



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

### DICTAMEN ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

La "Sociedad Cooperativa XXXX" se constituyó ante Notario en el año 2008 con objeto de llevar a cabo la edificación, sobre una parcela adquirida al efecto, de 54 viviendas unifamiliares adosadas. Dicha promoción se realizaba dentro del denominado "Plan de Vivienda Cooperativa XXXX", y era gestionada por la sociedad "XXXX Gestora de Cooperativas, S.L.", que compartía domicilio social con la sociedad cooperativa. La promoción se desarrollaría en dos fases, y el inicio de las obras tendría lugar en el año 2010, una vez redactados los correspondientes proyectos y obtenidas las pertinentes licencias, estando prevista la finalización de la primera fase en el mes de junio del año 2013, y la segunda fase en el mes de mayo de 2014.

Mediante documento de fecha 8 de mayo de 2009 los cónyuges Valentín y Rosa, casados en régimen de gananciales, se inscribieron en el "Plan de Vivienda Cooperativa XXX", con objeto de incorporarse a alguna de las cooperativas gestionadas por "XXXX Gestora de Cooperativas, S.L." A tal efecto, entregaron a la sociedad gestora la suma de 2.000 euros.

En la misma fecha, los también cónyuges Juan y Manuela suscribieron con la entidad gestora un documento análogo, con idéntico objeto y finalidad, haciendo entrega a la gestora de la cantidad de 2.000 euros.

Con fecha 25 de septiembre de 2009 la sociedad gestora extendió a favor de los cónyuges Valentín y Rosa un documento privado denominado "Preinscripción nº 36", en el que se hacía constar que estos entregaban a la "Sociedad Cooperativa XXXX" la suma de 3.000 euros, de los cuales 2.000 euros provenían de la aportación efectuada a la entidad gestora el 8 de mayo de 2009.

También en la misma fecha, los cónyuges Juan y Manuela suscribieron con la sociedad gestora un documento similar, denominado "Preinscripción nº 43", entregando a la sociedad cooperativa en ese mismo acto la suma de 4.000 euros, de los cuales 2.000 procedían de la aportación realizada a la sociedad gestora el 8 de mayo de 2009.

Conforme a tales documentos, el número de preinscripción daba derecho al pre-socio a conocer el proyecto de edificación y a elegir vivienda con preferencia a otros pre-socios con número de preinscripción posterior. A la formalización del contrato de inscripción, la cooperativa detallaría los pagos a abonar mediante recibos girados a una cuenta de su titularidad.

Con fecha 30 de octubre de 2009 Valentín y Rosa, por su parte, y Juan y Manuela, por la suya, suscribieron con la cooperativa –representada por la sociedad gestora- sendos documentos privados denominados “contratos de inscripción”. Conforme a dichos documentos, a) los socios solicitaban su incorporación a la cooperativa, declarando conocer y aceptar su escritura fundacional y sus estatutos; b) mostraban su interés en adquirir, respectivamente, las viviendas NT5 y 9R7, advirtiéndoseles de que no podían darse de baja de la cooperativa ni de la promoción salvo en las condiciones previstas en los citados estatutos; al mismo tiempo se daban por enterados de que, en caso de solicitar la baja, y conforme a los estatutos de la cooperativa, la devolución de las aportaciones al capital social, así como cualquier otra cantidad entregada para financiar el pago de las viviendas, le serían reembolsadas en el momento en que, formalizada y aceptada la baja, fuese sustituido por otro socio en los términos previstos estatutariamente; c) los socios se obligaban a aportar al capital social de la cooperativa la suma de 240.000 euros, conforme al plan de pagos que se detallaba; d) la cooperativa se comprometía a entregar las viviendas a los socios dentro de los tres meses siguientes a la obtención de la licencia de primera ocupación; y e) los socios podían optar por subrogarse en los préstamos hipotecarios gestionados por la cooperativa, o formalizar ellos mismos el préstamo hipotecario con la entidad de su elección.

En ejecución de dicho contrato, Valentín y Rosa abonaron a la cooperativa la suma de 240.000 euros, y Juan y Manuela la cantidad de 190.000 euros. Dichas cantidades se ingresaron en una cuenta corriente titularidad de la cooperativa abierta en la entidad bancaria DD.

La cooperativa, con fecha 20 de octubre de 2009, había concertado con la misma entidad bancaria DD una póliza colectiva de avales hasta la suma total de 20.000.000 de euros. En el momento de la firma del documento de inscripción se hizo entrega a los socios de una copia de la póliza colectiva.

Para la ejecución de las obras, la cooperativa contrató a la constructora BBBBB, así como los servicios del arquitecto superior don R y del arquitecto técnico don P. La empresa constructora, por su parte, subcontrató parte de la ejecución de la obra a la mercantil CCCC. Conforme a lo estipulado en el contrato celebrado con fecha 30 de julio de 2013 entre ambas entidades, el contratista, en caso de conformidad con las facturas presentadas por la subcontratista, abonaría su importe mediante la entrega de pagarés a la orden, con vencimiento a 180 días de la fecha de la recepción de la factura y de las mercancías en las oficinas centrales de aquel, considerándose que

dicho aplazamiento estaba compensado con el interés incluido en el precio. Este se fijaba en un tipo de interés no inferior al interés legal del dinero – fijado en ese año en el 4%- incrementado en 1,5 puntos. El tipo de interés legal del dinero estaba fijado en 8 puntos. La subcontratista, durante la ejecución de las obras, emitió veinte facturas por el importe de los trabajos efectuados, cuya suma total ascendió a 30.000 euros, que la contratista dejó impagadas en su totalidad.

La subcontratista CCCC interpuso demanda frente a la contratista BBBB reclamando el pago del principal de las facturas adeudadas y el abono de los intereses devengados desde el aplazamiento, que consideraba establecido con infracción de lo dispuesto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, solicitando la declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas contractuales que determinaban plazos superiores a los previstos legalmente.

La contratista se allanó parcialmente a la demanda, reconociendo la deuda por el principal reclamado, pero se opuso al pago de los intereses reclamados con base en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por razón de los pactos alcanzados por las partes, y añadió que el hecho de no haber impugnado la subcontratista la cláusula relativa al plazo de pago durante la vida del contrato constituía un acto propio que impedía oponer la nulidad del pacto en el control de abusividad de la cláusula.

Valentín y Rosa, que habían elegido una vivienda correspondiente a la fase I de la promoción, recibieron su vivienda en el plazo convenido. Sin embargo, la fase II no llegó siquiera a iniciarse por la situación económica en que se vio inmersa la cooperativa, por lo que Juan y Manuela no recibieron la vivienda que habían elegido.

Para financiar el pago de los compromisos económicos contraídos para adquirir la vivienda, Valentín y Rosa suscribieron el 3 de enero de 2013 con el Banco M un contrato de préstamo hipotecario por importe de 200.000 euros, constituyéndose la garantía hipotecaria sobre la vivienda. Dicho préstamo fue posteriormente ampliado en 8.000 euros, si bien esta suma no se destinó a la adquisición de la vivienda, sino a otros usos personales de los prestatarios.

Dicha escritura de préstamo hipotecario fijaba un interés de demora del 12% nominal anual. El interés remuneratorio, a tipo fijo, quedaba establecido en el 4,3% anual.

En la misma escritura de préstamo se pactó que, *"[n]o obstante el plazo pactado, el banco podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa*

*solvencia, en caso de falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses”.*

La escritura contenía asimismo una estipulación por la que se preveía la posibilidad de que, en caso de impago y de vencimiento anticipado, pudiera acudir a la venta extrajudicial prevista en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria.

Igualmente, se incluía una cláusula del siguiente tenor: *“[S]on de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación y ejecución de este contrato, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo los gastos y costes directos e indirectos causados por las actuaciones del banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda, así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por ello, incluidos los honorarios de abogado y los derechos de procurador, aun cuando su intervención en las actuaciones en los procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva”.*

Juan y Manuela dirigieron a la sociedad cooperativa una comunicación por la que, ante la falta de construcción y entrega de la vivienda, dieron por resuelto el contrato, y solicitaron al mismo tiempo la baja de la cooperativa. Sin solución de continuidad, interpusieron demanda de juicio ordinario ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid frente a la “Sociedad Cooperativa XXXX”, la entidad “XXXX Gestora de Cooperativas, S.L.”, y el Banco DD, interesando: a) la resolución del contrato de compraventa sobre plano de la vivienda 9R7 de la promoción “Plan de Vivienda Cooperativa XXXX” por incumplimiento de las obligaciones esenciales asumidas por la cooperativa y la gestora demandadas, en concreto por no garantizar debidamente y en legal forma la restitución de las cantidades entregadas a cuenta; b) la condena solidaria de las demandadas a la restitución de las sumas entregadas a cuenta más los intereses legales correspondientes.

La cooperativa demandada se opuso a la demanda alegando: a) que el contrato cuya resolución se solicitaba no era una compraventa sino un contrato de inscripción en la cooperativa; b) que las aportaciones económicas de los demandantes no eran parte anticipada del precio, sino aportaciones al capital de la cooperativa; c) que los actores pretendían desligarse de la cooperativa y recuperar la totalidad de las aportaciones obviando los cauces estatutarios; y d) que la cooperativa no tenía obligación de avalar o asegurar la devolución de las cantidades entregadas.

La sociedad gestora se opuso asimismo a la demanda alegando: a) que el contrato no era una compraventa sino un contrato de incorporación a la cooperativa; b) que, por ello, los demandantes no eran compradores, sino promotores en calidad de socios cooperativistas; c) que los demandantes no

podían resolver el contrato, estando obligados a respetar los cauces estatutarios para darse de baja de la cooperativa; d) que las aportaciones de la demandante se ingresaron en una cuenta de la exclusiva titularidad de la cooperativa codemandada; y e) que ningún seguro o aval podía exigírsele a la gestora, ni predicarse de ella incumplimiento alguno.

El banco DD se opuso asimismo a la demanda argumentando que los demandantes carecían de legitimación activa frente a ella por no existir una relación jurídica entre los actores y la entidad bancaria, puesto que esta únicamente había contratado con la cooperativa, y alegó asimismo falta de legitimación pasiva, por no estar obligada a reintegrar cantidad alguna a los demandantes.

En el mes de septiembre de 2013, apenas dos meses después de que Valentín y Rosa hubieran recibido su vivienda, aparecieron unas grandes grietas en las paredes y en el techo de varias de sus dependencias y surgieron diversas humedades en diferentes habitaciones, provenientes del tejado del edificio.

Con fecha 15 de septiembre de 2014 Valentín y Rosa dirigieron una reclamación a la empresa constructora, a fin de que procediese a reparar las deficiencias de la edificación. La constructora contestó negándose a hacerse cargo de las reparaciones, por considerar que los defectos eran imputables a la dirección de la obra y a la dirección de la ejecución de la obra, y no al contratista. A la vista de tal respuesta, Valentín y Rosa remitieron el 30 de septiembre de 2014, por conducto notarial, un requerimiento al arquitecto superior don R para que se hiciese cargo de la reparación de las deficiencias, requerimiento que no fue contestado por este.

Tras haber encargado la elaboración de un dictamen pericial sobre la naturaleza y la causa de los daños y sobre el coste de su reparación, Valentín y Rosa interpusieron el 30 de octubre de 2015 demanda de juicio ordinario ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid frente a "Sociedad Cooperativa XXXX", frente a la empresa constructora BBBBB, frente al arquitecto superior don R y frente al arquitecto técnico don P, interesando la condena solidaria de todos ellos a reparar los defectos constructivos apreciados o a indemnizarles en el importe de reparación de los daños fijado en el informe pericial que acompañaba la demanda.

La empresa constructora se opuso a la demanda, considerando que, dada la etiología y la naturaleza de los defectos, no debía responder de ellos.

La "Sociedad Cooperativa XXXX" se opuso a la demanda alegando la prescripción de la acción, y subsidiariamente, interesando su absolución por no haber participado en la ejecución de la obra, habiéndose limitado a contratar a la empresa constructora y a la dirección de la obra.

El arquitecto superior don R se opuso asimismo a la demanda, por considerar que los defectos apreciados eran imputables a la construcción, y no al proyecto o a la dirección de la obra.

El arquitecto técnico don P opuso, en primer lugar, la excepción de prescripción de la acción, y a continuación se opuso a la pretensión deducida frente al mismo, por considerar que, por razón de la causa de los defectos, no debía responder de ellos.

En el acto del juicio comparecieron los demandados debidamente representados de procurador y asistidos de abogado, con la excepción de la sociedad cooperativa, que asistió por medio de su representante legal, habiendo asistido también su letrado, pero no su procurador, que se ausentó sin causa justificada, por lo que el Juez acordó no tener por comparecida a dicha parte, y no llevar a efecto la prueba propuesta a su instancia.

La sentencia de primera instancia desestimó la excepción de prescripción alegada por la cooperativa y por el arquitecto técnico, por considerar que la reclamación a la empresa constructora y al arquitecto superior había interrumpido la prescripción, y, aun cuando tuvo por probado que la cooperativa no tuvo una participación en la construcción, ni, por tanto, una participación causal y efectiva en la génesis de los daños, declaró la responsabilidad solidaria de todos los demandados sin fijación de cuotas de responsabilidad, y condenó a todos ellos a realizar la reparación de los defectos constructivos o a pagar el coste de reparación conforme al dictamen pericial aportado por los actores.

La sentencia fue recurrida en apelación por la cooperativa y por el arquitecto técnico don P. La Audiencia Provincial desestimó la nulidad de actuaciones propuesta por la "Sociedad Cooperativa XXXXX" y desestimó también los motivos de impugnación formulados por ambos recurrentes consistentes en la prescripción de la acción, confirmando la sentencia de instancia.

Firme la sentencia de la Audiencia, la constructora BBBBB procedió a abonar a los demandantes el importe de la reparación de los defectos constructivos, y sin solución de continuidad interpuso demanda frente a la Sociedad Cooperativa XXXX, frente al arquitecto superior don R y frente al arquitecto técnico don P ejercitando la acción de regreso con base en la responsabilidad solidaria de todos ellos declarada en la sentencia, solicitando que se condenase a los codemandados a reintegrar a la demandante conforme a sus respectivas cuotas de responsabilidad.

La cooperativa se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando que se declarase su falta de responsabilidad en las deficiencias constructivas.

Los demás codemandados se allanaron a la demanda.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a los demandados a reintegrar a la demandante conforme a la responsabilidad solidaria establecida en el proceso antecedente, destacando el carácter vinculante de la sentencia anterior y que no llevó a cabo una individualización de la cuota de responsabilidad de cada uno de los codemandados, por lo que debía determinarse por igual a cada uno de ellos. Al mismo tiempo, desestimó la demanda reconvenzional porque no cabía revisar la responsabilidad de la cooperativa promotora, al estar esta cuestión solventada por sentencia firme.

La cooperativa interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Durante la ejecución del contrato de préstamo hipotecario, Valentín y Rosa dejaron de atender una mensualidad del préstamo, por lo que el banco con fecha 3 de febrero de 2015 declaró vencido el préstamo y procedió a iniciar los trámites del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Con fecha 10 de marzo de 2015 Valentín y Rosa interpusieron demanda frente al Banco M en la que solicitaron: a) la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado; b) la declaración de nulidad de la cláusula por la que se convenía el procedimiento de ejecución extrajudicial y su paralización; c) la declaración de la nulidad de la cláusula de tipo de interés de demora establecido en el contrato de préstamo; d) que el Juzgado fijase un tipo de interés más ajustado a derecho; e) la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye al prestatario los costes derivados de la constitución de la hipoteca, de los tributos, los gastos pre-procesales, procesales y los derechos de procurador y honorarios de abogado, incluso cuando su intervención no sea preceptiva.

El banco M se opuso a la demanda alegando: a) Con carácter general, que no era de aplicación al contrato de préstamo hipotecario la protección dispensada por la legislación de consumidores, pues el préstamo fue ampliado para fines distintos de la adquisición de la vivienda habitual, propios de los prestatarios. b) Con relación a la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, sostuvo que la cláusula era válida y legal conforme a los artículos 1157 y 1169 CC, en orden a la integridad del pago y la posibilidad del acreedor de oponerse a recibir una prestación parcial, y que no era abusiva, siendo improcedente verificar respecto de ella el control de contenido vinculado al examen de abusividad. c) Con relación a la cláusula de procedimiento extrajudicial, alegó la imposibilidad de efectuar el control de transparencia vinculado al control de abusividad, superando la cláusula controvertida las exigencias del control de incorporación; y concluía que respondía a un pacto válido. d) Con relación a la nulidad de la cláusula de intereses moratorios alegó: i) la cláusula respetaba los límites establecidos en el art. 114 LH, en la redacción dada por la Ley 1/2013, 14 de mayo, de

medidas para reforzar la posición a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en relación con la disposición transitoria 2º de dicha Ley; ii) validez de la cláusula, habida cuenta de la naturaleza no solo indemnizatoria de los intereses, sino también sancionadora. e) Respecto de la cláusula de atribución a los prestatarios de los gastos, costes, tributos derivados del préstamo hipotecario, así como de los honorarios profesionales incurridos en su reclamación, la validez de la cláusula, por cuanto i) no resultaba de aplicación a la misma el control de abusividad establecido por la normativa de consumidores respecto de los contratos de compraventa de viviendas; ii) obedecían a la constitución de una hipoteca unilateral, y conforme a la legislación hipotecaria los gastos corresponden al prestatario; y iii) era plenamente válida y eficaz.

### **CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES: ANÁLISIS DE LOS HECHOS, ACTOS Y NEGOCIOS CON RELEVANCIA JURÍDICA**

- 1) Adquisición de la vivienda en régimen de cooperativa y constitución de garantía. Resolución del contrato y recuperación de las cantidades entregadas a cuenta por Juan y Manuela. Régimen de responsabilidades.**
- 2) Contrato de fecha 30 de julio de 2013 entre la empresa constructora BBBB y la subcontratista CCCC: examen de la cláusula de aplazamiento de pago.**
- 3) Acción de responsabilidad entablada por Valentín y Rosa como consecuencia de los defectos en su vivienda. Examen del régimen de responsabilidades exigido, y de las excepciones opuestas por los codemandados. Examen de las cuestiones procesales.**
- 4) Acción de repetición del constructor frente a los demás agentes de la edificación.**
- 5) Acciones ejercitadas por Valentín y Rosa frente al Banco M en relación con el préstamo con garantía hipotecaria. Aplicación de la normativa de protección a los consumidores. Validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, de intereses, de ejecución extrajudicial y de atribución de costes a la parte prestataria.**



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Escuela Judicial

Sección de Selección

**PRUEBAS SELECTIVAS PARA LA PROVISIÓN DE 50 PLAZAS, ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA CON MÁS DE DIEZ AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL EN LAS MATERIAS PROPIAS DE LOS ÓRGANOS DEL ORDEN CIVIL, DEL ORDEN PENAL O DE LOS ÓRGANOS CON JURISDICCIÓN COMPARTIDA, PARA EL ACCESO A LA CARRERA JUDICIAL POR LA CATEGORÍA DE MAGISTRADO O MAGISTRADA**

**NOTA INFORMATIVA**

El Tribunal calificador de las pruebas selectivas, en el acta nº 26 correspondiente al día 10 de febrero de 2017, fecha de la realización del dictamen correspondiente a la jurisdicción civil, adoptó el siguiente acuerdo:

**QUINTO:** *A las 15 horas y cuarenta y cinco minutos se advierte un error en la redacción del supuesto práctico, en la página 3, línea cuarta, consistente en que, donde dice "legal del dinero", debe decir, "legal de demora". Se advierte de dicho error a los aspirantes, y se indica cómo debe ser corregido, y el sentido correcto de la frase.*