

## Estructura legal de la operación económica de compra financiada de un inmueble en planos

José Antonio **CAMPOS BERMÚDEZ\***

TEMA RELEVANTE

*El autor analiza si, frente a los problemas generados en el marco de un contrato de compraventa financiada de un inmueble en planos por el incumplimiento del promotor inmobiliario (edificios no construidos, inconclusos, no inscritos, inscritos pero con cargas, etc.), la entidad bancaria –que financia tanto al promotor como a los consumidores– debería tener un grado de responsabilidad, dada la apreciación de unidad comercial que conforma con el promotor; a los ojos de los consumidores. Así, revisa de manera particular la respuesta legal y jurisprudencial española a dichos problemas, y contrastándola con las disposiciones de nuestro Código de Consumo, llega a concluir que tal cuerpo normativo no ha recogido las normas del Derecho comparado sobre crédito al consumo.*



### MARCO NORMATIVO:

Código Civil: arts. 1428, 1534 y 1885.

Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571 (02/09/2010): arts. 77 y 81.

### INTRODUCCIÓN

El incremento de los proyectos inmobiliarios que viene experimentando nuestro país no solo ha generado una dinámica económica sino también jurídica por una serie de conflictos que se han generado a consecuencia del incumplimiento de las promotoras inmobiliarias: edificios no construidos, inconclusos, no inscritos, inscritos pero con cargas, etc.,

conflictos de los que se ha dado cuenta incluso en los medios de comunicación.

En este trabajo se analizará la problemática que se presenta por el incumplimiento del promotor inmobiliario, en el marco de un contrato de compraventa de un inmueble en planos cuya parte del precio es financiado por una entidad bancaria, analizando si esta debe tener un grado de responsabilidad, teniendo en cuenta su participación como financistas del promotor y de los adquirentes compradores, con especial referencia al caso español, que tiene desde 1968 una solución a muchos de los problemas que aquí se están presentando.

Veremos, seguidamente, cómo si bien estos proyectos inmobiliarios se estructuran a través de tres relaciones jurídicas autónomas: la primera entre el banco y el promotor inmobiliario por el préstamo que aquel otorga a este para la edificación (préstamo promotor), la

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios concluidos en la Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Campos, Herbozo & Toribio Abogados.

segunda, entre el vendedor (y a su vez promotor inmobiliario) con el comprador para la adquisición del bien y la tercera entre este último con el banco que financia la adquisición del bien (préstamo finalista), en realidad ellas conforman una sola relación jurídica trilateral, una operación económica global.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor (Código de Consumo), aprobado hace 5 años, inexplicablemente no ha recogido las normas del Derecho comparado sobre crédito al consumo, ni ha prestado suficiente atención al fenómeno de la coligación o vinculación negocial en que se desenvuelven las relaciones jurídicas antes indicadas. El consumidor a crédito es un concepto que carece de definición normativa en nuestro país.

Frente a esta problemática sin una adecuada solución, cabe preguntarse, ¿el banco pudo evitar que se produzcan estos eventos, imputables *a priori* al promotor inmobiliario? Si los intereses del banco y del cliente finalista se satisfacen con la inscripción de la propiedad y la hipoteca en el registro, y el banco es un proveedor profesional que gestiona sus riesgos de manera especial, presupuestando así que el incumplimiento del promotor inmobiliario (su cliente) ocasionará la insatisfacción de

sus propios intereses y el de sus clientes finalistas, ¿no es acaso culpable el banco de que, por una inadecuada gestión de sus riesgos contractuales<sup>1</sup>, esa operación económica global se frustre o genere daños?

## I. ESTRUCTURA DE LA OPERACIÓN ECONÓMICA GLOBAL

### 1. El promotor inmobiliario

Empecemos con la descripción del agente que da inicio a la operación: el promotor inmobiliario. La norma sectorial<sup>2</sup> lo define como la persona natural o jurídica, pública o privada, que de manera individual o en asociación con terceros, identifica oportunidades de inversión, obtiene el financiamiento, ejecuta la obra directamente o bajo contrato con terceros, administra, promueve y comercializa una edificación, para la posterior venta o alquiler a terceros.

En el ámbito del sistema de protección al consumidor, el promotor inmobiliario es considerado como proveedor típico, pues es tratado especialmente en el Código de Consumo, que le dedica el Capítulo IV del Título IV y esto se explica por la dinámica del sector de la construcción que ha generado una abundante casuística por la falta de idoneidad de productos o servicios de este tipo.

Básicamente se regula en él la obligación del promotor inmobiliario de proporcionar información sobre las características del inmueble, sobre la documentación del procedimiento de titulación, así como sobre los materiales empleados en la construcción y en los acabados.

En lo que atañe al interés de este trabajo, en el inciso f del artículo 77.1, se establece que en la venta de inmuebles sobre planos o de bienes futuros, el proveedor debe devolver el íntegro de los pagos adelantados efectuados por todo concepto a sola solicitud del consumidor, en caso de que la prestación no se llegue a ejecutar por causas atribuibles al proveedor. Se precisa más adelante en el inciso h que el proveedor debe proporcionar el documento que acredite la aprobación del proyecto de habilitación urbana o el anteproyecto de arquitectura, según corresponda.

### 2. El financiamiento de la obra. El contrato de préstamo promotor

El contrato de préstamo promotor que permitirá financiar la operación no tiene regulación en la norma sectorial de edificaciones, la cual no se ocupa del banco financiador como agente sujeto de derechos y responsabilidades en la ejecución de estos proyectos inmobiliarios<sup>3</sup>.

Este contrato tampoco tiene regulación en el sistema de protección

1 Esta responsabilidad podrá ser adecuadamente establecida si ponemos especial atención al último desarrollo que han alcanzado la gestión de riesgos de los bancos (riesgos operacionales y riesgos de crédito), los mismos que inciden en la valoración de su conducta diligente y que es menester comunicar y reafirmar en el derecho civil. Estos riesgos se encuentran previstos en el derecho financiero con sustento en acuerdos internacionales. No se trata de la objetivización de su responsabilidad sino de la revigorización de su culpabilidad. Esta tarea sin embargo por razones de espacio, se desarrollará en otro trabajo.

2 Artículo 9 del Reglamento Nacional de Edificaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-2006-VIVIENDA, publicado el 8 de junio de 2006.

3 Son actores del proceso de edificación de acuerdo con el artículo 1 y siguientes del Decreto Supremo N° 011-2006-VIVIENDA, el propietario, el promotor inmobiliario, los profesionales responsables del proyecto, las personas responsables de la construcción, las municipalidades, las personas responsables de la revisión de proyectos y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

## UNIDAD ECONÓMICA BANCO-PROMOTOR

VINCULACIÓN  
NEGOCIAL

1. Banco que otorga préstamo promotor es el mismo que otorga préstamos finalistas.
2. Asesoramiento del banco al promotor: publicidad gratuita del proyecto en la web y agencias. Licencia de uso de la marca del banco.
3. Captación de compradores de las unidades inmobiliarias es realizada por ejecutivos del banco (dentro del proyecto o en el mismo banco) y por el promotor, quien los deriva al banco.
4. Préstamo del banco al comprador es depositado directamente a la cuenta del promotor en el mismo banco, de donde este debita cuotas del préstamo promotor. El consumidor solo firma el *voucher*.
5. Contrato de préstamo finalista nace vinculado al contrato de adquisición. El primero se causaliza al segundo, pues se estipula que finalidad del préstamo es exclusivamente financiamiento del inmueble de existencia futura descrito en contrato de compraventa.
6. Préstamo finalista constituye una cláusula adicional inserta en el contrato de adquisición, conformando ambos la misma escritura pública y se presenta así a registro.

al consumidor, que solo contempla la posibilidad de financiamiento del precio de venta al consumidor final, esto es, el préstamo a los compradores de las unidades de vivienda, pero no se ocupa del préstamo otorgado para la construcción del edificio compuesto por aquellas. Esto es así porque el promotor inmobiliario que desarrolla una actividad empresarial no es considerado consumidor.

No obstante esta falta de regulación especial, los bancos desde hace mucho tiempo, a la par con el boom inmobiliario de las últimas décadas, tienen un producto denominado **préstamo promotor**, que consiste precisamente en una línea

de financiamiento para la construcción de proyectos inmobiliarios<sup>4</sup>, un financiamiento a la construcción que se adapta a las necesidades del constructor y/o promotor de viviendas, que lo asesora y financia desde el inicio hasta el fin<sup>5</sup>.

Los requisitos comunes que los bancos exigen para el otorgamiento de los préstamos son el currículum de la empresa promotora, sus estados financieros e información crediticia de ella y los accionistas, así como memoria descriptiva, planos, presupuesto de la obra, anteproyecto aprobado o licencia definitiva de obra, entre otra documentación relacionada al proyecto.

Se trata este préstamo promotor de uno con garantía hipotecaria, pues para el desembolso se tiene que constituir hipoteca de primer rango a favor del banco sobre el terreno y todo lo que se construya en el mismo, es decir es un crédito cuyo pago es garantizado con el predio matriz sobre el cual se efectuará la edificación.

Adicionalmente, y demostrando el grado de colaboración jurídicamente relevante, como veremos más adelante, entre el banco y el promotor inmobiliario en la ejecución del proyecto, este producto financiero comprende un asesoramiento del banco al promotor, publicidad gratuita de su proyecto en la web y las agencias, algunas veces licencia de uso de la marca del banco, entre otras características.

### 3. El contrato de compraventa de bien futuro. La preventa

Luego del otorgamiento del crédito, el promotor, con la colaboración del banco, hará la preventa de los departamentos, la que se realiza antes de que concluya su edificación. Es generalmente en esta etapa que se logra vender la mayor cantidad de unidades inmobiliarias. Ahora bien, si estos aún no existen, la compraventa que se efectúa es de bienes futuros.

Esto que se ha denominado comercialmente preventa, o venta en planos, es formalizado mediante un contrato de compraventa de bienes futuros que se celebra al amparo

4 BBVA Continental. Disponible en: <<https://www.bbvacontinental.pe/empresas/financiacion-y-cobertura-de-riesgo/financiacion/linea-de-financiamiento-promotor/>> (consulta: 29/09/2015).

5 Banco de Crédito del Perú. Disponible en: <<https://www.viabcp.com/wps/portal/viabcpp/empresas/que-necesitas/soluciones-financiamiento/empresas-contenido/>> (consulta: 29/09/2015).

de lo dispuesto en el artículo 1534 del Código Civil, contrato que está sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia, lo cual ocurrirá cuando el bien se inscriba en el registro.

Esta modalidad de contrato ha dado operatividad a este tipo de proyectos inmobiliarios, pues ha permitido que el promotor acceda a recursos dinerarios (las cuotas iniciales) desde antes y durante la construcción de la obra, posibilitándole con ello el amortizar al banco las cuotas del préstamo promotor y ha permitido también que el banco financiador incorpore nuevos clientes a quienes ofrecen los nuevos préstamos (préstamos finalistas), que forman parte de esta operación económica global.

En los contratos de compraventa de bienes futuros se identifica la unidad inmobiliaria vendida y se describe el bien, pero se señala que el mismo se encuentra en proceso de construcción, es decir que se trata de un bien futuro cuya entrega se efectuará en un plazo determinado.

Asimismo, en este contrato se establece que parte del precio de venta (por lo general entre el 70 y 90 %), será financiado con el préstamo finalista que el comprador obtenga del banco, el cual generalmente es el mismo que otorgó el préstamo promotor. Esto forma parte del diseño de esta gran operación económica global. Como vamos observando, el banco es el eje de este proyecto inmobiliario, pues contrata con el promotor de un lado y con el consumidor finalista del otro. Más adelante, cuando tratemos la colaboración que determina la vinculación contractual

entre estos contratos, nos ocuparemos más acerca de este preponderante rol del banco.

**4. El financiamiento del precio de venta. El contrato de préstamo finalista**

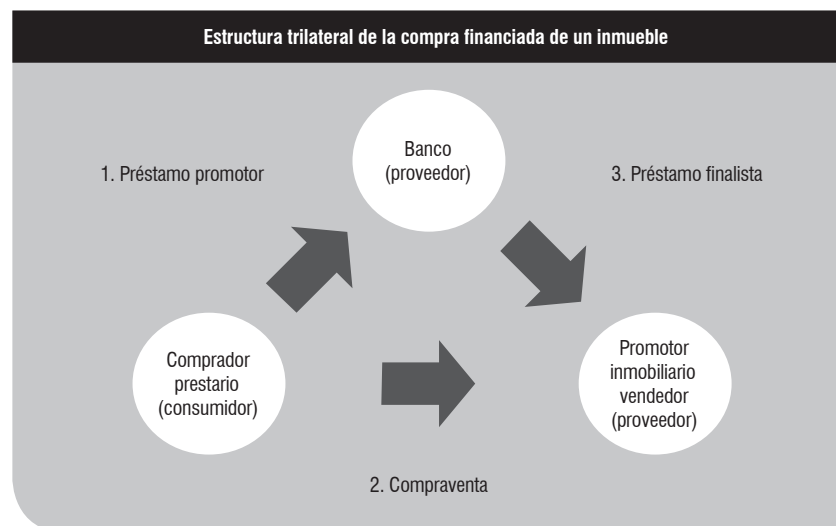
El Código de Consumo contempla en sus artículos 77.3 y 77.4 la posibilidad de que el financiamiento del precio de venta o parte de él sea efectuado mediante el mismo proveedor o mediante una entidad financiera, respectivamente, siendo este último supuesto lo más común y de lo que trata este trabajo.

El préstamo que otorga el banco financista al comprador del bien destinado al pago del saldo del precio, se formaliza mediante un contrato de préstamo dinerario con garantía hipotecaria sujeta a condición suspensiva. Como ya hemos señalado, de acuerdo con el diseño de la operación, el banco prestamista de este crédito es el mismo banco que otorgó el préstamo promotor.

En este contrato se describe las condiciones del préstamo, plazos, intereses, seguros y demás datos aplicables, pero lo que más interesa a este trabajo es que, por lo general, este negocio jurídico se causaliza, pues se estipula que la finalidad del préstamo es exclusivamente el financiamiento de la adquisición del inmueble de existencia futura que se describe en el contrato de compraventa.

Es decir, este contrato de préstamo nace vinculado al contrato de adquisición, tanto así que en la mayoría de los casos, el contrato de préstamo constituye una cláusula adicional inserta en el contrato de adquisición, conformando ambos la misma escritura pública, el mismo kárdex notarial.

Además, el préstamo que otorga el banco al comprador del bien para el pago del saldo del precio, es entregado directamente al promotor inmobiliario a una cuenta que este tiene en el mismo banco, de donde este podrá debitar las cuotas



del préstamo promotor. El consumidor solo firma el *voucher*.

En este contrato se acuerda que la hipoteca se encuentra sujeta a la condición suspensiva de que el bien llegue a existir en un determinado plazo, es decir, la misma condición del contrato de compraventa de bien futuro.

Como podemos observar, detrás de esas tres relaciones jurídicas obligatorias: banco-promotor, comprador-vendedor y banco-finalista, en realidad existe una gran relación jurídica trilateral, con un interés común: que se concluya la obra y que los departamentos, antes bienes futuros, adquieran existencia jurídica con su inscripción en el registro. De esta manera, el banco podrá satisfacer sus intereses: el cobro del crédito otorgado al promotor y la inscripción de la hipoteca que garantiza el crédito otorgado a los prestatarios finalistas, es decir, aquellos que compraron los departamentos con el financiamiento del banco.

##### **5. La colaboración entre el banco y el promotor en la operación económica global**

Entre el banco financiero y el promotor inmobiliario, existe lo que se ha denominado una unidad económica<sup>6</sup>, una colaboración de mutuo

beneficio que se consolida en el hecho de que para el desarrollo del proyecto inmobiliario de esta operación económica global, el banco que otorgó el préstamo promotor es el mismo que otorga los préstamos finalistas a los compradores de las unidades inmobiliarias.

Demostrando el grado de colaboración jurídicamente relevante, el producto financiero de préstamo promotor comprende un asesoramiento del banco al promotor, publicidad gratuita de su proyecto en la web y las agencias y, algunas veces, licencia de uso de la marca del banco. Además, la captación de los consumidores compradores de las unidades inmobiliarias es realizada por el mismo banco, a través de sus ejecutivos de cuentas (dentro del proyecto o en el mismo banco) o a través del ejecutivo del mismo promotor.

Otro fuerte indicio de vinculación negocial lo constituye el hecho de que el préstamo que otorga el banco al comprador del bien para el pago del saldo del precio es entregado directamente al promotor inmobiliario a una cuenta que este tiene en el mismo banco, de donde este podrá debitar las cuotas del préstamo promotor. El consumidor solo firma el *voucher*.

El banco además conserva un fondo de garantía que es cubierto con una parte de los desembolsos de los préstamos finalistas, garantía que será entregada al promotor al término de la operación, es decir, cuando se cancele el préstamo promotor, lo cual ocurre cuando se inscribe la fábrica y se independizará las unidades inmobiliarias. Este fondo sin embargo, solo beneficia al banco, aunque debería beneficiar también a sus clientes, con quienes tiene suscritos los préstamos finalistas. Ello en caso el promotor no cumpla con sus obligaciones.

Como ya lo anotamos antes, como corolario de la imbricación contractual, tenemos que el negocio jurídico del préstamo finalista se causaliza, pues se estipula que la finalidad del préstamo es exclusivamente el financiamiento de la adquisición del inmueble de existencia futura que es descrito en el contrato de compraventa. Es decir, este contrato de préstamo nace vinculado al contrato de adquisición, tanto así que en la mayoría de los casos, el contrato de préstamo constituye una cláusula adicional inserta en el contrato de adquisición, conformando ambos la misma escritura pública, el mismo kárdex notarial que se presentará así a registro.

<sup>6</sup> Concepto que proviene de la jurisprudencia alemana desde 1956, admitido por la doctrina y recogido en la legislación de ese país y en las directivas de crédito al consumo (unidad comercial). Los tribunales alemanes identificaron desde 1956 la existencia del nexo de unión entre las relaciones del contrato de adquisición y el de crédito con el concepto de *wirtschaftliche Einheit* (unidad económica), de acuerdo con el cual podía hablarse de una comunicación recíproca de vicisitudes entre los contratos cuando el grado de imbricación interna entre ellos era tal que ninguno se hubiera concluido sin el otro. Luego la *VerbraucherKreditgesetz*, Ley alemana de Crédito al Consumo (1990) prescindió del requisito del acuerdo previo en exclusiva para aplicar los efectos de la vinculación, ratificando lo construido en su jurisprudencia, en el sentido de exigir solo que las relaciones constituyan una unidad económica, acreditada ella a partir de elementos objetivos de cooperación. Esta noción de unidad económica fue incorporada luego (2002) en el numeral 3 del párrafo 358 del BGB, el cual define a los contratos vinculados (*Verbundene Verträge*) así: "Un contrato de adquisición de bienes o servicios de otra naturaleza, y un contrato de crédito se hallan conectados, si el crédito sirve total o parcialmente a la financiación del otro contrato y ambos forman una unidad económica. En particular, una unidad económica existe cuando el prestamista financia la contraprestación del consumidor o, en caso de financiación por tercero, cuando el prestamista se sirve de la colaboración del proveedor en la preparación o conclusión del contrato de crédito".

## II. CONFLICTOS GENERADOS: EDIFICIOS NO CONSTRUIDOS, INCONCLUSOS, NO INSCRITOS, INSCRITOS PERO CON CARGAS, ETC. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El incremento de los proyectos y negocios inmobiliarios que viene experimentando nuestro país no solo ha generado una dinámica económica sino también social y jurídica por una serie de conflictos que se han generado, tales como edificios no construidos, inconclusos, no inscritos o inscritos pero con cargas, etc.

De la deficiente tutela del consumidor a crédito que adquiere un inmueble en planos y del incumplimiento de las empresas inmobiliarias han dado cuenta no solo los medios de comunicación, sino además el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Sin embargo, la perspectiva de solución en esta sede administrativa se encuentra limitada, pues se observa a estos conflictos solo desde la actividad del constructor o promotor

inmobiliario, pero no de la actividad del agente bancario, que es parte de la operación económica y, según hemos visto, tiene un rol preponderante.

En efecto, la labor del Indecopi en estos conflictos se ha dirigido únicamente a sancionar a las constructoras o promotoras inmobiliarias y a ordenarles medidas correctivas, no siempre cumplidas o eficientes; sin embargo, no ha puesto su atención en las entidades financieras, y eso se explica porque, desde una perspectiva restringida, se entiende que no son estas las que ofrecen el bien sometido a reclamo. Y es que se considera que de la idoneidad del bien (su entrega física y jurídica en las condiciones pactadas), tiene que responder solo el promotor inmobiliario pero no el banco, cuya participación se limitó al otorgamiento del préstamo para la adquisición del bien, o sea que el servicio que ofrece es solo financiero.

Este es el estado de la cuestión, los bancos solo responden ante el Indecopi cuando se trata de falta de

idoneidad de los servicios financieros pero, en rigor, desde esta chata perspectiva positivista, los problemas descritos no lo son. Además, al no ser competentes para otorgar resarcimientos, los consumidores tendrían que recurrir al Poder Judicial, pero este se encuentra imbuido también del mismo horizonte restringido.

Además, ambos tipos de tutela no son explorados por los consumidores afectados debido a que, tanto en los contratos de adquisición como en los de préstamo finalista, se incluyen cláusulas de exoneración de responsabilidad de los bancos por los incumplimientos del promotor o la falta de idoneidad del bien que ofrecen; impedimentos que se han visto infranqueables por los abogados de los consumidores, en un sistema legalista como el nuestro, de pobre desarrollo jurisprudencial y desactualizada doctrina.

Este déficit de protección que ha sido remediado en Europa a través del reconocimiento de la coligación negocial<sup>7</sup> se encuentra presente en nuestro país, no obstante que, como

7 Francia fue el primero en regular la concesión del crédito desde la perspectiva de tutela del consumidor: art. L311-21 del Code de la Consommation (1978): “Cuando el pago del precio del bien o servicio es total o parcialmente financiado por un préstamo otorgado por el proveedor o por un tercero sobre la base de un acuerdo celebrado entre dicho tercero y el proveedor, el ejercicio del consumidor de su derecho de desistimiento conlleva la anulación de pleno derecho del contrato de crédito destinado a garantizar el financiamiento, sin costo o indemnización, con la eventual excepción de los gastos efectuados para la apertura de la línea de crédito”; La Ley italiana N° 142 (1992) primer o y después el artículo 42 de Codice del Consumatore (2005): “En los casos de incumplimiento del proveedor de bienes o servicios, el consumidor que haya efectuado inútilmente la constitución en mora tiene derecho de actuar contra el financiador en los límites del crédito concedido, a condición de que exista acuerdo que atribuye al financiador la exclusividad para la concesión de crédito a los clientes del proveedor. La responsabilidad se extiende también al tercero, al cual el financiador haya cedido los derechos derivados del contrato de concesión de crédito”; en Alemania, sus tribunales identificaron desde temprano (1956) la existencia del nexo de unión entre las relaciones con el concepto de *wirtschaftliche Einheit* (unidad económica), de acuerdo con el cual podía hablarse de una comunicación recíproca de vicisitudes entre los contratos cuando el grado de imbricación interna entre ellos era tal que ninguno se hubiera concluido sin el otro. Luego la Ley alemana de Crédito al Consumo (1990) prescindió del requisito del acuerdo previo en exclusiva para aplicar los efectos de la vinculación, ratificando lo construido en su jurisprudencia, en el sentido de exigir solo que las relaciones constituyan una unidad económica, acreditada ella a partir de elementos objetivos de cooperación. Esta noción de unidad económica fue incorporada luego (2002) en el numeral 3 del parágrafo 358 del BGB, el cual define a los contratos vinculados así: “Un contrato de adquisición de bienes o servicios de otra naturaleza, y un contrato de crédito se hallan conectados, si el crédito sirve total o parcialmente a la financiación del otro contrato y ambos forman una unidad económica. En particular, una unidad económica existe cuando el prestamista financia la contraprestación del consumidor o, en caso de financiación por tercero, cuando el prestamista se sirve de la colaboración del proveedor en la preparación o conclusión del contrato de crédito”.

La Directiva 87/102 de la Unión Europea (1987) sobre crédito al consumo, que reconoce esta modalidad de vinculación contractual, fue actualizada por la Directiva 2008/48/CE (2008) que en su art. 3.n dispone que para que exista un “contrato de crédito vinculado” es necesario que concurran dos presupuestos: (1) que el contrato en cuestión sirva exclusivamente para financiar un contrato de adquisición de bienes o servicios específicos; y (2) que los dos contratos constituyan una unidad comercial desde un punto de vista objetivo.

se ha empezado a reconocer, estos esquemas trilaterales de financiación se han convertido en una realidad en la comercialización de todo tipo de bienes de consumo durables del alto o mediano costo y en el mercado inmobiliario, tan activo en los últimos años<sup>8</sup>.

En el inciso f del artículo 77.1 del Código de Consumo se establece de manera general que, en caso de que la prestación no se llegue a ejecutar por causas atribuibles al proveedor, este debe devolver el íntegro de los pagos adelantados efectuados por todo concepto a la sola solicitud del consumidor. Esta estipulación no es abarcadora, sin embargo, de las múltiples situaciones que se pueden generar, y no es más que la consecuencia del efecto restitutorio de la resolución contractual del Derecho Civil común.

Ahora bien, el subsistema de protección del consumidor en esta materia de financiamiento bancario cede espacio a otro subsistema a consecuencia del influjo del poder de las entidades financieras, a quienes se delega la potestad de detallar las condiciones del préstamo, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el código y las emitidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (art. 81)<sup>9</sup>. Es decir, será el sistema legal financiero el que tendrá la voz

cantante en este tipo de operaciones crediticias.

### **III. LA SOLUCIÓN ESPAÑOLA. LA LEY 57/1968 Y LA JURISPRUDENCIA QUE LA CONSOLIDA**

#### **1. Obligación de devolución del dinero adelantado por incumplimiento del promotor en España. La Ley 57/1968**

En España existe una regulación especial que ha permitido resolver algunos de los problemas tratados aquí, sin plantearse aún el carácter coligado de la relación pero introduciendo al agente bancario en la solución. Nos referimos a la Ley 57/1968, del 27 de julio, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de las viviendas de renta libre.

Ocurre que durante la década de los sesenta del pasado siglo, numerosas familias que pagaron cuotas iniciales para la adquisición de viviendas en construcción, se quedaron sin estas y sin poder recuperar las cantidades que habían entregado, debido, en algunos casos incluso, a la comisión de auténticas estafas que produjeron una situación de manifiesta alarma social que fue el motivo desencadenante de la promulgación de la referida ley<sup>10</sup>.

Lo que pretendió esta ley, que no tiene semejanza en el Perú, era

garantizar la devolución del dinero entregado anticipadamente por el comprador de la vivienda **si la construcción no llega a iniciarse o si no concluye en el plazo previsto, o no llega a obtenerse la cédula de habitabilidad o la licencia de ocupación de la vivienda.**

Esta devolución era posible gracias a un aval que debía ser otorgado por las entidades financieras en la que se abría una cuenta especial a nombre del promotor inmobiliario donde se depositaban los adelantos. De esta manera, producidas las referidas situaciones de incumplimiento, el artículo 3 permitía al comprador resolver el contrato exigiendo del promotor y de las entidades garantes (los bancos) la devolución del dinero entregado anticipadamente incrementado con los correspondientes intereses legales.

La ley exige, para su aplicación, que las viviendas sean destinadas a domicilio o residencia familiar con carácter permanente, o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial, por lo que únicamente estarán protegidos los compradores que sean destinatarios finales de las viviendas (es decir, consumidores), sin que pueda aplicarse ella a las compras especulativas o las realizadas con la finalidad de introducir la vivienda o apartamento adquirido a un proceso productivo o comercial.

8 VÁSQUEZ REBAZA, Walter. "Los financiamientos trilaterales en el marco de las operaciones de crédito al consumo y la teoría de la coligación contractual". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 10, Tomo II, Círculo de Derecho Administrativo. Lima, 2011, p. 189.

9 El influjo de este poder se manifiesta cuando se establece el principio de especialidad a favor del sistema legal financiero. En efecto, se señala que la regulación y supervisión del sistema financiero así como los productos y servicios se rige en virtud del principio de especialidad normativa por la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

10 Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Disponible en: <[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1968-909](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1968-909)> (consulta: 29/09/2015).

## 2. La jurisprudencia española refuerza la protección de la Ley 57/1968 y se pronuncia sobre la mala praxis bancaria

En España se han dictado en los últimos años muchas sentencias que han extendido la protección de la Ley 57/1968. Una de ellas es la emitida en un caso que involucra a compradores a quienes no se les otorgó los avales bancarios por las cantidades anticipadas, que reclamaron solidariamente a la entidad bancaria y a la promotora la devolución de los importes pagados, puesto que esta nunca finalizó las obras.

La sentencia confirmada de fecha 8 de junio de 2012<sup>11</sup>, declaró resueltos los contratos de compraventa de 55 inmuebles y ordenó a la entidad bancaria la devolución de todas las cantidades pagadas, estableciendo así su responsabilidad solidaria con la promotora, aunque no fuese parte del contrato de compraventa y no entregó aval a los compradores por dichas cantidades pagadas a cuenta, en razón de que dicho banco era conecedor de que los ingresos pagados por los compradores en las cuentas que la promotora tenía abiertas a su nombre, lo eran para la compraventa de unas viviendas en una promoción inmobiliaria, pero hizo dejación absoluta de sus obligaciones impuestas por la Ley 57/68 **incurriendo en mala praxis bancaria** puesto

que, por interpretación del artículo 1.2, **debió haber exigido al promotor la apertura de una cuenta especial**, distinta de cualquier otra clase pertenecientes al promotor, y de las que únicamente podría disponer para atender a la construcción de las viviendas, máxime si la **entidad bancaria era la única entidad que financiaba la promoción y se beneficiaba de dicho negocio inmobiliario**.

Es pertinente retornar un momento a nuestras fronteras para recordar que el banco de nuestros proyectos inmobiliarios, además de financiar exclusivamente la construcción del edificio con el préstamo promotor, financian también al consumidor comprador con el préstamo finalista. Es decir su involucramiento con la operación económica global es aún mayor.

En esta sentencia además, el juzgado rechazó la oposición de la promotora que alegó que la obra se detuvo porque la corporación municipal le suspendió los efectos de la licencia urbanística otorgada y porque había una causa impeditiva para su conclusión, como era la existencia de una conducción aérea eléctrica. Al respecto, la Sala indicó que la falta de traslado de la línea de alta tensión que atraviesa la promoción recae sobre la promotora, en virtud del artículo 17 de la Ley de evaluación ambiental de

Castilla-La Mancha y que, por lo tanto, la falta de concesión de licencia de primera ocupación –y de ahí la cédula de habitabilidad– es imputable en exclusiva a la promotora<sup>12</sup>.

Esta sentencia además atendió al hecho no menos importante de que no pocas sentencias de condena a las empresas promotoras no habían podido ejecutarse por la insolvencia de estas, cosa que no ocurre con el banco que siempre es solvente.

Afianzando el carácter vinculante de esta precursora tutela legal, en la sentencia de Zaragoza de octubre de 2012, se señala el carácter irrenunciable de la ley y la ineficacia de cualquier término contrario al texto de la norma. Se afirma que **es el banco avalista que contrata con la promotora, el que tiene que controlar** que esta cumpla con sus obligaciones. En efecto, es el banco y no el comprador el que tiene que seguir el rastro del dinero que pagó al vendedor<sup>13</sup>.

En la sentencia de Madrid de febrero 2013, se considera que la responsabilidad del banco es por la mera existencia de línea de avales, con independencia de la existencia o no de cuenta especial, y en la Albacete del 11 de abril de 2013, se destaca que la eficacia de la Ley 57/68 no puede obstruirse por razones formales ni mucho menos por la actuación de la entidad bancaria

11 Recaída en el juicio ordinario 182/2011 emitida por un juzgado de primera instancia de Albacete que fue confirmada por la Audiencia Provincial el 11 de febrero de 2013. Gustavo Calero Monereo. Comentario del 27 de agosto de 2013 a “Importante sentencia para compradores de viviendas sin aval bancario no finalizadas por la promotora”. Disponible en: <[http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/inmobiliario\\_y\\_construccion/importante-sentencia-para-compradores-de-viviendas-sin-aval-bancario-no-finalizadas-por-la-promotora](http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/inmobiliario_y_construccion/importante-sentencia-para-compradores-de-viviendas-sin-aval-bancario-no-finalizadas-por-la-promotora)> (consulta: 29/09/2015).

12 “El Derecho local”. Disponible en: <[http://www.derecholocal.es/novedades\\_jurisprudencia\\_ampliada.php?id=CATPJ:7DC1AACD](http://www.derecholocal.es/novedades_jurisprudencia_ampliada.php?id=CATPJ:7DC1AACD)> (consulta: 29/09/2015)

13 DE CASTRO, María. Comentario del 1 de julio de 2013 a “Los bancos y su responsabilidad en los desastres sobre plano XII”. Disponible en: <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/los-bancos-y-su-responsabilidad-en-los-desastres-sobre-plano-xii>> (consulta: 25/09/2015).



o promotora y el ingreso o no en cuenta especial. Se señala que los efectos tutelares del aval solidario no pueden quedar condicionados al ingreso de las cantidades en una cuenta especial dado que no compete al comprador hacerlo, sino que ello es una obligación del promotor que el banco conoce. Tampoco no puede condicionarse a la comunicación a la entidad bancaria de la realización de la compraventa, ni mucho menos a la aprobación o calificación positiva de la misma<sup>14</sup>.

En la Sentencia N° 25/2013 emitida por el Tribunal Supremo el 5 de febrero de 2013<sup>15</sup> se reiteró la doctrina jurisprudencial del TS, que establece como principio general, que la omisión del aval o garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes, implica una vulneración grave o esencial. Se indica que: “Tiene declarado la Sala que, para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento se han esgrimido por autorizada doctrina varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada ‘quiebra de la finalidad económica’. Pero,

en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por ‘producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin’. (STS, Civil sección 1 del 10 de noviembre de 2011. Recurso: 271/2009)”.

Como vemos se sanciona la responsabilidad de las entidades financieras incluso en caso de no haberse exigido aval de las cantidades depositadas, como lo contemplaba la ley, puesto que ellas conocían la naturaleza de esos ingresos, de esos anticipos a cuenta del precio por la adquisición de viviendas. Esta pasividad fundada en la formalidad de que no era una cuenta especial no las exonera de la obligación de exigir a la promotora el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley 57/1968 aludida.

Adicionalmente en una última sentencia de la Sala Civil del TS, de fecha 7 de mayo de 2014<sup>16</sup>, se ha establecido como doctrina jurisprudencial que cuando se demande el importe del aval exclusivamente al banco avalista, esta no podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1853 del Código Civil<sup>17</sup>, debiendo solo cumplir con abonar las cantidades una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega, por cualquier causa.

Para llegar a esa conclusión se ha señalado previamente que la regla del artículo 3 de la Ley 57/1968 es una norma de rescisión automática que permite la rescisión (resolución para nosotros) por incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda, siendo suficiente el cumplimiento de las condiciones que exige la Ley 57/1968, sin necesidad de examinar la causa de resolución vía artículo 1124 del Código Civil<sup>18</sup>.

Por ello, en vista de que el aval que garantiza las cantidades entregadas a cuenta al promotor, se basa en un claro criterio objetivo (que “por cualquier causa” la construcción no se inicie o no llegue a buen fin), en caso de incumplimiento, el banco avalista no podrá oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado. En consecuencia, una vez acreditado el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no se puede entrar a valorar si la demora es excesiva o no, sino que el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta.

Como vemos existe una prolija tutela legal y jurisprudencial al consumidor en esta materia en España, que haría falta que sea evaluada para su eventual aplicación en nuestro país. Lo importante es que hubo una reacción del derecho,

14 Ídem.

15 Disponible en: <<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/193747/sentencia-ts-25-2013-sala-1-de-5-de-febrero-compraventa-de-viviendas-avales-obligacion-de-en>> (consulta: 29/09/2015).

16 Disponible en: <<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3893-el-aval-por-las-cantidades-a-cuenta-entregadas-por-el-comprador-es-automaticamente-exigible-al-banco-en-caso-de-incumplimiento-del-plazo-de-entrega-pactado/>> (consulta: 29/09/2015).

17 Artículo 1853 del Código Civil español: “El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor”. Su homólogo peruano es el artículo 1885.- Excepciones del fiador contra acreedor: “El fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque este haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona”.

18 Su homólogo en el Perú es el **artículo 1428.- Resolución por incumplimiento:** “En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios (...)”.

como la podría haber aquí si apreciamos el carácter coligado de los contratos de que se compone la operación económica estudiada. La cosa es que se debata, al menos eso, y no nos quedemos rezagados en el tiempo sin hacer nada para cambiar el déficit de protección del que ahora acusamos. Lamentablemente, no hemos encontrado que se trate el tema del consumidor a crédito en los últimos eventos académicos sobre protección al consumidor.

### CONCLUSIONES

Si bien la operación económica de la adquisición financiada de un inmueble en planos se estructura a través de tres aparentes relaciones jurídicas: la primera entre el banco y el promotor inmobiliario por el préstamo que aquel otorga a este para la edificación (préstamo promotor), la segunda, entre el vendedor (y a su vez promotor inmobiliario) con el comprador para la adquisición del bien y la tercera entre este último con el banco que financia la adquisición del bien (préstamo finalista); en realidad conforman ellas una sola relación jurídica trilateral.

Entre el banco financista y el promotor inmobiliario, existe una unidad económica, una colaboración de mutuo beneficio que se revela a partir de que el banco que otorgó el préstamo promotor es el mismo que

otorga los préstamos finalistas a los compradores de las unidades inmobiliarias, los cuales son desembolsados directamente al promotor inmobiliario, y se consolida en el hecho de que el negocio del préstamo finalista se causaliza, pues la finalidad del préstamo es exclusivamente el financiamiento de la adquisición del inmueble de existencia futura descrito en el contrato de compraventa, es decir, el contrato de préstamo nace vinculado al contrato de adquisición, entre otros elementos objetivos que determina la coligación entre la adquisición y el préstamo.

En España, la Ley 57/1968 ha permitido resolver algunos de los problemas tratados aquí, contemplando la obligación de un aval bancario para garantizar la devolución del dinero entregado anticipadamente por el comprador de la vivienda si la construcción no llega a iniciarse o si no concluye en el plazo previsto, o no llega a obtenerse la cédula de habitabilidad o la licencia de ocupación de la vivienda. Contempla también que en la entidad financiera que otorga el aval, se abra una cuenta especial a nombre del promotor donde se depositen los adelantos.

La jurisprudencia ha extendido la protección de la ley, considerando al banco responsable solidario aunque no fuese parte del contrato de compraventa y no entregó

el referido aval, en razón a que era conocedor que los ingresos pagados por los compradores en la cuentas de la promotora, eran para la compraventa de las viviendas, pero hizo dejación absoluta de sus obligaciones impuestas por la Ley 57/68, incurriendo en mala praxis bancaria, al no exigir al promotor la apertura de una cuenta especial que únicamente podría atender la construcción de las viviendas, máxime si era la única entidad que financiaba la promoción y se beneficiaba de dicho negocio inmobiliario.

Pese a que nuestro Código de Consumo no ha recogido las normas del Derecho Comparado sobre crédito al consumo, ni ha prestado suficiente atención al fenómeno de la coligación o vinculación negocial en que se desenvuelve las tres relaciones jurídicas antes indicadas; en la medida en que los intereses del banco y del cliente finalista se satisfacen con la inscripción de la propiedad y la hipoteca en el registro, y el banco es un proveedor profesional que gestiona sus riesgos de manera especial presupuestando que el incumplimiento del promotor inmobiliario (su cliente) ocasionará la insatisfacción de sus propios intereses y el de sus clientes finalistas, consideramos que es culpable de que por una inadecuada gestión de sus riesgos contractuales, esa operación económica global se frustre o genere daños.