vivienda de nueva construcción, es frecuente la “obligación” del usuario a subrogarse a la hipoteca de la promotora. La Ley establece lo contrario. No existe obligación ninguna. El comprador puede elegir cualquier entidad bancaria para financiar su crédito hipotecario quedando libre del pago del levantamiento de hipoteca subrogada o de la cancelación del préstamo hipotecario.

Las promotoras y los bancos suelen presionar a los compradores de la casa para que se subroguen al préstamo que tienen concertado con la entidad bancaria bajo la “amenaza” de tener que correr ellos con los gastos, que según la ley deben corresponder a la promotora. Normalmente, los compradores al verse

⁸ “La UCE alerta de las cláusulas abusivas en contratos compraventa”. En www.noticias.fotocasa.es EFE, 21/12/06

“amenazados” con pagar hasta 9.000 euros desisten de cambiar de entidad y tragan con la que tiene la promotora, aceptando la subrogación. La Ley establece que este importe debe abonarlo la promotora por lo que el consumidor quedaría exento de este requisito aún habiendo firmado el contrato.

Imposición del notario por parte del vendedor. El comprador debe saber que tiene derecho a la elección del notario que certifique el acuerdo entre las partes. Las cuotas varían en función del despacho notarial en que se formalice la operación. El usuario tiene la obligación de hacerse cargo de todos los gastos notariales excepto los honorarios, que deberán pagarse “conforme a ley”, es decir, entre las partes firmantes (a medias entre la parte compradora y vendedora).

No hay que olvidar que en caso de encontrar cláusulas abusivas en el contrato que suponga un coste adicional, se tiene el derecho a negarse a cumplirlas según lo establece la Ley. Y además, en caso de que la promotora rescinda el contrato de compra-venta, está obligada a pagar el doble de lo abonado hasta el momento por el futuro inquilino de la vivienda”.

En otro caso en el mismo país, un Estudio de la Unión de Consumidores de España (UCE)⁽⁹⁾ señala que las cláusulas abusivas, es una práctica generalizada en el sector, y destaca los abusos más frecuentes, para lo cual presentó un informe. La UCE a través de la Unión de Consumidores de Aragón (UCA), ha analizado quinientos contratos de las comunidades autónomas de Andalucía, Aragón, Asturias, Castilla - La Mancha y Extremadura.

Este análisis, llevado a cabo en la comunidades autónomas, recibió el nombre de "Cláusulas abusivas en los contratos de compraventa". Se presentan entre otras, las conclusiones siguientes:

“El estudio revela de una manera bastante regular cláusulas abusivas, con mayor frecuencia en contratos de adhesión, entre las que destacan aquellas que imponen al comprador gastos que son propios del vendedor, como los de tramitación y documentación que por la ley corresponden a quien vende. Otras que se han detectado son las que dejan al "absolutamente arbitrio del promotor el cumplimiento del contrato", es decir, aquellas mediante las cuales los promotores tienen "las manos libres" para modificar aspectos como la fecha de terminación, calidades de los materiales o incluso los metros de la vivienda. El informe también desvela otras, como las que exoneran al vendedor de toda responsabilidad en el caso de que surjan problemas en el plazo de entrega o defectos en la calidad, entre otros, así como las que muestran una falta clara de reciprocidad.

Las indemnizaciones desproporcionadas o aquellas mediante las cuales se imponen al comprador bienes y servicios no solicitados son otras de las condiciones abusivas que las promotoras incluyen en los contratos. Según detalla

⁹ véase www.eleconomista.es 20/12/2006

el estudio, a pesar de que este tipo de cláusulas se encuentran bastante definidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), es muy antigua por lo que se ha iniciado un proyecto de mejora, que recoge las alegaciones presentadas por la UCE y que está pendiente de aprobación.”

El vicepresidente de la UCE, José Ángel Oliván, subrayó en la presentación del informe que otro de los grandes problemas que se verifican es que, en la mayoría de los casos, el comprador asiste a la compraventa de vivienda "desprovisto del suficiente asesoramiento profesional, con escaso bagaje sobre cuáles son sus derechos y, además, nunca analizan los contratos que se les ponen delante por los chantajes que sufren por parte de los promotores".

VI. INFORMACIÓN ASIMÉTRICA EN LA VENTA DE VIVIENDAS

Las anomalías que se presentan posteriormente a la entrega del inmueble y que la empresa constructora o la empresa promotora, no pone en conocimiento o provee la información completa al potencial comprador, o de alguna forma no lo estipula en el contrato, puede considerarse como una ventaja indebida de la que se aprovecha el vendedor.

Así, de esta manera, el problema fundamental se desarrolla frente a las promotoras y se encuentra en el marco de los denominados defectos o vicios ocultos, es decir, aquellos que no se manifiestan en el momento cuando se recibe el inmueble, sino más bien con posterioridad a dicha entrega en el tiempo -meses e incluso años- desde la entrega del inmueble.

Entre las situaciones que pueden considerarse como abusos amparados en la información asimétrica se observan: Los defectos ocultos en la vivienda, los defectos de habitabilidad y vicios ruinógenos⁽¹⁰⁾, entre otros fallos en este mercado.

¹⁰ En el caso del Reino de España se definen defectos y plazos de la siguiente manera:

Vicios ruinógenos: Son defectos de gran importancia que por su envergadura afectan a la habitabilidad de la vivienda, haciendo que no cumplan adecuadamente su función. Estos defectos van desde el desprendimiento de ladrillos en la fachada o las filtraciones, hasta la posible aluminosis.

Reclamaciones derivadas o que se sustenten en el propio contrato de compraventa suscrito en su día (por ejemplo: no poner ventanas de puente térmico como estaba estipulado).

Garantías

El constructor responde de los vicios leves y ocultos de la vivienda vendida durante un plazo de seis meses a partir de la fecha de entrega.

El constructor responde de los vicios ruinógenos de construcción de la vivienda durante un plazo de 10 años. Si el contratista hubiese fallado en las condiciones del contrato, su responsabilidad se extendería hasta 15 años después .

El arquitecto que haya dirigido la construcción responde de la ruina, si ésta se debe a vicios del suelo o de la construcción, durante 10 años.

El comprador que encuentre defectos o vicios que amenacen la habitabilidad de su vivienda puede dirigirse al vendedor, que asumió la obligación de entregarla en las condiciones de habitabilidad debidas, y al promotor, el constructor, el arquitecto y el aparejador, que no cumplieron adecuadamente sus obligaciones. Podrás hacerlo dirigiéndote a cada uno por separado, o a todos en conjunto cuando no sea posible discriminar o distinguir con nitidez la responsabilidad de cada uno.

Fuente: www.consumer.es.EROSKI

Defectos ocultos en la vivienda:

Los defectos más característicos producidos por la utilización de materiales no apropiados en la construcción de la estructura del inmueble (obra muerta), como las tuberías, plumas, ventanas y otros. Ante esto, el vendedor ya sea el constructor o promotor es responsable por los defectos ocultos que tuviere el inmueble vendido, si la hacen inapropiada para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella.

Generalmente, en la vivienda o bien inmueble, algunos defectos aparecen en períodos posteriores al plazo estipulado en el contrato referente a la garantía. Con relación a esta última problemática se debe distinguir de un lado el tipo de defecto que presenta la vivienda o el inmueble y, del otro, la normativa aplicable a tal práctica.

En este sentido, la normativa aplicable se circunscribe al Código Civil de Panamá, Sección Tercera: Del saneamiento, que en su artículo 1244 señala:

“Artículo 1244. En virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1231 el vendedor responderá al comprador:

- 1. de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida*
- 2. de los vicios o defectos ocultos que tuviere”⁽¹¹⁾*

En cuanto a la responsabilidad del contratista se observa igualmente en el Código Civil, Sección Segunda: De las obras por ajuste o precio alzado, que en el artículo 1343 señala:

“Artículo 1343. El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde por los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiese, si se debe a la ruina a vicio del suelo o de la dirección

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años”.

Defectos de habitabilidad:

Los defectos referidos a la habitabilidad de la vivienda; como la deficiente y/o ausencia de la debida impermeabilización de techos y otras secciones de la estructura: baños, cocina, pintura interior y exterior, sellado, pisos y baldosas, pueden considerarse a primera vista como defectos leves pero en el futuro pueden afectar la habitabilidad de la vivienda. Igualmente, se observan defectos de habitabilidad en los sistemas de electricidad, fontanería, aire acondicionado, gas y otras estructuras.

¹¹ El artículo 1231 señala lo siguiente: “ El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de venta”. Código Civil de Panamá.

Vicios ruinógenos:

Los llamados "vicios ruinógenos" son aquellos que afectan la construcción, su estructura y otros defectos como filtraciones o humedad, vigas, grietas, que ocasionan defectos estructurales.

En el caso de Panamá, la Autoridad no regula lo que podemos denominar como el contrato de obras, al que en cierta medida es ajeno el usuario final de las mismas, sino los distintos aspectos de la edificación que sí afecta a los ciudadanos por ser constituir el hogar familiar. El asunto está en identificar quiénes son los agentes que intervienen en la edificación y que, por ello, han de responder por los daños materiales ocasionados en el edificio. En este caso, se reclama directamente al vendedor, quien tendrá que responder por todo.

Otro aspecto que la Autoridad no regula es el relacionado a los plazos. El problema se refiere a determinar los diversos plazos durante los cuales los usuarios de las viviendas pueden elevar sus quejas y ejecutar acciones, en función de los daños materiales que perciban en las mismas (prescripción de derechos y garantías).

Estos plazos pudieran determinarse sobre la base de los siguientes aspectos:

- a.) Si los daños materiales son originados por vicios de terminación de obra, lo que ordinariamente se llama acabados de obra y de ellos responde exclusivamente el constructor del inmueble.
- b.) Si los daños materiales afectan a la propia habitabilidad de la vivienda (seguridad de las personas, bienestar, insuficiente insonorización por ruidos, defectuoso aislamiento, imposibilidad de usar ventilación, etc). Por ello responden los agentes intervinientes en la edificación (constructor, promotor y técnicos).
- c.) Cuando los daños materiales afecten a la cimentación, soportes, vigas, forjados, muros de carga u otros elementos estructurales que comprometan la resistencia y estabilidad del edificio, el plazo para reclamar debe ser establecido y los responsables son todos los agentes económicos que hayan intervenido en el proceso de la construcción del inmueble.

VII. CONCLUSIONES SOBRE LOS EFECTOS EN EL CONSUMIDOR

Los compradores de viviendas, como consumidores, son investigados en su historial de crédito sobre su comportamiento bancario y financiero a través de la Asociación Panameña de Crédito, mientras el potencial comprador de vivienda o inmueble generalmente ignora el historial del comportamiento del agente económico, que puede ser el constructor y/o promotor de viviendas. De esta forma, existe asimetría de información respecto al agente económico. Las quejas contra determinadas constructoras y/o promotoras se desconocen.

Los contratos de compraventa de viviendas son redactados de forma unilateral por los agentes económicos, constructoras y/o promotoras (inclusive ya están impresos) y sus condiciones pueden prevalecer sobre las del comprador que adquiere una vivienda. Las cláusulas que pueden considerarse abusivas, de esta manera vienen incluidas en el mismo contrato.

El efecto “inflación” que afecta el precio inicial de venta (escrito en el contrato) se convierte en una determinación discrecional del promotor que vende la vivienda. En este caso, según fuentes consultadas para este estudio siempre se escoge el mayor valor definido en la cláusula de aumento en el contrato, aunque la cifra fuese menor. Por ejemplo, si la cifra de aumento máximo en el contrato fuese de un 5%, y el aumento real fue de 2%, el vendedor aplica la cifra de 5%.

Hay deficiencias estructurales observadas en las viviendas que generalmente aparecen después del período de la garantía y que no son las que las empresas denominan “asentamiento de la vivienda”, tanto en vivienda individual como en propiedad horizontal, que no constan en los contratos. Observar estas deficiencias con posterioridad es una muestra de información asimétrica.

En esta investigación se ubicó normativa respecto a este tema fundamentalmente en el Código Civil Artículos 1231, 1244 y 1343 que pudiesen aplicar respecto a los defectos de habitabilidad y vicios ruinógenos, en los cuales se puede inferir una protección al comprador de una vivienda.

La diversidad de formas y tipos de contratos de compra y venta de viviendas que disponen cada uno de los promotores o empresas de bienes raíces no permite encontrar uniformidad en los criterios y parámetros que se incorporan en las diversas cláusulas del documento. En suma no existe un contrato modelo. De esta forma, cada promotora o agente económico vendedor redacta el contrato de acuerdo a sus criterios y parámetros pudiendo crear cláusulas que puedan ser abusivas para el consumidor.

Por otro lado, pueden existir cláusulas que obligan al comprador a pagar los intereses del préstamo hipotecario concedido al promotor o vendedor por el tiempo comprendido desde la fecha de certificación final de obra hasta la entrega de la vivienda. Esto constituye un desequilibrio entre los derechos de las partes al obligar al comprador al pago de los intereses del préstamo antes de la escritura de compra.

VIII. PROPUESTAS DE ACCIÓN

Una propuesta de acción sería permitir al potencial comprador de viviendas que reciba un documento oficial que muestre el historial de desempeño de las empresas constructoras, promotoras o afines en el mercado inmobiliario, relativos a las prácticas que afecten al consumidor. Por ejemplo, el documento puede estar basado en el número de quejas y sanciones que tenga cada empresa con nombre propio en su historial. Existen precedentes en otros países como por ejemplo el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de EEUU. (“*US Department of Housing and Urban Development HUD*”), en cuyas oficinas se brinda todo tipo de información, incluyendo informes de costos y operación de cierre.

Otra propuesta de acción sería compilar la legislación vigente que norme los temas sobre asimetría de información en este mercado, que incluya sanciones y plazos por deficiencias estructurales, defectos de habitabilidad y, vicios ruinógenos. En caso de no existir regulación al respecto, permita a la Autoridad pronunciarse sobre estos temas, que generalmente, no aparecen registrados, al menos en nuestra estadística, mas allá del incumplimiento de la garantía, del contrato, y vicios ocultos, existen otras formas que afectan al consumidor como las descritas.

Una tercera propuesta de acción sería crear un documento que signifique un contrato modelo (elaborado por el Estado y los agentes económicos participantes en la cadena) para cualquier comprador de vivienda que incluya todos los elementos que tiene un contrato de esta índole, salvaguardando a la parte más débil en esta relación de consumo que es el promitente comprador. El contrato modelo debe tener contenidos mínimos para que no se convierta en una distorsión entre los potenciales vendedores de viviendas. Se trata de proporcionar al proveedor de viviendas la información adecuada pero institucional, que contenga los aspectos puntuales y los elementos fundamentales que se debe observar en un contrato de compra de una vivienda, en el que elimine la asimetría en la información y las cláusulas que puedan considerarse abusivas.

Una cuarta propuesta sería el proporcionar al comprador de viviendas la información clara y precisa y necesaria en un documento-guía, que incluya elementos administrativos, económicos y legales, y otros, que presenten directrices y respondan algunas preguntas e interrogantes sobre potenciales defectos.⁽¹²⁾

Una quinta propuesta sería establecer una norma de responsabilidad por incumplimiento del promotor-vendedor y del constructor-promotor sobre los problemas estructurales, vicios, reparaciones y plazos posterior a la entrega del bien inmueble. Se puede utilizar como base la Ley de la Edificación española (Ley 38/1999, de 5 de noviembre) la cual establece que las personas (promotor, constructores, incluso técnicos superiores) que intervienen en el proceso de edificación deben responder, frente a los compradores-propietarios afectados. Según la Ley citada los parámetros serían los siguientes:

- a. Vicios de estructuras. Durante 10 años, por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos en los elementos estructurales que comprometen la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.⁽¹³⁾
- b. Elementos e instalaciones que afecten a la habitabilidad. Durante 3 años, por los daños
- c. Terminación o acabado de obras. Durante 1 año, por los vicios o defectos que afecten a los elementos de terminación o acabado de las obras.

Respecto a la información detallada que se pudiera proporcionar a los consumidores, es necesario complementar la información en el folleto que proporciona el Departamento de Educación con los criterios y respaldo legal que la Autoridad pueda brindar en concordancia con las leyes y decretos que norman este mercado.

¹² En este aspecto existe como precedente la información que presenta la Agencia Federal, US Department of Housing and Urban Development. De igual forma, como precedente la Oficina de Vivienda del Municipio de la Comunidad Autónoma de Madrid, facilita información la consumidor basado en una batería de Leyes y Decretos siguientes: Ley 11/98 de 9 de julio de Protección de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Madrid, Ley 57/1968 Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, Ley 26/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Real Decreto 1945/1983 que regula las infracciones en materia de defensa del consumidor. (www.munimadrid.es)

¹³ En este punto se puede fundamentar con el artículo 1343 del Código Civil, citado anteriormente.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ❑ **Aranda Vargas, Guadalupe; Castillo Soto, Manuel; Rodríguez Félix, Abraham.** “El Mercado de Vivienda y su Enfoque Neoinstitucional”. Revista Análisis Económico N° 039. Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco. 2003.
- ❑ **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.** Ley N° 45 de 30 de octubre de 2007. Que dicta normas sobre protección al consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición.
- ❑ **Departamento de Estadística. Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.**
Quejas recibidas de inmobiliarias según motivos. Mayo - Diciembre 2006
Quejas Recibidas de inmobiliarias según motivos. Enero a Julio 2007
Cuadro de Quejas Recibidas y Solucionadas en el Departamento de Decisiones. Enero a Julio 2007.
Cuadro de Quejas Recibidas y Solucionadas en el Departamento de Conciliación. Enero a Julio de 2007
- ❑ **Moreno Pujol, José Martín.** Código Civil de la República de Panamá. Editorial Mizrachi & Pujol. 3ª Edición. Panamá 1993.
- ❑ **Oliván, José Ángel; Roncero, José María; Monge Ángel Luis.** "Cláusulas abusivas en los contratos de compraventa", Análisis presentado, en el marco de la celebración de la 1ª Jornada Nacional sobre las condiciones generales en los contratos de compraventa de vivienda. Zaragoza, España. 2006.
- ❑ **Vial Dayra.** “Resumen de la Sentencia N° 35 del 31 de mayo del 2007. Jefa de Asesoría Legal de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia. 2007.

WEBSITES:

www.munimadrid.es
www.consumer.es.EROSKI
www.espanol.hud.gov/offices/lead/
www.autoridaddelconsumidor.gob.pa
www.lateinamerika-studien.at
www.eumed.net/coursecon/dic