

LEGAL NEWSLETTER

DISPUTAS ABRIL 2018

Obligación de los intermediadores de pisos turísticos a informar a la Agencia Tributaria – RD 1070/2017

Por Antoni Faixó

I. NUEVA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN FISCAL

El Real Decreto 1070/2017, de fecha 29 de diciembre de 2017, modifica varias normas fiscales e introduce una nueva, que es la que analizamos en el presente artículo: en concreto se crea el artículo 54 ter del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria, con el siguiente título: "Obligación de informar sobre la cesión de uso de viviendas con fines turísticos".

En el preámbulo del citado Real Decreto se indica que se crea esta norma "con fines de prevención del fraude fiscal", sin mayor explicación.

Analizaremos en este artículo no sólo la norma en sí, sino también las críticas que la misma ha recibido y las dudas que existen a día de hoy respecto a su aplicabilidad.

II. SUJETOS Y OPERACIONES SUJETOS A LA NORMA

Están obligados a informar tanto personas físicas como jurídicas, que intermedien entre los cedentes y cesionarios del uso de viviendas con fines turísticos, ya lo hagan de forma gratuita o de forma onerosa.

La norma entiende como cesión del uso de viviendas con fines turísticos la cesión temporal de uso de la totalidad o parte de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, ya sea gratuita u onerosa. También indica que quedan excluidas las cesiones que se consideren arrendamiento de vivienda o subarrendamiento parcial de vivienda conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos, así como el derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.

En consecuencia, la norma se refiere a cualquier cesión de uso de vivienda distinto a un arrendamiento sometido a LAU.

La norma específica que estarán obligadas a informar las personas o entidades que estén constituidas como plataformas colaborativas, que tengan consideración de prestador de servicios de la sociedad de la información, y que intermedien en la cesión de uso, aunque no presten el servicio subyacente de cesión ni impongan condiciones como precio, plazos u otras.

Es decir, que la norma impone esta obligación a todas las plataformas online que permitan publicitar la cesión de uso de viviendas turísticas, aunque esas plataformas no sean las contratantes en sí y no participen en las condiciones del contrato.

III. INFORMACIÓN A PROPORCIONAR A LA AGENCIA TRIBUTARIA

Conforme a la norma del Real Decreto:

- (a) Identificación del titular de la vivienda y del titular del derecho en virtud del cual se cede, si fueren distintos. Es decir, que si quien cede es el arrendatario o usufructuario, debe identificarse tanto a éste como al propietario. La identificación incluye nombre y apellidos o denominación social, y NIF.
- (b) Identificación del inmueble con especificación del número de referencia catastral.
- (c) Identificación del cesionario: nombre y apellidos o denominación social, y NIF. La norma también dice que el cedente deberá conservar una copia del documento de identificación.
- (d) Días de disfrute de la vivienda.
- (e) Importe percibido por el cedente.

DISPUTES APRIL 2018

Obligation from tourist apartments' intermediaries to report to the Tax Agency – royal decree 1070/2017

By Antoni Faixó

I. NEW TAX REPORTING OBLIGATION

Royal Decree 1070/2017, on 29 December 2017, amends several tax rules and introduces a new one, which is the one analysed in this article: particularly, a new article 54 ter of the General Regulations of actions and proceedings of tax inspection and management is created with the following heading: "Reporting obligation on the assignment of use of apartments for tourist purposes".

The preamble of such Royal Decree states that this rule is created "in order to prevent tax fraud", with no other explanation.

We will analyse in this article not only the rule, but also all the reviews that the same has received and the doubts arisen in respect to its applicability.

II. PERSONS AND TRANSACTIONS SUBJECT TO THE RULE

Both legal and natural persons intermediating between assignors and assignees of the use of tourist apartments are obliged to report, either if they do it on a free of charge or an onerous basis.

The rule defines the assignment of use of tourist apartments as the temporary assignment to use the whole or part of a furnished and equipped house that can be immediately used, either on a free of charge or an onerous basis. The rule also sets forth that assignments considered as housing lease or housing partial sublease, as well as the assignment of timeshare rights of real estate, are excluded pursuant to the Urban Lease Act.

Therefore, the rule refers to any assignment to use a house other than a lease under the Urban Lease Act (LAU).

The rule specifies that persons or entities incorporated as collaborative platforms, which may be considered as service providers of the information society and which may intermediate in the assignment of use shall be obliged to report, although they may not render the underlying service of assignment or impose conditions such as the price, terms or otherwise.

In other words, the rule imposes this obligation to all online platforms that allow publicising the assignment of use of tourist apartments, although they may not be the contracting parties or participate in the contractual terms.

III. INFORMATION TO BE REPORTED TO THE TAX AGENCY

Pursuant to the Royal Decree rule:

- (a) Identification of the property owner and the holder of the right whereby the house is assigned, if they are not the same person. That is, if the person assigning is the lessee or the usufructuary, both this person and the owner must be identified. Such identification includes the name and surnames or corporate name and Tax Identification Number.
- (b) Identification of the real estate specifying the cadastral reference number.
- (c) Identification of the assignee: name and surnames or corporate name and Tax Identification Number. The rule also stipulates that the assignor shall keep a copy of the identification document.
- (d) Days the house is used.
- (e) Amount received by the assignor.

Adicionalmente, conforme establece el modelo de declaración 179:

- (f) Fecha de inicio de la cesión de la vivienda.
- (g) Número de contrato de la intermediación.
- (h) Fecha de intermediación en la operación.
- (i) Identificación del medio de pago utilizado.

IV. ENTRADA EN VIGOR

El Real Decreto 1070/2017 entró en vigor el 1 de enero de 2018, pero este nuevo artículo, al ser una nueva obligación, prevé que se aprobará una Orden Ministerial aprobando el modelo de declaración correspondiente y el plazo de presentación.

En este sentido, debemos decir que existe un Proyecto de Orden que aprueba el modelo 179 y que establece que deberá presentarse trimestralmente, en el mes siguiente al fin de cada trimestre, pero que en el año 2018, debido a su novedad, las declaraciones de los dos primeros trimestres podrán presentarse desde el 1 de julio hasta el 1 de diciembre de 2018, y que la declaración del tercer trimestre deberá presentarse en octubre de 2018 y la del cuarto trimestre deberá presentarse en enero de 2019.

No obstante, dicha Orden aún no ha sido publicada en el BOE, de modo que esta eficacia temporal no está confirmada por el momento.

V. CRITICAS PUBLICADAS Y POSIBLE SUSPENSION O ANULACION DE LA NORMA

En fecha 20 de marzo de 2018, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha emitido una nota de prensa informando que en fecha 22 de febrero remitió un requerimiento al Consejo de Ministros contra diversas disposiciones de la nueva norma: que no se obligue a todos los intervinientes en la transacción, porque ello puede suponer una carga sustantiva que suponga un efecto restrictivo de la competencia; que no deba identificarse al titular de la finca si no es quien cede el uso de la vivienda, que no deba identificarse al cesionario, ni informar de los días de cesión ni guardar un documento de identificación.

La nota de prensa indica que la CNMC puede recurrir la norma, de modo que es probable que así lo haga si el Gobierno no rectifica el artículo en cuestión.

Adicionalmente, debemos señalar que en fecha 22 de febrero de 2018, la Asociación Española de la Economía Digital emitió un comunicado informando de que el Tribunal Supremo había admitido a trámite su recurso contencioso-administrativo contra la nueva norma introducida en el Real Decreto 1070/2017.

En dicho comunicado, Adigital señala que también la Asociación Española de Asesores Fiscales (Aedaf) ha presentado recurso en el mismo sentido.

Parece claro, en consecuencia, que la nueva norma es objeto de controversia ya antes de su aplicación y que es perfectamente posible que la misma sea revocada parcial o totalmente.

VI. VALORACION

Tal y como indican las críticas comentadas, entendemos que la norma aquí analizada es demasiado exigente y rigurosa y que es difícil justificar su plena aplicabilidad.

En primer lugar, porque obliga a un rango de intervinientes demasiado amplio y que no son las partes naturales del contrato, con lo cual no está justificada dicha obligación.

En segundo lugar, porque el contenido de la información requerida es demasiado amplio, ya que los intervinientes requeridos para informar pueden no tener toda la información requerida, y puede haber datos requeridos que sean superfluos, como el dato del propietario de la vivienda si no es quien cede.

Sin duda esta materia requeriría una norma nacional más clara y desarrollada, ya que la existencia de normas locales y autonómicas distintas y variadas sobre las obligaciones relacionadas con este tipo de contratos crea una situación de inseguridad jurídica en todos los afectados.

Additionally, pursuant to that set forth in 170 Return Form:

- (f) Starting date of the house assignment.
- (g) Intermediation agreement number.
- (h) Intermediation date in the transaction.
- (i) Identification of the means of payment used.

IV. EFFECTIVE DATE

Royal Decree 1070/2017 became effective on 1 January 2018, but this new article, since it regulates a new obligation, provides for a Ministerial Order to be approved for approving the relevant return form and filing term.

In this regard, we must say that there is a Draft Order approving Return Form 179 that establishes that returns shall be filed quarterly, in the month following the end of each quarter, but that in year 2018, due to its newness, returns of the first two months may be filed from 1 July to 1 December 2018, the third quarter return shall be submitted in October 2018 and the fourth quarter return in January 2019.

However, such Order has not been published in the State Official Gazette (BOE) yet, so that this temporary efficacy is not for the time being confirmed.

V. REVIEWS PUBLISHED AND POSSIBLE STAY OR ANNULMENT OF THE RULE

On 20 March 2018, the National Commission of Markets and Competition (CNMC) has issued a press release informing that on 22 February it sent a formal request to the Council of Ministers against several provisions of this new rule: that not all parties involved in the transaction should be subject to such obligation, because this may imply a material charge meaning a restrictive effect on competition; that the property owner should not be identified if such person is not the one assigning the use of the property, that the assignee should not be identified, that the assignment days should not be reported and that the identification document should not be kept.

The press release indicates that the CNMC may challenge the rule, so that the CNMC may do so if the Government does not rectify the article in question.

In addition, we must state that on 22 February 2018, the Spanish Association of Digital Economy issued a released informing that the Supreme Court had admitted its contentious-administrative appeal to proceed against the new rule introduced in Royal Decree 1070/2017.

In such release, Adigital remarks that also the Spanish Association of Tax Advisors (Aedaf) has lodged an appeal with the same approach.

Therefore, it is clear that the new rule is controversial even before its application and that it is perfectly probable that the same may be totally or partially revoked.

VI. ASSESSMENT

As mentioned in the reviews above, we understand that the rule is too demanding and severe so that its full applicability is hardly justifiable.

Firstly, because the rule sets obligations on a too broad range of parties involved which are not the natural parties to the agreement, so that such obligation is not justified.

Secondly, because the contents of the information required is too wide, since the parties involved and required to report may not have all the information and some required data may be unneeded, such as the details of the owner of the house if such person is not the assignor.

This subject would undoubtedly require a more transparent and developed national rule, since the existence of different local and regional rules on the obligations relating to this kind of agreements leads to a legal uncertainty situation on all the affected parties.

Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo sobre el pago de los gastos de la escritura de préstamo hipotecario

Por Antoni Faixó

I. ANTECEDENTES

En fecha 23 de diciembre de 2015, el Tribunal Supremo dictó una sentencia que fue considerada muy relevante en aquel momento, donde analizaba la posible nulidad de diversas cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario firmados por consumidores con entidades bancarias, declarando nula por abusiva, entre otras, la cláusula que impone al prestatario el pago de todos los gastos e impuestos relacionados con la escritura.

No obstante, lo cierto es que dicha sentencia no analizaba ni determinaba qué efecto material suponía dicha nulidad. En consecuencia, a partir de dicha sentencia, los distintos Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales de España han ido declarando la nulidad de estas cláusulas, pero con distintas interpretaciones de qué efecto supone dicha nulidad.

Y ello porque cuando se declara la nulidad de una cláusula contractual, el juez debe interpretar qué obligaciones tienen las partes, respecto a la materia a la que se refería esa cláusula, tomando en consideración las normas legales aplicables y los principios generales del derecho. Y en materia de obligación de pago de los distintos gastos vinculados a la escritura de préstamo hipotecario, no hay una norma legal que lo regule específicamente, de modo que ha ido habiendo distintas interpretaciones judiciales al respecto.

Esta situación de inseguridad jurídica ha terminado, de momento, con sendas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en fecha 15 de marzo de 2018, que vamos a analizar a continuación.

II. SENTENCIAS Nº 147/2018 Y Nº 148/2018 DEL TRIBUNAL SUPREMO

En fecha 15 de marzo de 2018 se han dictado dos sentencias, concretamente las nº 147/2018 y nº 148/2018, que analizan dos recursos muy similares y que realizan la misma interpretación, fijando la jurisprudencia sobre los gastos de las escrituras de préstamo hipotecario.

Cabe señalar que ambas sentencias han sido dictadas por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, lo cual manifiesta de forma clara la intención de fijar una jurisprudencia estable al respecto.

En ambas sentencias se indica que la Sentencia del propio Tribunal Supremo nº 705/2015 de 23 de diciembre de 2015, declaraba la nulidad de este tipo de cláusulas en los contratos con consumidores, pero que no declaraba el efecto derivado de dicha nulidad.

III. QUIÉN DEBE PAGAR EL IMPUESTO

Ambas sentencias analizan a fondo a quién corresponde pagar el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, concluyendo lo siguiente:

- a) Conforme a los preceptos de la Ley de dicho Impuesto y conforme a la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario y por lo tanto él es el obligado al pago.
- b) No obstante lo anterior, hay una cuota fija del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados relativa al timbre de la matriz, que debe pagarse a medias entre prestador y prestatario, y el timbre de las copias debe pagarse por quien solicite dicha copia.

En consecuencia, el Tribunal Supremo resuelve que el gasto correspondiente al impuesto debe pagarlo el prestatario, es decir que no puede reclamar judicialmente que se condene a la entidad bancaria a ese pago. Excepto respecto a una parte muy concreta del impuesto que es el timbre por la matriz, que debe pagarse a medias entre ambos, y el timbre por las copias, que debe pagar cada uno las suyas. Pero ese gasto en concreto es de muy poca cuantía (30-60€ habitualmente).

Recent case law of the Supreme Court on payment of the expenses relating to the mortgage loan deed

By Antoni Faixó

I. BACKGROUND

On 23 December 2015, the Supreme Court delivered a judgment which was then considered as very outstanding and which analysed the possible nullity of several clauses of mortgage loan agreements signed between consumers and bank entities, declaring as null and void, among others, the clause imposing payment of all expenses and taxes relating to the deed on the borrower, because it was unfair.

However, the truth is that such judgment did not analyse or determine the material effect of such nullity. As a consequence thereof, after such judgment, the Spanish Courts of First Instance and Provincial Appeal Courts have been declaring these clauses null and void, but with different interpretations on the effects resulting from such nullity.

And this is so because when the nullity of a contractual clause is declared, the judge must interpret which are the obligations of the parties as regards the subject referred to in such clause, taking into consideration the applicable legal rules and the general principles of law. In respect to the obligation to pay any expenses attached to the mortgage loan deed, there is not a legal rule specifically regulating so, so that different court interpretations have been issued on the issue.

This legal uncertainty situation has been terminated, for the time being, after two judgments given by the Supreme Court on 15 March 2018 and which we will analyse below.

II. JUDGMENTS Nº 147/2018 AND Nº 148/2018 OF THE SUPREME COURT

On 15 March 2018 two judgments have been delivered, namely nº 147/2018 and nº 148/2018, which analyse two very similar appeals and which make the same interpretation, thus establishing case law on the expenses resulting from the mortgage loan deed.

It must be said that both judgments have been issued by the Plenary of the Civil Courtroom of the Supreme Court, which clearly shows the intention to establish steady case law on the issue.

Both judgments state that the Judgment of the Supreme Court nº 705/2015 dated 23 December 2015, declared the nullity of this kind of clauses in contracts with consumers, but it did not declare the effects arisen from such nullity.

III. WHO IS LIABLE FOR PAYING THE TAX

Both judgments analyse in depth the party liable for paying the Property Transfer Tax and Stamp Duty, concluding that:

- a) In accordance with the precepts of such Tax Law and pursuant to the case law of the Contentious-Administrative Courtroom of the Supreme Court, the taxpayer is the borrower and therefore the one liable for paying the tax.
- b) Notwithstanding the foregoing, there is a fixed fee of the Stamp Duty relating to the stamp of the original deed, which must be equally paid by the lender and the borrower, and the stamp of copies, which must be paid by the party requesting such copies.

Therefore, the Supreme Court decides that expenses corresponding to the tax must be paid by the borrower, that is, the bank entity cannot be judicially claimed to be sentenced to make such payment. Except for a very specific part of the tax that corresponds to the stamp of the original deed, which must be equally paid by the parties, and the stamp of copies, which must be paid by the requesting party. But this particular expense is of a very small amount (usually 30-60€).

IV. GASTOS NOTARIALES Y REGISTRALES

Las dos sentencias comentadas no analizan a fondo quién debe pagar los otros gastos de la escritura, pero sí hacen una pequeña referencia a la cuestión que parece indicar que los gastos notariales y registrales deben pagarse a medias entre prestador y prestatario.

En concreto las sentencias indican que la solución de repartir estos gastos a medias es razonable, tal y como ya apuntaba la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016.

En consecuencia, cabe defender que los gastos notariales y registrales, es decir la factura de honorarios del notario y del Registro de la Propiedad, deben pagarse a medias y por lo tanto el prestatario tiene derecho a reclamar a la entidad bancaria que le pague la mitad de esos gastos, si es que él los pagó al 100% en su momento, que es lo habitual.

Cabe señalar que ésta es la interpretación que ya se estaba aplicando en muchos tribunales, como por ejemplo en el Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona, que es el que actualmente tramita estos procedimientos en exclusiva en la provincia.

V. OTROS GASTOS

Lamentablemente, el Tribunal Supremo no menciona los otros gastos vinculados al contrato: honorarios de la gestoría, y tasación del inmueble.

Ante esta omisión, los tribunales españoles seguirán teniendo que interpretar libremente qué efecto conlleva la declaración de nulidad de la cláusula que impone el pago de gastos al prestatario, sin tener una jurisprudencia clara al respecto.

Entendemos que la opción más razonable sería aplicar análogicamente la interpretación aparente del Tribunal Supremo de que todos estos gastos deben pagarse a medias, porque interesan a ambas partes. No obstante, existe cierta jurisprudencia menor que interpreta que el gasto de la tasación debe pagarlo el prestatario.

VI. POSIBLE CAMBIO DE INTERPRETACIÓN: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Al igual que ocurrió en su día con el efecto retroactivo de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, o con el derecho del consumidor demandado en un procedimiento de ejecución hipotecaria a oponer a la demanda la existencia de cláusulas abusivas, es perfectamente posible que en un futuro próximo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie sobre esta materia y dictamine quién debe pagar cada gasto, ya sea coincidiendo con lo interpretado por el Tribunal Supremo o ya sea modificando ese criterio.

Debemos recordar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene un rango superior al de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de modo que si hay alguna sentencia europea que sea distinta a lo dicho por el Tribunal Supremo, prevalecerá la opinión de la sentencia europea.

En todo caso, esperamos que haya resoluciones en breve al respecto que fijen de forma clara y definitiva la interpretación que deben dar todos los tribunales a esta cuestión, porque de lo contrario puede seguir habiendo inseguridad jurídica y sentencias contradictorias respecto a quién debe pagar ciertos gastos vinculados al préstamo hipotecario.

IV. NOTARIAL AND REGISTRY EXPENSES

Both judgments discussed above do not analyse in detail which is the party liable for paying the other deed expenses, but they make a brief reference to the issue stating that any notarial and registry expenses shall be equally paid by the lender and the borrower.

Particularly, the judgments state that the solution to equally share these expenses is reasonable, as already set forth by Resolution of the General Office for Registries and Notaries on 7 April 2016.

Consequently, it could be upheld that notarial and registry expenses, i.e., the invoice of the notary public fees and the Land Registry invoice, must be equally paid so that the borrower would be entitled to claim payment of half of such expenses from the bank entity, if the borrower was the one to then pay 100% of such expenses, which is the standard.

We must say that this is the interpretation already applied in many courts, such as the Court of First Instance nº 50 of Barcelona, which is currently the one sole court dealing with these proceedings in the province.

V. OTHER EXPENSES

Unfortunately, the Supreme Court does not make any reference to the other expenses attached to the contract: fees of the processing agency and the real estate valuation.

In view of this omission, the Spanish courts will be forced to freely interpret the effects arisen from declaring the nullity of the clause imposing payment of the expenses on the borrower, with no clear case law on the issue.

We understand that the most reasonable option would be to analogically apply the apparent interpretation of the Supreme Court in the sense that all such expenses must be equally paid, because they affect both parties. However, there is some minor case law interpreting that the valuation expenses should be paid by the borrower.

VI. POSSIBLE CHANGE IN INTERPRETATION: COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

As happened with the retroactive effect of the nullity declaration of the floor clause or the right of the defendant consumer in mortgage loan proceedings to claim the existence of unfair clauses, it is perfectly feasible that the Court of Justice of the European Union delivers judgment on this issue in the near future and establishes who must pay each expense, either following the criterion interpreted by the Supreme Court or otherwise.

We must remember that the case law of the Court of Justice of the European Union is higher ranked than the Supreme Court case law, so that if there is any European judgment different from that stated by the Supreme Court, the opinion of the European judgment shall prevail.

In any event, we hope that new decisions are passed soon clearly and definitively establishing the interpretation to be given by all courts on this issue, because otherwise legal uncertainty and inconsistent judgments will remain in respect to which party is liable for paying certain expenses attached to the mortgage loan.

Legal Newsletter se publica para clientes y amigos de la firma. Los artículos publicados no constituyen asesoramiento legal. Si tiene comentarios o preguntas relacionadas con el contenido de la presente Newsletter, le agradecemos contacte con nosotros por e-mail: newsletter@bartolomebriones.com
Para más información y artículos, por favor consulte nuestra página web: www.bartolomebriones.com

Legal Newsletter is published for clients and friends of the firm. The published articles do not constitute a legal opinion. If you have any comments or questions regarding the content of this Newsletter, we would appreciate contact us by e-mail: newsletter@bartolomebriones.com
For more information and articles, please see our website: www.bartolomebriones.com

©2018 Bartolome & Briones, SLP. Derechos Reservados



www.bartolomebriones.com / newsletter@bartolomebriones.com /

BARCELONA: Balmes 243, 7º 08006 Barcelona. Tel. +34 93 292 20 20 barcelona@bartolomebriones.com

MADRID: Jorge Juan 30, 4º 28001 Madrid. Tel. +34 91 577 47 47 madrid@bartolomebriones.com