

Bird & Bird Inmobiliario

Actualidad normativa y jurisprudencial

Junio de 2017

Actualidad normativa

Certificación energética.

Real Decreto 564/2017, de 2 de junio

Recientemente se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 564/2017, de 2 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, relativo a la certificación energética. En realidad, las modificaciones son mínimas y afectan a dos cuestiones específicas que regulaba el Real Decreto 235/2013. El Real Decreto 564/2017, de 2 de junio, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 7 de junio de 2017.

En su momento, el RD 235/2013 supuso la transposición a nuestro ordenamiento de una Directiva comunitaria (la Directiva 2010/31/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios). Con la reforma efectuada el pasado 2 de junio se pretende garantizar las obligaciones sustantivas que marcaba esta Directiva, especialmente en lo relativo a los edificios excluidos por el Real Decreto 235/2013.

Las modificaciones realizadas por el Real Decreto 564/2017 respecto al Real Decreto 235/2013 son las siguientes:

1.- Modificación de la Disposición adicional segunda relativa a los "Edificios de consumo de energía casi nulo"

La categoría conocida como "Edificios de consumo de energía casi nulo" tiene su origen en el Derecho europeo. A este respecto, la Directiva 2010/31/UE disponía que los Estados miembros debían establecer medidas para estimular la transformación de los edificios que se reforman en edificios de consumo de energía casi nulo. Además, establecía que antes del 31 de diciembre de 2020 todos los edificios que se construyesen debían ser edificios de consumo de energía casi nulo.

En nuestro ordenamiento, la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, contemplaba esta categoría de edificios, disponiendo que "la cantidad casi nula o muy baja de energía requerida debería estar cubierta, en muy amplia medida, por energía procedente de fuentes renovables, incluida energía procedente de fuentes renovables producida «in situ» o en el entorno".

Precisamente, el Real Decreto 564/2017 incorpora la referencia a la norma española (la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 56/2016). Se trata, por tanto, de una modificación de carácter formal, ya que el resto del precepto tiene prácticamente el mismo contenido que la anterior redacción.

2.- Modificación del artículo 2.2 del Real Decreto 235/2013

Se modifican los apartados a) y d) del artículo 2.2 del Real Decreto 235/2013, que excluía la exigencia de certificación de la eficiencia energética en ciertos supuestos. De esta forma, determinados edificios protegidos oficialmente, a partir de ahora sí tendrán que contar con un certificado de eficiencia energética.

En este sentido, el apartado a) del artículo 2.2 del Real Decreto 235/2013 establecía que estaban excluidos del ámbito de aplicación de la norma los edificios y monumentos protegidos oficialmente por ser parte de un entorno declarado o en razón de su particular valor arquitectónico o histórico. Tras la reforma, esta exclusión será aplicable siempre que "cualquier actuación de mejora de la eficiencia energética alterase de manera inaceptable el carácter o aspecto del edificio o monumento protegido oficialmente", siendo la autoridad que dicta la protección oficial la competente para determinar los elementos inalterables.

Por su parte, el apartado d) del artículo 2.2 resulta también modificado, de forma que los edificios industriales, de la defensa y agrícolas no residenciales, o

parte de los mismos, quedarán excluidos del ámbito de aplicación de la norma siempre que sean de baja demanda energética. La nueva redacción aclara que aquellas zonas que no requieran garantizar unas condiciones térmicas de confort, como las destinadas a talleres y procesos industriales, se considerarán de baja demanda energética.

Como consecuencia de la reforma, la disposición transitoria única del Real Decreto 564/2017 establece que la presentación o puesta a disposición de los compradores o arrendatarios del certificado de eficiencia energética de los edificios protegidos oficialmente será exigible para los contratos de compraventa o arrendamiento celebrados una vez transcurrido el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Real Decreto.

La disposición transitoria única también señala que los edificios protegidos oficialmente ocupados por una autoridad pública a los que se refiere el artículo 2.1.c) que no estén excluidos del mismo, deberán obtener un certificado de eficiencia energética y tendrán la obligación de exhibir su etiqueta de eficiencia energética una vez transcurrido el plazo de seis meses. Asimismo, la norma prevé que los edificios protegidos oficialmente a los que se refiere el artículo 13.1 del Real Decreto 235/2013 -los de titularidad privada frecuentados habitualmente por el público, con una superficie útil total superior a 500 m²-, que no estén excluidos, tendrán obligación de exhibir su etiqueta de eficiencia energética una vez transcurrido el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto 564/2017.

Plan de especialización de juzgados para conocer de litigios relativos a cláusulas suelo.

Plan de especialización establecido por el Consejo General del Poder Judicial en fecha 25 de mayo de 2017

La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial aprobó en fecha 25 de mayo de 2017 la especialización de un total de 54 Juzgados de Primera Instancia –uno por Provincia en la península y uno en las principales islas de los archipiélagos canario y balear- para conocer, de manera exclusiva y no excluyente, de los litigios relacionados con las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, sin perjuicio de poder atribuir en el futuro esta competencia a otros órganos del mismo u otro partido judicial diferente de la provincia, siempre que hubiere razones que lo justificasen, en atención a la carga de trabajo.

El plan entró en vigor el 1 de junio de 2017 y será de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2017, si bien podrá prorrogarse en caso de ser necesario. El objetivo del plan es hacer frente al previsible aumento de litigios sobre cláusulas abusivas en escrituras hipotecarias como

consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 en relación con las cláusulas suelo.

La entrada en vigor del plan coincide con la conclusión de los cuatro meses que suman los plazos establecidos en el Real Decreto-Ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (que fue objeto de análisis en nuestra anterior newsletter), para que las entidades de crédito adoptaran las medidas necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones de este Real Decreto y para que el consumidor y la entidad llegaran a un acuerdo o se tuviera por concluido el procedimiento extrajudicial.

La competencia de estos juzgados especializados no sólo se refiere a cláusulas suelo, sino que también abarcará las cláusulas de vencimiento anticipado, los intereses moratorios, los gastos de formalización de hipoteca o las hipotecas multidivisa. Por tanto, como se observa, estos juzgados especializados tendrán un gran protagonismo en cuanto a control de cláusulas abusivas en lo que a materia hipotecaria se refiere.

En aquellos territorios con menor entrada de asuntos, el titular del juzgado será el que asuma la competencia, adoptándose las medidas de compensación y refuerzo que resulten necesarias, como la exención parcial de reparto de determinada clase de asuntos, la liberación de sustituciones no voluntarias y el apoyo de los Letrados de la Administración de Justicia y funcionarios que sean precisos.

Ante la posibilidad de que estos juzgados especializados se vean desbordados, el plan prevé que en estos casos el órgano judicial podrá contar con un “juzgado bis” servido por uno o más jueces de refuerzo, así como con los letrados de la Administración de Justicia y funcionarios que se necesiten, lo que se determinará en las evaluaciones mensuales que se irán realizando. El plan contempla que, en un primer momento, serán los 65 jueces en prácticas de la Escuela Judicial, que han recibido formación específica sobre la materia para reforzar sus conocimientos y garantizar menores tiempos de respuesta, quienes realicen preferentemente estas funciones de refuerzo en los órganos especializados.

Los órganos judiciales que contarán desde el inicio con este refuerzo son los de Málaga, Sevilla, Zaragoza, Las Palmas de Gran Canaria, Valladolid, Toledo, Barcelona, Alicante, Valencia, A Coruña, Vigo, Palma, Madrid, Murcia y Bilbao. En el resto del territorio nacional, los jueces de refuerzo se incorporarán a partir del 1 de julio, en función de la entrada de asuntos que se registre en cada órgano especializado.

Las medidas instauradas por el plan de urgencia serán evaluadas mensualmente por el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias en esta materia.

Catalogación del edificio situado en Paseo de la Castellana 81 como Bien de Interés Cultural.

Resolución de la Dirección General de Patrimonio de la Comunidad de Madrid de 11 de abril de 2017

En fecha 3 de mayo de 2017 se ha publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid una resolución de la Dirección General de Patrimonio de la Comunidad de Madrid de fecha 11 de abril de 2017, por la que se incoa el expediente de declaración como bien de interés cultural (BIC), en la categoría de monumento, del edificio ubicado en Madrid, Paseo de la Castellana número 81. Se trata del edificio conocido como "Torre BBVA" y que cuenta con 37 plantas -33 sobre rasante- que se elevan hasta los 107 metros de altura en el sureste del complejo AZCA.

Debido a esta declaración, el edificio podrá verse beneficiado por la protección específica que reciben este tipo de construcciones catalogadas como BIC.

El entorno de protección que resulta afectado por la declaración comprende otros inmuebles pertenecientes al complejo AZCA que rodean el edificio cuya declaración de BIC se pretende y que, en opinión de la Dirección General de Patrimonio, tienen incidencia visual en la contemplación de dicho edificio. A la resolución se acompaña un plano en el que se delimita el entorno afectado.

En palabras de la Dirección General de Patrimonio, el edificio es una obra singular dentro de la arquitectura reciente de la Comunidad de Madrid por diversos motivos, entre ellos se destaca "su original concepción estructural, unas proporciones generales extraídas de las teorías clásicas sobre la belleza, un cuidadoso diseño soportado en un riguroso estudio de modulación dimensional de todas sus partes y una acertada elección de los materiales, todo ello dentro de la más estricta modernidad para el momento de su construcción". En consecuencia, este órgano considera que el edificio tiene los valores arquitectónicos que prevé el artículo 2 de la Ley 3/2013 de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid para su declaración como BIC en la categoría de Monumento.

No obstante, debe destacarse que en la propia resolución se abrió un período de información pública por el plazo de un mes durante el cual se dio audiencia a los interesados para que formularan las alegaciones que estimasen oportunas. Habrá que esperar, por tanto, a que la Dirección General de Patrimonio analice las alegaciones presentadas, en su caso, para determinar las consecuencias exactas de la catalogación del edificio como BIC, tanto para el propio edificio como para el resto de inmuebles afectados.

De aprobarse definitivamente el expediente sería la primera vez que en la Comunidad de Madrid se confiriese el máximo grado de protección a un edificio construido en una época tan reciente, en tanto las obras de construcción comenzaron en 1975 y finalizaron en 1981.

Novedades jurisprudenciales

Plusvalía municipal.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 11 de mayo de 2017

En esta resolución, el Tribunal Constitucional ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad número 4864-2016 promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Jerez de la Frontera y, en consecuencia, ha declarado la inconstitucionalidad de los artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo ("TRLRHL"), referidos al sistema de cálculo de la base imponible del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana ("IIVTNU", también conocido como "plusvalía municipal").

La resolución sigue la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 26/2017, de 16 de febrero, y 37/2017, de 1 marzo de 2017, en las que se declaró la inconstitucionalidad de la normativa reguladora del IIVTNU en los territorios forales de Guipúzcoa y Álava. Resulta lógico que la sentencia de 11 de mayo 2017 continúe la línea marcada por el Tribunal Constitucional en sus anteriores pronunciamientos, en tanto las normas tributarias autonómicas aplicables en los territorios forales de Guipúzcoa y Álava tenían una redacción casi idéntica a la norma vigente en el resto del territorio nacional, que es la que se declara inconstitucional por medio de la sentencia de 11 de mayo de 2017.

La sentencia analiza un supuesto específico: la tributación en este impuesto cuando la venta del inmueble se ha realizado con pérdidas, y entiende que en estos casos la norma vulnera el principio de capacidad económica contemplado en el artículo 31.1 de la Constitución española.

Los preceptos cuestionados establecían la ficción, sin admitir prueba en contrario, de que por el solo hecho de haber sido titular de un terreno de naturaleza urbana durante un determinado período temporal se había producido, en todo caso, un incremento de valor por el que se debía tributar. La norma no contemplaba la posibilidad de que el contribuyente acreditase que no se había producido tal incremento. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que esta regulación va en contra del principio de capacidad económica y concluye que: "(...) el tratamiento que los preceptos cuestionados de la LHL otorgan a los supuestos de no incremento, o incluso de decremento, en el valor de los terrenos de naturaleza urbana, gravan una renta ficticia en la medida en que, al

imponer a los sujetos pasivos del impuesto la obligación de soportar la misma carga tributaria que corresponde a las situaciones de incrementos derivados del paso del tiempo, está sometiendo a tributación situaciones de hecho inexpresivas de capacidad económica, lo que contradice frontalmente el principio de capacidad económica que garantiza el art. 31.1 CE".

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución obliga al legislador a adaptar la normativa tributaria a esta sentencia, por lo que deberán llevarse a cabo las "modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar el modo de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana".

En resumen, la conclusión que puede extraerse de esta resolución es que si no hay plusvalía real no existe hecho imponible alguno y, por tanto, el IIVTNU no puede someter a tributación en estos supuestos.

Finalmente, procede analizar las consecuencias prácticas de esta sentencia. Así, el principal efecto es que todos aquellos contribuyentes a los que se le aplicó el IIVTNU, pese a que la transmisión del terreno generó una pérdida real, podrán reclamar el importe pagado en este concepto. Para ello, deberán tener en cuenta dos consideraciones: (i) deberán presentar una solicitud de devolución de ingresos indebidos ante el Ayuntamiento correspondiente, alegando este hecho y presentando la documentación que justifique el pago; (ii) deberá solicitarse antes de que transcurran 4 años desde la presentación de la autoliquidación.

En el caso de que no se haya presentado la autoliquidación y sea el ayuntamiento el que liquide el impuesto por medio de un acta, si la misma no se recurrió en plazo sería, en principio, firme. No obstante, podría defenderse que resulta procedente la solicitud de devolución de ingresos indebidos. Si la administración no devolviese la cantidad reclamada, podría igualmente acudir al procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho (art. 217.1.c) de la Ley General Tributaria).

A la hora de acreditar la minusvalía habrá que estar al criterio que siga cada Ayuntamiento y las posibles resoluciones de los tribunales que se dicten en un futuro. Muchas administraciones consideran que las escrituras de compraventa no son suficientes por sí mismas para demostrar que no ha habido plusvalía. La postura habitual en los municipios viene siendo la de exigir tasaciones periciales que justifiquen que no ha existido plusvalía alguna.

Doctrina del retraso desleal en ejecuciones hipotecarias.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 2 de marzo de 2017. Roj: STS 794/2017

En este caso se plantea la valoración del retraso desleal en el ejercicio de una acción de ejecución hipotecaria instada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. La parte ejecutada se había opuesto a la ejecución, entre otros motivos, en base a que la acción se fue ejercitada de modo tardío y desleal, una vez transcurridos 23 años desde que se produjo el vencimiento del primer pago no atendido, por lo que, a su parecer, resultaba de aplicación de la doctrina del retraso desleal¹.

En anteriores ocasiones, el Tribunal Supremo había afirmado que el retraso desleal se configura por las siguientes notas: a) el transcurso de un período de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará.

La Sentencia de 2 de marzo de 2017 define el retraso desleal como la "plasmación de un acto típico de ejercicio extralimitado del derecho subjetivo que supone una contravención del principio de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil)". Además, el Alto Tribunal requiere la concurrencia de diversos presupuestos para su aplicación:

1. En el plano funcional, su aplicación debe operar necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción de que se trate.
2. En el plano de su fundamentación, su aplicación requiere, aparte de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito. Confianza o apariencia de derecho que debe surgir, también necesariamente, de actos propios del acreedor.

Aplicando estas consideraciones al caso concreto, el Tribunal Supremo considera que no se dan los presupuestos necesarios para la aplicación de la doctrina del retraso desleal. Así, entiende que conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, y en contra del criterio seguido por la sentencia recurrida, "la mera inactividad o

¹ La doctrina sobre el retraso desleal ha sido tratada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de diciembre de 2010, entre otras. Según esta línea jurisprudencial, la buena fe "impone que un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando su titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará".

el transcurso dilatado de un periodo de tiempo en la reclamación del crédito no comporta, por sí solo, un acto propio del acreedor que cree, objetivamente, una razonable confianza en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito".

En definitiva, de esta sentencia puede concluirse que la parte que alega la aplicación de la doctrina del retraso desleal debe llevar a cabo una actividad probatoria tendente a acreditar la conducta abusiva del actor, sin que el mero transcurso del tiempo suponga por sí mismo un retraso que merezca el calificativo de "desleal", especialmente por las consecuencias que dicha calificación implicaría.

Prohibición del pacto comisorio. Compromiso de los deudores hipotecarios de transmitir la finca hipotecada a los fiadores.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 21 de febrero de 2017. Roj: STS 581/2017

En el caso se plantea la validez de un compromiso obligacional de los deudores de un préstamo hipotecario otorgado a los fiadores de dicho préstamo con garantía de la indemnización que les pudiera corresponder por hacerse cargo del pago total o parcial de la deuda hipotecaria. Por ello, el Alto Tribunal discute acerca de si dicho compromiso puede considerarse un pacto comisorio prohibido por el artículo 1859 del Código Civil.

A efectos de comprender mejor el supuesto de hecho, debe partirse de los siguientes hechos declarados como probados:

- I. Don Donato y Doña Adelaida adquieren un piso en Madrid por el precio de 430.000 euros.
- II. En la misma fecha, y sin solución de continuidad, los compradores suscriben con una entidad bancaria un préstamo con garantía hipotecaria. En dicha escritura de préstamo hipotecario aparecen como fiadores solidarios los padres de uno de los compradores, esto es, de don Donato.
- III. En la misma fecha, el 11 de agosto de 2005, a instancia de los compradores se otorga un acta de manifestaciones con el siguiente tenor literal: "[...] Hacen constar los comparecientes que si a consecuencia del impago total o parcial del crédito, tuviesen que hacerse cargo de éste los referidos fiadores, se comprometen a transmitir a los mismos la finca hipotecada, siendo de su cuenta todos los gastos que con ello se originen".

- IV. En el mes de octubre de 2012, los prestatarios dejan de abonar las cuotas del préstamo hipotecario, y la entidad bancaria exige el cumplimiento de las mismas a los fiadores que, a la fecha de la interposición de la demanda que da lugar al litigio, habían abonado cuatro cuotas.
- V. En tanto Doña Adelaida se negaba a transmitir la finca hipotecada a los fiadores, Don Donato y sus padres, fiadores del préstamo hipotecario, presentaron una demanda contra Doña Adelaida en la que solicitan su condena a otorgar la escritura pública de transmisión de la propiedad de la vivienda a los fiadores por haberse cumplido la condición pactada. Doña Adelaida se opuso a la demanda, alegando, entre otros motivos, que el acta de manifestaciones constituye un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y consideró que la referida acta de manifestaciones constituía un auténtico pacto comisorio. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y estimó la demanda. A los efectos que aquí interesan consideró que el acta de manifestaciones no se trataba de un verdadero pacto comisorio.

En la resolución que nos ocupa, el Tribunal Supremo admite el recurso presentado por Doña Adelaida y, por tanto, concluye que se trataba de un pacto comisorio prohibido por el artículo 1859 del Código Civil.

En primer lugar, el Alto Tribunal destaca que son dos los presupuestos que caracterizan la aplicación del pacto comisorio: (i) que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza; y (ii) que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor.

El Tribunal razona que en este caso los partes han configurado una garantía atípica otorgada en favor de los fiadores. Dicha garantía, al reunir los presupuestos del pacto comisorio, debe ser asimilada a un auténtico pacto comisorio prohibido por nuestro Derecho. Esta postura ya había sido empleada por la jurisprudencia en otras ocasiones, en las que se había afirmado que la prohibición del pacto comisorio opera igualmente en la configuración y validez de las garantías atípicas con un resultado equivalente².

En definitiva, el Tribunal Supremo admite el recurso de casación formulado y estima que existía un verdadero pacto comisorio, revocando en consecuencia la sentencia de apelación.

² Entre otras, puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 16 mayo del año 2000.

Responsabilidad solidaria de las entidades bancarias en las compraventas fallidas de viviendas sobre plano.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 21 de diciembre de 2015. Roj: STS 5263/2015.

En esta resolución el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la posible responsabilidad de las entidades bancarias en compraventas de viviendas sobre plano que finalmente no se construyeron. La sentencia, pese a ser de finales de 2015, es de máxima autoridad en tanto son muchos los Juzgados y Audiencias Provinciales que están siguiendo la doctrina que establece el Alto Tribunal.

Previamente, debemos hacer referencia a la normativa que sirve de aplicación a la Sentencia. Así, la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, exigía a la promotora contratar un seguro de entregas a cuenta o aval bancario para garantizar la devolución de las cantidades aportadas por los compradores en caso de que las viviendas no se entregasen en el plazo pactado.

A su vez, el artículo 10 de la Ley 57/1968 establecía que los promotores debían percibir las cantidades anticipadas a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en la que deberían depositarse en una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. El precepto añadía que "para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior". La garantía a que se refería la condición anterior era un seguro o un aval bancario. La expresión "bajo su responsabilidad" tendrá una gran relevancia en la resolución del litigio por parte del Tribunal Supremo, como veremos a continuación.

La sentencia analiza un caso en el que fueron demandados de forma solidaria tanto la promotora como la entidad bancaria con la que la promotora suscribió un préstamo con garantía hipotecaria. Precisamente, la entidad bancaria fue demandada en base al artículo 10, por entender que el banco era responsable ya que la promotora no tenía una cuenta especial separada en el banco.

En la sentencia de primera instancia la demanda fue estimada por entender, en efecto, que la entidad bancaria había incumplido con su deber de velar por que los ingresos se consignasen en una cuenta especial. En opinión del Juzgado este incumplimiento "conlleva la inexistencia de un seguro o aval que permita la devolución de las cantidades recibidas a cuenta debiendo

responder por ello el banco como mínimo por la vía del artículo 1902 y en su caso del artículo 1104 del CC".

Por su parte, la sentencia de apelación entendió que el banco simplemente se limitó a otorgar un préstamo con garantía hipotecaria a la promotora para la financiación de las obras y un aval para garantizar el coste de las obras de urbanización, pero no se comprometió a la devolución de las cantidades anticipadas. A su juicio, no existía tampoco ninguna obligación legal que impusiera a la entidad de crédito el deber de exigir a la promotora la apertura de una cuenta especial por ser una obligación de la promotora, que bien podía haber preferido suscribir las garantías (aval o seguro) con otra entidad.

Lo relevante a estos efectos es que el Tribunal Supremo, ante la existencia de sentencias contradictorias en diferentes Juzgados y Audiencias Provinciales, fija la siguiente doctrina jurisprudencial: "En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad".

Según el Alto Tribunal bajo la Ley 57/1968 existe un especial deber de vigilancia sobre el promotor por parte de la entidad bancaria que concede el préstamo. Este deber se configura como una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma, afirma, bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, "para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia".

Sobre el plazo de prescripción de la acción contra las entidades bancarias, existen ciertas dudas al respecto, si bien la doctrina mayoritaria considera aplicable el plazo general de prescripción de 5 años que establece el segundo apartado del artículo 1964 del Código Civil para las obligaciones personales³, modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Si el contrato se hubiese firmado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 42/2015 (lo cual tuvo lugar el 7 de octubre de 2015), resultaría de aplicación el anterior plazo de 15 años que fijaba el artículo 1964 del Código Civil, tal y como establece la Disposición Adicional Quinta de la Ley 42/2015.

3 "Artículo 1964

1. La acción hipotecaria prescribe a los veinte años.

2. Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan."

Responsabilidad de los administradores sociales por falta de constitución de las garantías necesarias en las compraventas de vivienda.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 de marzo de 2016. Roj: STS 959/2016

Como es sabido, la Ley de Sociedades de Capital establece un severo régimen de responsabilidad para los administradores sociales, en atención a la especial posición que los mismos ocupan en la sociedad a la que representan. A la hora de desarrollar las funciones que les son propias, los administradores tienen encomendados dos deberes en relación a la sociedad a la que representan: el deber de lealtad y el deber de diligencia. Frente al incumplimiento de cualquiera de estos deberes pueden ejercitarse la acción social de responsabilidad (si el patrimonio afectado es el de la sociedad) o la acción individual de responsabilidad (si el patrimonio afectado es el de los socios o terceros acreedores).

En este caso nos encontramos ante una acción individual de responsabilidad instada contra los administradores de una sociedad dedicada a la promoción de viviendas por incumplimiento de la obligación de entregar a los compradores los avales y garantías legalmente impuestos en la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas⁴.

En primera instancia, el Juzgado estimó la demanda presentada y condenó a los tres administradores por no haber constituido los avales previstos en la Ley 57/1968, de 27 de julio. Concretamente, la sentencia dispuso que los administradores debían abonar a la empresa demandante las cantidades entregadas a cuenta por el precio de las dos viviendas.

La Audiencia Provincial, por el contrario, revocó la sentencia de instancia por entender que el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 57/1968 (avales y garantías) no es imputable propiamente a los administradores sino a la sociedad, ya que era ésta la obligada a ingresar las cantidades anticipadas en una cuenta garantizada o a otorgar los avales, es decir, era la sociedad la única obligada.

4 Pese a que el ejercicio de la acción individual de responsabilidad no suele ser frecuente en la práctica jurisprudencial, entre los supuestos que dan lugar a un mayor número de condena en contra de los administradores sociales se encuentra, precisamente, el relativo al incumplimiento de la Ley 57/1968.

El Tribunal Supremo resuelve que los administradores sí son responsables en estos supuestos. En concreto, afirma que "en casos como el presente, los administradores tienen la obligación de cumplir y respetar las normas legales que afectan a la actividad social o sectorial".

En el presente caso concurrirían todos los presupuestos necesarios para que prospere la acción individual de responsabilidad según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵: (i) incumplimiento de una norma, en concreto, la Ley 57/1968, debido al comportamiento omisivo de los administradores; (ii) imputabilidad de tal conducta omisiva a los administradores, como órgano social; (iii) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (iv) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, en este caso, al acreedor, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) relación de causalidad entre la conducta contraria a la ley y el daño directo ocasionado al tercero, pues, sin duda, el incumplimiento de la obligación de garantizar la devolución de las cantidades ha producido un daño a la compradora, que, al optar, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 57/1968, entre la prórroga del contrato o su resolución con devolución de las cantidades anticipadas, no puede obtener la satisfacción de ésta última pretensión, al no hallarse garantizadas las sumas entregadas.

En este caso, el cumplimiento de una norma legal sectorial, de *ius cogens*, se impone como deber de diligencia del administrador ya que se conecta con el ámbito de sus funciones (artículos 225, 226, 236 y 241 LSC), por lo que le es directamente imputable al administrador.

Por último, el Tribunal Supremo concluye que la conducta imputable a los administradores sociales no es el incumplimiento de una obligación contractual de la sociedad que administran, sino la infracción de un deber legal de carácter imperativo.

Nulidad de la cláusula de gastos derivados de la suscripción de un préstamo hipotecario.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de marzo de 2017

La nulidad de la cláusula de gastos derivados de la suscripción de un préstamo hipotecario ha sido una cuestión de enorme trascendencia tras los pronunciamientos realizados por el Tribunal Supremo⁶. Pese a que los criterios fijados por el Alto Tribunal son, en principio, bastante claros, en la actualidad existen criterios dispares por parte de Audiencias Provinciales.

⁵ Entre otras, SSTS 396/2013, de 20 de junio; 15 de octubre de 2013; 395/2012, de 18 de junio; 312/2010, de 1 de junio; y 667/2009, de 23 de octubre.

⁶ SSTS de 6 de febrero de 2015⁶, de 4 de junio de 2015 y de 23 de diciembre de 2015.

Aunque de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo es nula la cláusula que impone todos los gastos derivados del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario al prestatario, son varias las Audiencias que se han apartado del criterio establecido por el Tribunal Supremo para repartir los gastos entre el consumidor y la entidad bancaria. Precisamente, la sentencia que analizamos pertenece a este grupo.

La sentencia de primera instancia, basándose en la STS de 6 de febrero de 2015, declaró la nulidad de la cláusula de gastos establecida en escritura de préstamo hipotecario y ordenó la devolución de las cantidades abonadas por los prestatarios. La sentencia declara, al igual que en su momento hizo el Tribunal Supremo que es nula la cláusula de gastos que haga recaer la práctica totalidad de los gastos sobre el hipotecante.

Pues bien, la Audiencia Provincial de Pontevedra estima parcialmente el recurso formulado por la entidad bancaria. En opinión de la Sala, la nulidad de una cláusula de este tipo no ofrece dudas, pero el problema surge al analizar las consecuencias de la declaración de nulidad. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial contiene las siguientes matizaciones:

- I. En cuanto a las consecuencias de la nulidad de la cláusula de pago de tributos, de conformidad con el artículo 8 LITPAJD, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente el prestatario, cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario. Similares consecuencias establecen el artículo 29 LITPAJD y el artículo 68 RITPAJD. Por consiguiente, a pesar de que la cláusula de gastos deba ser declarada nula, no procede la devolución de los gastos pagados por los prestatarios en concepto de AJD, puesto que ha sido pagado por quien correspondía según la norma que rige el impuesto. La Audiencia argumenta que la nulidad de la cláusula de gastos supone actuar como si la misma no hubiera sido incluida en el contrato y, de no existir, el AJD lo hubiera pagado también el prestatario.
- II. Respecto a los gastos notariales, la Sala señala que es habitual que se encargue la formalización de la escritura tanto por el comprador como por una entidad de crédito. Por ello, la clave es determinar qué parte ha activado el mecanismo. Cuando no existen elementos suficientes para determinar cuál de las partes requirió los servicios del Notario – lo que ocurrió en el caso en cuestión – debe acudirse al segundo criterio fijado en el Arancel Notarial⁷, que imputa los gastos de las escrituras al obligado fiscalmente al pago del impuesto derivado del otorgamiento,

⁷ Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios.

eso es, el prestatario. De este modo, la Audiencia concluye que tampoco serán objeto de devolución los aranceles notariales al haber sido abonados por la parte obligada a ello.

- III. Por lo que respecta al arancel de los Registradores, en este caso, el RD de 1989⁸ señala que los gastos serán a cargo de aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho, es decir, la entidad de crédito. Así, la Audiencia desestima el motivo y ratifica la condena a la devolución de este importe.
- IV. En lo que se refiere a los gastos procesales, la Audiencia Provincial recuerda que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en la LEC. La atribución al prestatario de las costas procesales en todo caso no sólo infringe normas de orden público, sino que produce un desequilibrio evidente entre las partes al hacer recaer las consecuencias del proceso en una de ellas, motivos más que suficientes para declarar la nulidad de la cláusula a este respecto.

En suma, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra contiene el siguiente pronunciamiento:

- No procede la devolución de los gastos por concepto de AJD abonados por el prestatario.
- No procede la devolución de los gastos notariales abonados por el prestatario.
- Sí procede la devolución de los gastos del arancel de los Registradores, al ser la entidad de crédito el sujeto a cuyo favor se inscribe o anota el derecho.
- No es posible atribuir los gastos procesales exclusivamente al prestatario.

Deber del Notario de informar acerca de las cargas fiscales que afectan a los inmuebles.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 23 de febrero de 2017

El fondo del asunto versa sobre la responsabilidad civil de una Notaria por una presunta negligencia. En concreto, el incumplimiento imputado consistía en no haber comunicado a los compradores las cargas fiscales que pesaban sobre un inmueble.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la acción de responsabilidad civil ejercitada contra la Notaria. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de

instancia, al entender que la Notaria no informó a los compradores de las cargas fiscales que pesaban sobre las fincas adquiridas. La Audiencia Provincial destaca los siguientes puntos:

1. El Notario es un profesional a quien compete el ejercicio privado de funciones públicas. La RDGRN de 26 de octubre de 1995 establece que el Notario tiene el deber de asesorar debidamente a los otorgantes, informándoles de forma exhaustiva acerca de las circunstancias y los efectos del documento otorgado. La obligación de asesorar consiste en una actividad de comunicación que dimana de la condición profesional del Notario y que resulta inherente a su función como fedatario público⁹. Distinta es la obligación de tramitar, consistente en una actividad de gestión que no es específica de su profesión y que requiere de un encargo.
2. La relación jurídica del Notario con las personas que reclaman sus servicios es de un arrendamiento de servicios (artículo 1544 CC) y le son de aplicación los artículos 1101 y 1104 CC (referidos a la indemnización por los daños y perjuicios causados en el cumplimiento de las obligaciones cuando exista dolo o negligencia). Por su parte, el artículo 146 del Reglamento Notarial establece la responsabilidad civil del Notario por los daños y perjuicios causados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable.
3. El artículo 175.1 del Reglamento Notarial prevé que el Notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de un bien inmueble, debe comprobar la titularidad y el estado de cargas del bien. Para ello, el Notario debe solicitar del Registro de la Propiedad una nota informativa del estado de cargas en ese momento y que se le informe de las posteriores, antes de que autorice la escritura de compraventa. Por ello, entiende el tribunal que las partes que acuden a la Notaría confían en que el Notario les informará adecuadamente de las cargas que pesan sobre el inmueble objeto de la compraventa.

De este modo, la Sala desestima el recurso y confirma lo establecido en la sentencia recurrida, condenando a la Notaria al pago de una indemnización, cuyo importe lo integran las cargas fiscales conocidas a la fecha de la escritura de compraventa y que fueron pagadas por los actores.

⁸ Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad.

⁹ En este sentido se pronuncia la STS de 14 de mayo de 2008.

twobirds.com

Aarhus & Abu Dabi & Bratislava & Bruselas & Budapest & Copenhague & Dubai & Düsseldorf & Estocolmo & Frankfurt & La Haya & Hamburgo & Helsinki & Honk Kong & London & Luxemburgo & Lyon & Madrid & Milan & Munich & Pekin & Paris & Praga & Roma & Shanghái & Singapur & Skanderborg & Sidney & Varsovia

Bird & Bird es un bufete internacional, constituido por Bird&Bird LLP, sus afiliados y empresas asociadas.
Bird&Bird es una Sociedad de Responsabilidad Limitada, registrada en Inglaterra y Gales, con N° OC340318, autorizada y regulada por la SRA. Su sede y oficinas principales, se encuentran registradas en: 15 Fetter Lane, Londres EC4A 1JP. En dicha dirección, podrá consultarse un listado de miembros de Bird&Bird LLP, así como de no miembros y socios designados, pudiendo comprobarse sus respectivas cualificaciones profesionales.