

**MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA ABOGACÍA**



**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**INFORME JURÍDICO: TRABAJO DE FIN DE MÁSTER DE ACCESO A LA  
ABOGACÍA**

**AUTORA: Cinthia Valenzuela Hernández**

**Tutora: Carmen Temprano Vázquez**

**Curso Académico: 2022-2023**

## CONTENIDO

1. ENCABEZAMIENTO.....	4
2. OBJETO DEL DICTAMEN.....	4
3. ABREVIATURAS.....	5
4. CUESTIONES PLANTEADAS.....	6
5. ANTECEDENTES DE HECHO.....	7
6. PRELIMINAR: CARACTERISTICAS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.....	9
7. PRIMERA CUESTIÓN: LA CONDICIÓN SUSPENSIVA EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.....	12
7.1. Análisis del caso concreto.....	13
8. SEGUNDA CUESTIÓN: EL “PACTOS RESOLUTORIOS” EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.....	18
8.1. La condición resolutoria expresa o pacto de <i>lex comisorio</i> .....	18
8.2. Régimen jurídico en la resolución de los contratos.....	22
8.3. Requisitos para poder ejercitar la facultad resolutoria.....	25
8.4. Análisis del caso concreto.....	28
9. TERCERA CUESTIÓN: LAS OBLIGACIONES CON CARÁCTER DE TÉRMINO ESENCIAL.....	31
9.1. Análisis del caso concreto.....	32
10. CUARTA CUESTIÓN: LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.....	36
10.1. Definición de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> .....	36
10.2. Justificación legal de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> .....	37
10.3. Diferencia entre la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> y caso fortuito.....	38
10.4. Requisitos para la aplicación de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> .....	38
10.5. ¿Se puede invocar la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> ante la crisis provocada por la COVID-19?.....	40
10.6. Análisis del caso concreto.....	41
11. QUINTA CUESTIÓN: LA CLÁUSULA PENAL EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.....	46

11.1. Caracteres de la cláusula penal.....	46
11.2. Tipos de cláusula penal.....	47
11.3. Funciones de la cláusula penal.....	48
11.4. La exigibilidad de la cláusula penal.....	48
11.5. La moderación de la cláusula penal.....	50
11. 6. Análisis del caso concreto.....	50
12. QUINTA CUESTIÓN: LA CARTA DE PATROCINIO.....	57
12.1. Definición de la carta de patrocinio.....	57
12.2. Tipos de carta de patrocinio.....	57
12.3. Presupuestos para que la carta de patrocinio tenga eficacia obligacional.....	58
12.4. Análisis del caso concreto.....	58
ANEXO: BIBLIOGRAFÍA.....	62

## **1. ENCABEZAMIENTO**

Dictamen que emite Cinthia Valenzuela Hernández, alumna del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, como Trabajo de Fin de Máster.

## **2. OBJETO DEL DICTAMEN**

El objeto del presente dictamen es analizar la viabilidad jurídica de las presentaciones de nuestro cliente frente a las pretensiones B y examinar los puntos débiles de la posición jurídica defendida por nuestro cliente.

### 3. ABREVIATURAS

- |         |                                |
|---------|--------------------------------|
| 1. STS  | Sentencia del Tribunal Supremo |
| 2. TS   | Tribunal Supremo               |
| 3. CC   | Código Civil                   |
| 4. Art. | Artículo                       |

#### **4. CUESTIONES PLANTEADAS**

Se ha sometido a la consideración de esta abogada las consultas legales que se exponen a continuación:

- 1.** Análisis legal y jurisprudencial sobre la viabilidad de hacer valer la condición suspensiva ante el hecho de que B no ha obtenido la financiación para la adquisición del hotel.
- 2.** Análisis legal y jurisprudencial sobre la facultad de B para resolver el contrato de compraventa ante la denegación de la subvención por valor de un millón de euros por parte de la Junta de Andalucía.
- 3.** Análisis legal y jurisprudencial del plazo de entrega cuando este tiene carácter de término esencial.
- 4.** Análisis legal y jurisprudencial sobre la viabilidad de invocar la cláusula *rebus sic stantibus* con el fin de rebajar en un 30% el precio de la compraventa.
- 5.** Análisis legal y jurisprudencial sobre la abusividad de la cláusula penal pactada entre las partes.
- 6.** Análisis legal y jurisprudencial sobre la carta de patrocinio y sus efectos a la hora de que la sociedad matriz de B cumpla con lo estipulado en la carta.

#### **4. ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Nuestro cliente (A) se comprometió a vender un hotel que está construyendo a B por un precio de 100 millones euros. La compraventa se encuentra sujeta a que B consiga la financiación para poder llevar a cabo la operación.

2. B anuncia a nuestro cliente que ha conseguido la financiación (la "Declaración"). Para dar fe de ello, B aporta como documento adjunto una comunicación de su banco en el cual consta que la financiación ha sido concedida, sometida a una *due diligence* satisfactoria por la propia entidad financiera y se ha realizado la documentación contractual habitual.

3. B realiza un pago parcial del 10% del precio.

4. Sin embargo, debido a problemas en los mercados no se puede obtener la financiación.

B transmite a nuestro cliente que el contrato de compraventa no ha entrado en vigor debido a que no se ha cumplido con la condición de obtener la financiación. También le comunica que dar validez a su Declaración equivaldría a permitir la renuncia a la condición, lo cual no es posible.

5. A transmite a B que el contrato se encuentra en vigor y quiere que se lleve a pago el pago de total de la compraventa. Este pago estaba previsto que se realizará el día que se entregará el hotel.

6. Como de fecha de entrega se había establecido el 20 de abril de 2020. Sin embargo, no se produjo la entrega hasta el mes de julio de 2020.

7. B entiende que no debe de aceptar la entrega debido a que no hay existencia de obligación por no haberse cumplido la condición de financiación. Asimismo, entiende que tampoco debe realizar el pago debido a que se ha producido un retraso en el plazo que tenía el carácter de término esencial.

**8.** El contrato de compraventa contenía una cláusula bajo el título “pactos resolutorios” que establecía como uno de los supuestos en los cuales se podía solicitar la resolución por parte de B del contrato, el que el hotel no obtuviera una subvención de 1 millón de euros de la Junta de Andalucía. Esta subvención fue denegada.

B entiende, con carácter subsidiario a sus otras pretensiones, que, al no haberse producido esa subvención, podría resolver el contrato.

**9.** Asimismo, con carácter subsidiario, B considera que, ante la existencia de la pandemia del Covid-19, el precio de la compraventa debería rebajarse un 30%, al haber caído la expectativa de ocupación de hotel (aplicándose la doctrina *rebus sic stantibus*).

**10.** A entiende que ninguna de esas argumentaciones es válida, pues B dio por cumplida la condición, el retraso es irrelevante (no se utiliza la expresión término esencial) y la falta de la subvención no puede tener como consecuencia la resolución del contrato. Igualmente considera que no cabe aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Por ello, A reclama el pago íntegro del precio y adicionalmente la penalidad prevista en el contrato.

**11.** En el contrato de compraventa se preveía que en caso de incumplimiento además de abonarse los daños y perjuicios, la parte incumplidora pagaría una cláusula final de 300 millones de euros. B entiende que no debe pagarse esa penalidad por ser abusiva, o que, en su caso, debería moderarse por el juez.

**12.** Nuestro cliente contesta reclamando el pago íntegro y la penalidad, tanto a B (ahora en concurso) como a su sociedad matriz que habría suscrito un documento titulado “Carta de Patrocinio” por el que se comprometía a realizar sus mayores esfuerzos para que B tenga fondos suficientes para hacer frente a sus obligaciones frente a nuestro cliente. La matriz entiende que ese compromiso no es una fianza y que, en todo caso, no es ejercitable ya que, si proviene de fondos a B, estos no irían a A, sino a la masa común de acreedores.



## 6. PRELIMINAR: CARACTERÍSTICAS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Antes de analizar las cuestiones y problemáticas que plantea el presente caso, es necesario exponer cuales son las principales características y obligaciones del contrato celebrado entre las partes: el contrato de compraventa.

El art. 1.445 del CC define el contrato de compraventa de la manera siguiente:

*“Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”.*

En el contrato de compraventa, una de las partes (el vendedor) se obliga a entregar un bien a otra (el comprador) y esta última deberá de pagar por el bien en cuestión.

El contrato de compraventa presenta una serie de características a tener en cuenta. En primer lugar, es un contrato típico ya que se encuentra regulado de forma expresa en la ley. Nuestro Código Civil en sus artículos 1.445 a 1.450 regula este tipo de contrato.

En segundo lugar, es un contrato bilateral o sinalagmático. El contrato de compraventa genera obligaciones recíprocas para las partes contratantes: la obligación del vendedor de entregar la cosa genera la obligación al comprador de pagar por ella, mientras que la obligación del comprador de pagar el precio genera la obligación al vendedor de entregar la cosa.

En tercer lugar, es un contrato oneroso debido a que cada una de las partes obtiene un beneficio o una ganancia gracias a la celebración del contrato y, posteriormente realizando las obligaciones pactadas.

En cuarto lugar, es un contrato conmutativo ya que se generan obligaciones y cargas contractuales equivalentes y recíprocas entre las partes.

En quinto lugar, es un contrato consensual porque se perfecciona por la voluntad explícita en la manifestación de consentimiento de las partes. La consensualidad de los contratos se recoge en nuestro Ordenamiento Jurídico en el art. 1.258 CC:

*”Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.*

En sexto lugar, el contrato de compraventa conlleva la transmisión del dominio una vez producida la tradición, ya que en este tipo de contrato donde se transmite un bien en concreto también se produce la transmisión de la titularidad de los derechos que sobre el mismo recaen.

Por otro lado, la celebración del contrato de compraventa genera obligaciones para ambas partes, estas obligaciones se encuentran reguladas en el propio Código Civil. Las obligaciones del comprador son pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar que han sido fijados en el contrato. Estas obligaciones que competen al comprador se establecen en el artículo 1.500 CC:

*”El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijado por el contrato. Si no se hubieren fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida.”*

En cuanto al precio, este debe ser dinero o cualquier otra especie que lo represente, además de ser cierto y verdadero.

Respecto a las obligaciones del vendedor, éste deberá de entregar el objeto que ha sido determinado en el contrato al comprador. Cuando el vendedor entregue la cosa, ésta deberá de estar en las mismas condiciones que estaba cuando se perfeccionó el contrato de compraventa. Es de vital importancia que la cosa esté en las mismas condiciones con el fin de evitar posibles vicios ocultos.

Las obligaciones del vendedor se encuentran reguladas en el artículo 1.461 CC:

*“El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la de venta”.*

## 7. PRIMERA CUESTIÓN: LA CONDICIÓN SUSPENSIVA EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad tienen la libertad para negociar una cláusula suspensiva e incorporarla en el contrato siempre y cuando ésta respete la ley imperativa, la moral y el orden público. Así queda consagrado en el artículo 1.255 CC:

*“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.*

Asimismo, en el caso de que existan dudas sobre la interpretación de la cláusula, ésta deberá ser interpretada conforme la buena fe y el Derecho dispositivo. Y el ejercicio de la cláusula deberá adecuarse a la buena fe como dispone el artículo 7.1. del CC:

*“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.*

Además, los contratos que nacen de la voluntad de las partes tendrán fuerza de ley tal y como expone en el artículo 1.901 CC:

*“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”.*

También hay que tener presente el artículo 1.115 CC:

*“Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código”.*

La condición suspensiva es una cláusula sujeta a un suceso futuro o eventual que determina la eficacia del contrato de compraventa de forma que las obligaciones contraídas entre las partes quedan paralizadas o suspendidas hasta que se cumpla

con la condición pactada. Por lo tanto, la efectividad del contrato junto con la exigibilidad de las obligaciones dependerá del cumplimiento de este suceso futuro o eventual.

La base legal de la condición suspensiva se encuentra en el artículo 1.114 CC:

*“En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición”.*

Del citado precepto, se extrae que la eficacia del contrato o el despliegue de los efectos jurídicos del mismo no se producirán hasta el cumplimiento de tal condición. Así también lo expresa el TS en la sentencia 353/2005 de 18 de mayo de 2005, en la cual se declara que el artículo 1.114 del Código Civil establece que las obligaciones que están condicionadas, la adquisición de los derechos dependerá del acontecimiento en que consista la condición.

### **7.1. Análisis del caso concreto**

En la exposición de los hechos, se observa la existencia de una condición suspensiva debido a que la compraventa se encuentra condicionada a que B obtenga la financiación para la adquisición. En el caso de que B no pueda obtener la financiación, el contrato celebrado entre las partes no entrará en vigor y no desplegará efectos jurídicos. Como matiza SABORIDO, la condición suspensiva no impide el nacimiento del negocio ni su perfección, sino que únicamente afecta a los efectos del contrato<sup>1</sup>.

En el presente caso, B comunica a nuestro cliente que ha obtenido la financiación (la “Declaración”) y aporta unos documentos por parte del banco los cuales declaran que la financiación ha sido concedida, pero sometida a una *due diligence* satisfactoria. Ante esta comunicación, nuestro cliente considera que la condición de obtener la

---

<sup>1</sup> PALOMA SABORIDO SÁNCHEZ “La celebración o el cumplimiento de contrato como condición suspensiva de una diferente relación contractual”. Funciones de las condiciones en el Derecho de Contratos, pp. 318.

financiación ha sido cumplida y, por lo tanto, el contrato se encuentra en vigor y despliega efectos jurídicos.

No obstante, finalmente B no obtiene la financiación debido a problemas en los mercados y declara que el contrato no ha entrado en vigor al no haberse cumplido la condición de obtención de la financiación, además de no dar validez a la "Declaración".

Ante estos sucesos, surge la siguiente gran cuestión ¿puede considerarse cumplida la condición por el mero hecho de que B haya comunicado que ha "obtenido" la financiación, aunque de la documentación se desprende que está sometida a una *due diligence* satisfactoria o, por el contrario, esta comunicación no permite entender cumplida la condición de obtener la financiación?

En primer lugar, cabe decir que la comunicación de B indica de forma indubitada que la financiación se encuentra sometida a una *due diligence* satisfactoria por parte de la entidad bancaria. Este hecho es de gran relevancia ya que en los contratos de compraventa sujetos a una condición suspensiva en los cuales el comprador debe obtener financiación, los efectos jurídicos de este no se producirán hasta que consiga una respuesta positiva por parte de la entidad bancaria en la cual se exprese de forma contundente de que la financiación ha sido otorgada.

De la comunicación con los documentos que realiza B, a pesar de afirmar que la financiación se ha concedido, podría deducirse que finalmente la financiación no se ha sido concedida sino preconcebida.

De acuerdo con esta interpretación, la financiación habría sido preconcebida porque todavía no se habría obtenido la respuesta favorable por parte de la entidad bancaria, de tal manera que la condición de obtención de la financiación no se habría cumplido aún y el contrato no habría desplegado sus efectos jurídicos.

Sin embargo, los actos de B contradicen sus alegaciones respecto a que la compraventa no ha entrado en vigor. Si, según B, no se ha cumplido la condición, resulta incongruente que este comunique que la financiación sí estaba concedida

(cuando realmente no lo estaba ya que aún faltaba la *due diligence* satisfactoria), aportando documentos para apoyarlo y que, además, haya realizado un pago parcial del 10% del precio.

La conducta de B, manifestando que ha obtenido la financiación, realizando un pago parcial contradice sus actos posteriores al afirmar que la condición no se ha cumplido porque el contrato de compraventa no se encuentra en vigor. A podría alegar que B está yendo contra sus propios actos y, por lo tanto, infringiendo la doctrina de los actos propios. Esta doctrina implica que el autor de una declaración de voluntad -en el presente caso, manifestar que se ha obtenido la financiación y realizar un pago parcial- no puede adoptar después comportamientos contradictorios a esta declaración -manifestar que el contrato de compraventa no se encuentra en vigor-.

La doctrina de los actos propios tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de buena fe (art. 7.1. CC). Esta doctrina impone un deber de coherencia a las partes y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado unas expectativas razonables a la parte contraria por los actos realizados.

El Tribunal Supremo en su sentencia 1247/1996 de 24 de mayo de 2001, establece que la doctrina de los actos propios es un principio general del Derecho que proclama la inadmisibilidad de actuar contra los comportamientos realizados por uno mismo y de esta manera, asegurar la existencia de una coherencia en el tráfico jurídico. En esta misma sentencia se reiteran los requisitos exigidos por la doctrina para la aplicación de la doctrina de los actos propios y son las siguientes:

-En primer lugar, los actos propios deben ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor.

-En segundo lugar, debe existir una incompatibilidad o contradicción según el sentido de buena fe que hubiera de atribuirse a la conducta precedente.

En el presente caso, la primera condición se cumple ya que los actos por parte de B de comunicar a nuestro cliente que la financiación se encuentra concedida y la

realización del pago del 10% son actos claros e inequívocos que expresan que la condición suspensiva se ha cumplido y el contrato de compraventa, por lo tanto, ha desplegado todos sus efectos.

Respecto a la segunda condición, hay una contradicción en los comportamientos de B: por un lado, comunica a nuestro cliente que la condición de obtener la financiación esta cumplida con la "Declaración" y lleva a cabo su obligación principal como comprador: pagar un parte del precio pactado. Sin embargo, no obtiene la financiación debido a problemas de los mercados financieros y comunica a nuestro cliente que el contrato no está en vigor por incumplimiento de la condición suspensiva. Por lo tanto, el segundo requisito establecido por la jurisprudencia también se cumple.

Nuestra doctrina jurisprudencial ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión, pudiendo citar, por ilustrativo, el caso de Procom Desarrollos Urbanos S.A. y Cecosa Hipermercados S.L. (vendedoras), y The Governor and Company of The Bank of Ireland (compradora) ilustra de forma fulgurante la doctrina de los actos propios, además de ser un suceso que guarda muchas similitudes con el presente caso.

En el contrato de compraventa celebrado entre las partes, se estableció una condición suspensiva en la cual para formalizar el contrato era necesario que la entidad de crédito concediera al comprador la financiación necesaria. La financiación sería acreditada mediante una comunicación escrita. Finalmente, el Bank of Ireland remite una carta donde confirma que se ha aprobado la financiación, aunque la misma aún se encontraba sujeta a una auditoría legal satisfactoria, a una valoración y a la tramitación de la documentación del crédito.

Unos días después, la compradora realizó un pago de 40 millones de euros a las vendedoras. No obstante, un año después un representante de la parte compradora, comunicó a la parte vendedora que la financiación no había sido concedida por circunstancias adversas en el mercado. Ante estos hechos, la parte compradora manifestó que la condición suspensiva no se había cumplido ante la falta de financiación y que lo acordado por las partes ya no tenía carácter vinculante.



Ante esta situación, el Tribunal Supremo, en la sentencia que resuelve el caso (STS 190/2014 de 16 de abril) afirma lo siguiente en relación con la doctrina de los actos propios:

*“ (...) ha de considerarse como acto propio la comunicación de haber quedado cumplida la condición sobre financiación, lo que permite a los vendedores confiar en el buen fin de la operación y mantener por tanto la vinculación contractual, siendo contrario a la buena fe y a la lealtad contractual que un año después se pretenda sostener lo contrario faltando al compromiso que supone la propia actuación que genera confianza en la otra parte”.*

Aunque en los documentos adjuntos se indique que la financiación está sometida a una *due diligence* satisfactoria por parte del banco, las partes se han mostrado de acuerdo de forma inequívoca en que la condición suspensiva se había cumplido y por lo tanto el contrato era eficaz. Por ello, B en virtud de la doctrina de los actos propios y del principio de buena fe no puedo afirmar que el contrato ya no se encuentra en vigor por no obtener la financiación ya que sus comportamientos anteriores han creado en nuestro cliente expectativas de que el contrato se realmente se había perfeccionado.

Por lo tanto, debido a que se cumplen con las dos condiciones establecidas por la jurisprudencia para poder aplicar la doctrina de los actos propios y en virtud de la pronunciación del TS sobre las implicaciones de comunicar que se ha obtenido financiación (cuando está aún se encontraba sometida a una auditoría legal), se concluye que el contrato se encuentra en vigor ya que los actos de B ha dado a entender que la condición suspensiva se había cumplido y nuestro cliente ha actuado conforme a ello.

## **8. SEGUNDA CUESTIÓN: LOS “PACTOS RESOLUTORIOS” EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA**

La segunda cuestión que suscita el presente caso es si puede resolverse el contrato de compraventa. B defiende que al no obtener la subvención de un millón de euros por parte de la Junta de Andalucía tiene potestad para resolver el contrato mientras A alega que la falta de subvención no puede producir la resolución del mismo. Primero de todo, es necesario analizar la naturaleza de este pacto resolutorio, dado que es muy probable B que alegará que se trata de un pacto de ley comisoria o condición resolutoria tácita.

### **8.1. La condición resolutoria expresa o pacto de lex comisoria.**

A la vista de las alegaciones realizadas por B, según las cuales podría resolver el contrato por no haberse obtenido la subvención, es muy probable que alegue la existencia de un pacto de lex comisoria o condición resolutoria expresa.

La condición resolutoria expresa o pacto de lex comisoria es aquella cláusula inserta en un contrato por las partes que, como afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 13 de septiembre de 1.993, que cita numerosa doctrina del Tribunal Supremo *“regula y condiciona el ejercicio de la resolución, por lo que conforme a reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo no sería de aplicación el art. 1124 del Código Civil, operando la misma en sus propios términos y no por la facultad resolutoria que contiene tal precepto (SSTS 1-5-1946 [ RJ 1946\558] ; 18-12-1956 [ RJ 1957\339] ; 23-11-1964 [ RJ 1964\5453] ; 8-5-1965 [ RJ 1965\2519] ; 25-2-1966 [ RJ 1966\1533] ; 30-3-1976 [ RJ 1976\1477] ; 4-4-1990 [ RJ 1990\2694] , etc.)”*.

Por lo tanto, las partes pueden hacer uso del principio de autonomía de la voluntad para negociar e incorporar una cláusula o condición resolutoria en el contrato para contemplar como resolutorios determinados incumplimientos, cuya apreciación no exige que concurren los requisitos del art. 1124 del Código Civil.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2016 analiza un supuesto en el que las partes habían pactado que cualquier retraso en la obra facultaba para resolver

el contrato. Según manifiesta el Tribunal Supremo, el hecho de que las partes hubieran querido incluir la facultad de resolver el contrato en el caso de que se produjera cualquier retraso en la obra significaba que las partes habían considerado que el plazo era esencial y que, por lo tanto, no era de aplicación el art. 1.124 del Código Civil y que las causas y efectos de la resolución debían regirse por lo acordado entre las partes:

*“En el motivo primero se alega la infracción de los arts. 1091, 1255 y 1258 del CC en relación con la aplicación errónea del art. 1124 del CC y la oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en SSTs de 13 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7446) y 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 836) , conforme a la cual, cuando el plazo se ha pactado como esencial , no es aplicable con carácter general la doctrina del art. 1124 del CC , sino que por mor del art. 1255 del CC puede resolverse el contrato por otras causas como la del retraso en el plazo de entrega de la vivienda adquirida, en cuyo caso este se configura como elemento esencial del pacto que cabe resolver, aunque el incumplimiento de la vendedora no frustre su fin ni sea deliberadamente rebelde al cumplimiento. En su desarrollo alega que la sentencia recurrida desconociendo dicha doctrina ha resuelto la controversia aplicando el art. 1124 del CC en el sentido de que el incumplimiento del plazo de entrega no es esencial , obviando la aplicación del art. 1255 del CC y lo dispuesto en la cláusula cuarta del contrato, sobre la facultad de resolver el contrato en caso de falta de entrega de los inmuebles en el plazo convenido, debiendo declararse la procedencia de la resolución del contrato por retraso en la entrega, aunque el incumplimiento de la vendedora no frustre el fin del contrato ni sea deliberadamente rebelde al cumplimiento. (...)*

*Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente.*

*Analizada la cláusula cuarta del contrato, cuyo estudio omite la sentencia recurrida, se puede apreciar la existencia de una cláusula o condición resolutoria expresa, en virtud de la cual, cualquier retraso en la entrega de la obra, podía generar la resolución del contrato, a instancia del comprador.*

*Es decir, las partes tipificaron ciertos incumplimientos como resolutorios.*

*Ello nos lleva a entender que el plazo lo definieron las partes, de común acuerdo, como esencial y prueba de ello es que se pactó una cláusula penal, para definir los efectos indemnizatorios de su posible incumplimiento, lo que evidencia la trascendencia que los contratantes daban a la cláusula cuarta.*

*Por ello no es aceptable que en la sentencia recurrida se acuda al tenor del 1124 y doctrina que lo desarrolla, cuando el aplicable es el art. 1255 del C. Civil (LEG 1889, 27), pues las causas y efectos de la resolución del contrato deben analizarse a través de lo pactado, y ello nos lleva a declarar que procedía la resolución del contrato por no entrega de la vivienda en el tiempo previsto.”*

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la apreciación de una condición resolutoria expresa debe realizarse de forma restrictiva, tal como señala la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 182/2017, de 13 de marzo, *“pues como declara la sentencia de 30 de abril de 2010 (rec. 677 de 2006), el art. 1255 del CC permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC (LEG 1889, 27) tengan o no trascendencia resolutoria. (STS 15-11-2012, rec. 765 de 2010).”*

Así, el hecho de que en el contrato de compraventa se haya estipulado que la falta de obtención de la subvención es uno de los supuestos en los que se *“podía solicitar la resolución del contrato”*, podría llevar a la conclusión de que estamos en presencia de un mero pacto resolutorio en el que el comprador tiene la facultad de optar y solicitar la resolución del contrato, en cuyo caso sería de aplicación el art. 1124 del Código Civil y los requisitos exigidos para que proceda la resolución.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 443/2016, de 8 de noviembre, sostiene en un supuesto en el que se pacta la falta de pago del precio de compraventa como causa de resolución del contrato, que esta no opera automáticamente:

*“En efecto, en primer lugar, en cuanto a la alegada infracción de la lex comisorio pactada en el contrato, decir, a mayor abundancia de los acertados razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, que la condición*

*resolutoria expresa recogida en el contrato no es que excluya la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código civil ( LEG 1889, 27 ), sino que matiza el mismo, concretando que el ejercicio de la facultad de resolución por el vendedor, por impago del precio se debe ejercitar a través de requerimiento notarial, así como especificando las consecuencias de dicha resolución, insertando una cláusula penal en caso de incumplimiento. Dicha facultad de resolución no implica que opere automáticamente ante el incumplimiento de los pagos pactados, ni que se le otorgue al comprador un derecho de desistimiento del contrato, como pretende la parte apelante y ello aunque en garantía del ejercicio de esa condición resolutoria, se pactara la prohibición de disponer de las participaciones sociales transmitidas. Esto no es más que una garantía añadida a favor del acreedor que, en caso de impago del precio en los plazos pactados, puede optar entre la resolución del contrato o exigir el cumplimiento del mismo, tal y como le faculta el artículo 1124 citado. Como expresa la SAP de la Coruña, de 28 de junio de 2016, "Es cierto que la facultad resolutoria tácita que contempla el art. 1124 del CC (LEG 1889, 27) no impide a las partes convenir en el contrato una regulación expresa distinta, susceptible de modificar el régimen legal, agravándolo o limitándolo en contra o en favor de alguna de las partes, mediante el llamado pacto comisorio, que puede incluir, entre otros contenidos, el establecimiento de un término esencial expreso. Por eso, dependiendo del contenido del régimen resolutorio convencional, el pacto resolutorio puede tener mayor o menor alcance y afectar al cumplimiento de las prestaciones de una u otra parte, sin que su mera existencia determine la inaplicación del art. 1124 del CC y de la doctrina que lo interpreta en todo lo no regulado expresamente en el pacto comisorio"*

*Se trata de un pacto comisorio que podemos denominar como simple, que otorga la facultad de resolver al acreedor (así se desprende claramente de la redacción de la cláusula inserta en el contrato: "...podrá el Vendedor dar por resuelta la venta...), no siendo necesario en este caso pactar expresamente que también tiene la opción de exigir el cumplimiento del contrato (el pago del precio, en este caso) y no de un pacto comisorio cualificado (en cuyo caso se otorgaría dicha facultad al deudor, el cual podría elegir entre hacer que el*

*contrato subsista, pagando el precio o desistir del mismo, provocando su resolución por impago.”*

Hay autores que también han definido pacto de *lex comisoría*. Por ejemplo, MULLERAT, lo define como aquella convención por la cual las partes contratantes de un contrato bilateral establecen que la parte que no cumpla con las obligaciones que asume en virtud de aquel contrato pierde los derechos que para ella se deriven del propio contrato<sup>2</sup>.

Los orígenes del pacto de *lex comisoría* se remontan a la antigua Roma. En el Derecho romano no existía la figura general de la resolución del contrato por incumplimiento. Así que la *lex comisoría* nace como un medio de protección de los intereses del vendedor en el contrato de compraventa: mediante dicho pacto, ante la falta de pago del precio por parte del comprador en el plazo convenido, el vendedor recuperaba la cosa vendida<sup>3</sup>.

## **8.2. Régimen jurídico en la resolución de los contratos**

Como se ha comentado anteriormente, el régimen jurídico aplicable para resolver el contrato es el recogido en el artículo 1.124 CC. El artículo expone lo siguiente:

*“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.*

*El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.*

*El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.*

---

<sup>2</sup> MULLERAT, RAMON M. (1970). “El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles (Artículo 1.504 del CC)”. Anuario de Derecho Civil, pág. 482.

<sup>3</sup> GREGORACI, BEATRIZ (2015). “Cláusula resolutoria y control de incumplimiento”. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pág., 83.

*Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”.*

Como expresa el citado precepto, cuando hay un contrato con obligaciones recíprocas, el vendedor se encuentra facultado para resolver el contrato sin necesidad de que se hubiera pactado de forma expresa esta posibilidad.

Por otro lado, hay mencionar la existencia de otro régimen jurídico a la hora de resolver los contratos de compraventa. Este se aplica cuando hay un pacto resolutorio expreso. Es el régimen del artículo 1.504 CC:

*«En la venta de bienes inmuebles, aún cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término».*

Es importante hacer alusión a este régimen porque como se ha comentado al inicio, B podría alegar la existencia de un pacto de lex comisorio para poder resolver el contrato y aplicar este régimen jurídico en vez del contemplado en el artículo 1.124 CC.

La razón por la cual B podría decantarse por este régimen es que permite el ejercicio extrajudicial de la resolución del contrato. En el artículo 1.504 CC se manifiesta (...) *“ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial”*. De esta manera, se está permitiendo ejercer la facultad resolutoria de forma extrajudicial. Y este ejercicio extrajudicial de la resolución del contrato debe estar sujeto a la formalidad exigida por el artículo: el requerimiento debe ser notarial.

Sin embargo, B debe tener presente una cosa en el caso de que decida alegar que hay pacto de lex comisorio y resolver el contrato por la vía del artículo 1.504 CC. Como declara VAQUERO PINTO la aplicación del artículo 1.504 CC para resolver el contrato cuando hay un pacto expreso no genera automática la resolución del mismo.

Lo que busca el legislador con este precepto es evitar la resolución automática del contrato. La evitación del efecto automático busca equiparar dicho precepto al 1.124 CC ya que no sería justo que este último no permita la resolución automática mientras que el artículo 1.504 CC si lo hiciera. En palabras de GARCÍA GOYEN:

*«La condición resolutoria expresa no debe ser menos favorecida que la implícita del artículo 1124 CC».*

Por lo tanto, siguiendo la línea de GREGORACI, el artículo 1.504 CC y el artículo 1.124 CC tienen un mínimo común denominador: ambos preceptos regulan la resolución del contrato. Sin embargo, existe una importante diferencia entre ambos. El artículo 1.124 CC es una norma general que entra en juego a falta de acuerdo para resolver el contrato entre las partes. Mientras que artículo 1.504 CC es una norma especial pensada para los casos en que hay un pacto de *lex comisorio*<sup>4</sup>.

Sin embargo, en los hechos se menciona que según la cláusula en el caso de que no se otorgue la subvención, se “podría” resolver el contrato. Esta facultad de resolver niega la existencia de un pacto comisorio y da a entender que nos encontramos ante un mero pacto resolutorio, en el cual nuestro cliente puede oponerse manifestando el previo incumplimiento de B. Debido a esto B tendría serias dificultades para alegar la existencia de un pacto comisorio y resolver el contrato por la vía del artículo 1.504 CC.

### **8.3. Requisitos para poder ejercitar la facultad resolutoria**

Respecto a los requisitos necesarios para llevar a cabo la acción resolutoria en el contrato de compraventa es necesario partir de la idea de que los artículos 1.124 CC y 1.504 CC no son excluyentes, sino complementarios. Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, como bien ha fundamentado autores como CLEMENTE MEORO:

---

<sup>4</sup> GREGORACI, BEATRIZ (2015). “Cláusula resolutoria y control de incumplimiento”. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pág. 67.



*«La limitada regulación de la resolución en la compraventa de inmuebles (art. 1504) ha de completarse en cuanto a requisitos y efectos con la resolución por incumplimiento de cualquier contrato sinalagmático (art. 1.124 CC y la abundante jurisprudencia que lo ha interpretado); porque como ésta ha dicho de manera reiterada, el art. 1.504 no es sino una especie del género del 1.124 CC –o una norma específica respecto de la compraventa de inmuebles– y ambos preceptos son compatibles y complementarios»<sup>5</sup>.*

Asimismo, GREGORACI argumenta de forma ilustre como la jurisprudencia ha avalado que las condiciones que se deben dar para aplicar el 1.504 son las mismas que las del 1.124 CC:

*«Aunque se haya pactado en el contrato inmobiliario una condición resolutoria expresa, y ésta consista en el incumplimiento del contrato, la ineficacia del contrato como consecuencia del cumplimiento de la condición queda remitida al régimen general del incumplimiento del art. 1124 CC. En otras palabras, aunque el incumplimiento se haya configurado expresamente como condición resolutoria, el acreedor no podrá poner fin al contrato por incumplimiento del deudor si no se trata de un incumplimiento que conforme al art. 1.124 CC esté investido de efectos resolutorios. Esto lo expresa una y otra vez la jurisprudencia mediante la fórmula de que son las mismas condiciones de aplicación del art. 1.504 y las del art. 1.124 CC».*

Una vez señalado que las condiciones para resolver el contrato son las mismas para ambos preceptos, se va a exponer cuales son los requisitos necesarios que se deben dar para poder llevar a cabo la resolución del contrato.

En primer lugar, es necesario que el contrato de compraventa se encuentre vigente. La existencia de un vínculo contractual que se encuentra en vigor entre las partes. Para poder resolver un contrato es básico que permanezca el vínculo contractual

---

<sup>5</sup> CLEMENTE MEORO, 2009, pp. 80 a 89.

entre las partes ya que solo estando en vigor este es cuando cabe el derecho de resolver.<sup>6</sup>

En segundo lugar, las prestaciones deben ser recíprocas y exigibles entre las dos partes. Para ello, hace falta que en el contrato se hayan establecido prestaciones a cargo de ambas partes y que las obligaciones de cada una de ellas hayan sido queridas como equivalente por la otra parte<sup>7</sup>.

En tercer lugar, la existencia de un incumplimiento contractual. Sin embargo, cabe tener en cuenta lo siguiente: el mero incumplimiento no basta para que la otra parte esté facultada para resolver el contrato. El incumplimiento debe cumplir una serie de condiciones:

1. El incumplimiento debe darse sobre una obligación principal y no accesoria. Así lo ha establecido la jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Supremo número 1284/2006, de 20 de diciembre de 2006 puede leerse lo siguiente:

*“Por otra parte, la excepción por incumplimiento requiere que se trate del incumplimiento de una obligación básica y no basta el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias. Por lo tanto, el incumplimiento de las prestaciones accesorias no permite la resolución del contrato. Lo único que podría hacer la parte acreedora es exigir su cumplimiento y una indemnización por daños y perjuicios.*

2. El incumplimiento de la obligación principal tiene que ser grave. Se entiende por la jurisprudencia como incumplimiento grave aquel que frustra la finalidad del contrato, no exigiendo por esta una voluntad rebelde al cumplimiento<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala Primera, de lo Civil, de 4 de enero de 1992.

<sup>7</sup> Un ejemplo de esto se puede ver en la sentencia del TS de 17-10-2007, que señala que no puede aplicarse el art. 1.124 CC a los pactos matrimoniales, debido a que los mismos no contienen obligaciones recíprocas en el sentido de que cada una de ellas no depende de la otra.

<sup>8</sup> STS 1284/2006, 20 de diciembre de 2006 (Roj: 7973/2006).

3. La obligación incumplida debe haberse previsto como esencial en el propio contrato.<sup>9</sup>

En el caso de cumplir los requisitos explicados, la parte perjudicada tendrá la facultad para resolver el contrato. No obstante, en nuestro Código Civil, no se encuentra regulado de forma expresa el plazo para poder ejercitar la facultad resolutoria. Por ello, debemos acudir al artículo 1.964.2 CC que regula aquellas acciones que no tienen un plazo determinado:

*“Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los 5 años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan”.*

Por lo tanto, la parte que desee resolver el contrato tendrá un plazo de cinco años para poder llevar a cabo la facultad resolutoria.

Cabe añadir que la resolución del contrato en caso de darse las condiciones necesarias para ello conlleva que las partes vuelvan al estado anterior al establecimiento del contrato, es decir, como si este nunca hubiera existido. Esta retroactividad ha sido afirmada por la jurisprudencia y la doctrina. Un ejemplo de ello es la STS 31 de mayo de 1985:

*“La resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento tiende a cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el pacto no se hubiera celebrado, efecto que opera «ex tunc» y que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, lo que significa que la relación se extingue como si no hubiera tenido nunca existencia, sin perjuicio del respeto a los terceros de buena fe.”*

---

<sup>9</sup> STS núm. 162/2012 de 29 marzo, citando la 366/2008, de 19 de mayo.

#### 8.4. Análisis del caso concreto

El contrato de compraventa contiene una cláusula bajo el título “*pactos resolutorios*”. En ella se estipula que en el caso de que el hotel no obtuviera la subvención de un millón de euros por parte de la Junta de Andalucía se podría solicitar la resolución del contrato por parte de B. La subvención fue denegada y ante ello B entiende que podría resolver el contrato.

Por otro lado, nuestro cliente afirma que la falta de subvención no puede tener como consecuencia la resolución del contrato.

Como se ha expuesto en el apartado anterior, es muy probable que B alegue que estamos ante un pacto comisorio y, por ende, el precepto a aplicar el régimen del precepto 1.504 CC.

Como se ha mencionado también en el apartado anterior, la resolución del contrato no es automática, por lo tanto, el mero incumplimiento del comprador, en el presente caso no obtener la subvención de un millón de euros, no produce *ipso iure* la resolución de la compraventa inmobiliaria. Por lo tanto, esta enervación del automatismo beneficiaría a nuestro cliente que no desea la resolución del contrato.

Además, hay otros aspectos que impedirían a B ejecutar la resolución del contrato ya que no se dan todos los presupuestos para que B tenga la facultad para resolver el contrato. En primer lugar, para poder resolver el contrato es necesario que este se encuentre en vigor. B ha comunicado a nuestro cliente que el contrato de compraventa no ha entrado en vigor por no haberse cumplido la condición de obtención de la financiación. ¿Por qué B desea resolver un contrato que según él no se encuentra en vigor? A pesar de esta incoherencia en la argumentación de B, en el apartado sobre la cláusula suspensiva se ha concluido que el contrato se encuentra en vigor. Por lo tanto, el primer presupuesto para resolver el contrato se cumpliría.

En segundo lugar, existen prestaciones recíprocas y exigibles entre las dos partes. B debe pagar el precio pactado mientras que nuestro cliente debe de entregar el hotel. Así que esta condición para poder resolver el contrato también se daría.

En tercer lugar, para que el incumplimiento contractual permita resolver el contrato la obligación no cumplida debe ser esencial. Cualquier incumplimiento del contrato no basta para que este se pueda resolver. Así lo respalda la jurisprudencia, la Sentencia del Alto Tribunal de núm. 162/2012 de 29 marzo, que cita la 366/2008, de 19 de mayo expone lo siguiente:

*“Para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial y, en un intento de sintetizar, que de esa condición se hace merecedor (a) aquel que la tenga por haber sido esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la "lex privata" por la que se ha de regular su relación jurídica; (b) el que sea intencional y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo; y (c) aquel que, con independencia de la entidad de la obligación incumplida, produzca la consecuencia de privar sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, siendo ello previsible para el incumplidor”.*

Las partes no dotaron la obligación de obtener una subvención de un millón de euros de la Junta de Andalucía como una obligación esencial. No le dieron ese carácter. Por lo tanto, B no podría resolver el contrato debido a que la obligación incumplida no es esencial.

En cuarto lugar, otro de los requisitos necesarios para poder resolver el contrato cuando hay incumplimiento de una obligación es que esta obligación sea principal y no accesorio. En la cuestión preliminar se ha explicado que en el contrato de compraventa la principal obligación del vendedor es entregar la cosa mientras que la obligación principal del comprador es pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados en el contrato. Por lo tanto, la obtención de una subvención de un millón de euros de la Junta de Andalucía para hotel no se corresponde con ninguna de las obligaciones principales que tienen las partes en el contrato de compraventa.

En quinto lugar, el incumplimiento de la obligación debe ser grave, es decir, el incumplimiento de la obligación debe frustrar la finalidad del contrato. La no obtención

de la subvención de un millón de euros de la Junta de Andalucía no frustra la finalidad del contrato que es la compraventa de un hotel. La compraventa del bien inmueble puede proseguir a pesar de no obtener la subvención.

Del análisis realizado, se concluye que el incumplimiento de la obligación de no obtener la subvención no es esencial ni grave ni tampoco se trata de una obligación principal. No se cumplen los presupuestos requeridos por la doctrina y la jurisprudencia para poder resolver el contrato de compraventa. Por ello, nuestro cliente podrá estar tranquilo en caso de pleito ya que B no podrá probar que cumple con todos los requisitos necesarios para poder ejercer la facultad resolutoria.

## 9. TERCERA CUESTIÓN: LAS OBLIGACIONES CON CARÁCTER DE TÉRMINO ESENCIAL

La tercera cuestión que se plantea el caso es si el plazo de entrega tenía el carácter de término esencial. B alega que el plazo de entrega tenía el carácter de término esencial, por ello, como se ha producido un retraso en plazo, B defiende que no debe efectuar el pago. Mientras nuestro cliente A defiende que el plazo de entrega no tiene el carácter de término esencial y el retraso es irrelevante y, por ende, B debe efectuar el pago.

Primero, cabe establecer que se entiende por término esencial en un contrato. El diccionario del español jurídico define el término esencial como: *“plazo en el que necesariamente ha de cumplir el deudor la prestación para satisfacer el interés del acreedor, de modo que fuera de él carece de eficacia el cumplimiento de aquella”*. Por lo tanto, el término esencial en un contrato es aquel que sólo permite que la obligación se lleve a cabo en un momento concreto, excluyendo de esta manera el cumplimiento tardío y posibilitando la resolución del vínculo jurídico.

La jurisprudencia muestra de forma contundente las consecuencias de incumplir una prestación que tiene el carácter de término esencial en un contrato. En la STS de 8 de marzo de 2011 se puede leer lo siguiente:

*«De esa condición [de incumplimiento esencial] se hace merecedor, entre otros, el incumplimiento de una exigencia cualitativa, cuantitativa o circunstancial que hubiera recibido la calificación de esencial por voluntad, expresa o implícita, de las partes contratantes, a las que corresponde crear la “lex privata” por la que quieren regular su relación jurídica”.*

*“De acuerdo con ello habrá incumplimiento con entidad resolutoria cuando, tras la interpretación del contrato, se llegue a la conclusión de que las partes atribuyeron, de modo expreso o implícito, carácter esencial a la prestación, a la cantidad, a la cualidad o a la circunstancia que, al faltar, impide la plena adecuación de lo realizado con lo prometido”.*

De las palabras del TS, se extrae que para que una prestación tenga la condición de carácter de término esencial es imprescindible que las partes lo doten como tal ya sea bien de forma expresa o bien de forma implícita. Por lo tanto, las partes en virtud del principio de autonomía de voluntad de las partes podrán dotar a una determinada prestación de carácter esencial.

### **9.1. Análisis del caso concreto**

Se había fijado como fecha de entrega del hotel el día 20 de abril de 2020. Sin embargo, la entrega no se produjo hasta julio del mismo año. B entiende que, debido al retraso en el plazo, el cual tenía carácter de término esencial no debe aceptar la entrega ni proceder al pago.

Nos encontramos ante la problemática de no saber con exactitud si el plazo de entrega ha sido dotado por las partes como una prestación que tiene carácter de término esencial. Nuestro cliente afirma que el plazo de entrega no tenía el carácter de término esencial ya que no se manifiesta tal expresión en el contrato. Por otro lado, B defiende que el plazo tenía carácter de término esencial.

El carácter esencial del plazo no plantea problemas si existe una declaración expresa de las partes en tal sentido. Sin embargo, en el presente caso no existe tal declaración. Ante la imposibilidad de saber si el plazo tenía carácter de término esencial o no habría que indagar cuál era la voluntad de las partes en el momento de celebrar el contrato atendiendo a la naturaleza y circunstancias de la obligación.

No obstante, cada una de las partes manifiestan un razonamiento diferente, por ello, vamos a examinar los diferentes escenarios que pueden darse.

#### **Escenario 1: El plazo de entrega tiene carácter de término esencial**

Nos podemos encontrar ante la situación de que en el contrato se haya establecido que el plazo de entrega tiene la condición de término esencial. Aunque cabe añadir que esta posibilidad sería extraña, ya que para que una prestación tenga carácter de término esencial es necesario que ambas partes lo doten como tal, como se ha



mencionado en el apartado anterior. Nuestro cliente niega de forma rotunda que haya concedido esta naturaleza al plazo de entrega.

A pesar de que nuestro cliente afirma que no dotó el plazo con carácter de término esencial, si finalmente lo tiene, se podría dar la resolución del contrato, lo que supondría un perjuicio para nuestro cliente ya que este desea que el contrato se mantenga en vigor.

Así puede leerse en la STS 72/2015, de 20 de febrero de 2015:

*“ (...) el mero retraso, en principio, no da lugar a la resolución, cuando no es esencial, ni frustra el fin del contrato ni los intereses de parte. Sí da lugar cuando forma parte esencial del contrato o bien, en sí mismo, aparece como esencial. No cabe dar criterios prefijados sino atender al caso”.*

No obstante, cabe tener en cuenta que el carácter de término esencial posee una naturaleza excepcional y por ello, corresponderá al acreedor acreditar que la prestación tenía el carácter esencial del término.

Por lo tanto, recae sobre B la carga de la prueba y demostrar de forma efectiva que, en el contrato de compraventa, ambas partes tenían la voluntad inequívoca de dotar el plazo de entrega como prestación que tiene el carácter de término esencial. En el caso de que B, no sea capaz de demostrar esto, el plazo de entrega no tendrá carácter de término esencial y el retraso en la entrega no tendrá relevancia como afirma nuestro cliente.

#### Escenario 2: El plazo de entrega no tiene la condición de término esencial

El segundo escenario que se puede dar es que la prestación del plazo no tenga el carácter de término esencial. En este caso, no habría lugar para la resolución del contrato como manifiesta la doctrina del TS. Esta doctrina ha establecido que el mero retraso en el cumplimiento de la obligación -en el presente caso, la entrega del hotel- no faculta a la parte contraria a resolver el contrato. Esto es debido a que, a juicio del propio Tribunal Supremo, el retraso en el cumplimiento de una prestación no

constituye un incumplimiento grave o esencial y, por lo tanto, no tiene trascendencia resolutoria.

A lo anterior hay que añadir otra razón subyacente más. El Tribunal Supremo no desea amparar pretensiones resolutorias las cuales tienen un carácter oportunista, en las cuales el acreedor ya no desea cumplir con la prestación y toma la decisión de aprovechar el retraso para así resolver la relación contractual. Esta situación podría darse en el presente caso, B no desea cumplir con sus obligaciones contractuales ya que no ha obtenido la financiación y utilizar el retraso como arma para poder resolver el contrato. Esto se puede ver en la STS 5629/2015, de 30 de diciembre de 2015:

*“ (...) exigiéndose por quien promueve la resolución al amparo del mismo no solo que haya cumplido antes las obligaciones que le conciernen sino, además, que tenga un interés jurídicamente atendible, a fin de no amparar pretensiones resolutorias ante situaciones de incumplimiento más aparente que real”.*

Asimismo, el Alto Tribunal también se apoya en el principio de conservación de los contratos expuesta en la STS 445/2018, de 12 de julio:

*“Para entender que hay incumplimiento contractual no basta el mero retraso y se requiere un interés jurídicamente atendible conforme a la buena fe contractual”.*

Por lo tanto, si no se ha dotado al plazo de entrega de carácter de término esencial. B no está facultado para resolver el retraso simplemente por el mero retraso en la entrega del bien inmueble. Nuestro derecho no ampara la resolución del contrato simplemente porque el vendedor se ha retrasado en el plazo de entrega.

Otra argumentación que podría considerar en utilizar B más allá de que el plazo de entrega tenía el carácter de término esencial, es que se trata de un retraso que ha frustrado las expectativas del contrato de compraventa. Nuestro cliente ha tardado entre 2 y 3 meses en entregar el bien inmueble. Ha transcurrido un periodo de tiempo corto que no ha frustrado el fin del contrato que es la compraventa de un hotel.

A modo de ejemplo, la STS 1052/1998 de 14 de noviembre de 1998 calificó el retraso como incumplimiento resolutorio al haber transcurrido un periodo de tiempo de un año y medio desde la fecha en la que está prevista la entrega del bien inmueble.

Por otro lado, la STS 997/1997 de 8 de noviembre de 1997 rechazó que el retraso del deudor pudiera constituir incumplimiento resolutorio debido a que había transcurrido un tiempo de margen escaso entre el momento previsto para la entrega del objeto y cuando finalmente se produjo la entrega del bien.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que para que haya un incumplimiento grave en cuanto al plazo de entrega del bien que justifique la resolución del contrato es necesario que el periodo de tiempo sea igual o superior a un año. Un ejemplo de ello es la STS 556/2016 de 21 de septiembre de 2016 donde se había suscrito un contrato compraventa de vivienda en construcción con un promotor. El TS expone lo siguiente:

*“El fundamento principal de la sentencia recurrida, erigido realmente en su razón decisoria, consiste en que, según un criterio reiterado del propio tribunal sentenciador, no hay un grave incumplimiento del vendedor que justifique la resolución del contrato por el comprador si el retraso no es igual o superior a un año, a no ser que el plazo de entrega se haya fijado en el contrato como esencial”.*

Si finalmente no se ha utilizado la expresión de carácter de término esencial respecto al plazo de entrega tal y como afirma nuestro cliente, además de no haber un incumplimiento grave ya que nuestro cliente ha entregado el hotel en un plazo de tiempo muy inferior al año y encima la finalidad del contrato no se ha visto frustrada, va a ser realmente complicado para B poder resolver el contrato simplemente porque se ha producido un retraso en el plazo de entrega debido a la doctrina consolidada del propio Tribunal Supremo.

## 10. CUARTA CUESTIÓN: LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

La cuarta cuestión por examinar es si cabe la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* debido a la existencia de la pandemia del COVID-19. Antes de abordar este punto, toca analizar en que consiste la doctrina de la *rebus sic stantibus*.

### 10.1. Definición de la cláusula *rebus sic stantibus*

La cláusula *rebus sic stantibus* se utiliza en Derecho con el fin de manifestar que una norma será aplicable siempre y cuando se mantengan las circunstancias para las cuales se estableció. Como indica la traducción de esta expresión que significa de forma literal “mientras continúen así las cosas”. Por lo tanto, en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*, los contratos y tratados que la incorporen podrán ser revisados en el caso de que surjan circunstancias nuevas o diferentes que alteren las condiciones que existían en el momento en que las partes pactaron sus obligaciones.

José Antonio Ferrer, abogado especialista en Derecho Civil define la cláusula *rebus sic stantibus* de la siguiente manera:

*“La cláusula rebus sic stantibus pretende un restablecimiento del equilibrio de las prestaciones contractuales, esto es, que una parte no se vea más beneficiada que la otra por mantener las condiciones de un contrato que se pactó antes del hecho imprevisible e inevitable.*

*Con esta cláusula, se pretende que las dos partes se vean en igualdad de condiciones, mediante la modificación del contrato para que la parte que estaba aventajada iguale posiciones con la perjudicada, a fin de evitar lo que técnicamente se conoce como una excesiva onerosidad y que en lenguaje más coloquial evitar que una parte se beneficie respecto de la otra de las circunstancias imprevistas”.*

Cabe mencionar que como complemento a la expresión anteriormente citada suele acompañarse *pacta sunt servanda* la cual significa que los contratos están para

cumplirse. De esta manera, se expresa de forma conjunta *pacta sunt servanda rebus sic stantibus* y significa que será obligatorio el cumplimiento de los pactos mientras que las circunstancias en la cuales se habían celebrado el contrato no cambien.

## **10.2. Justificación legal de la cláusula *rebus sic stantibus***

La cláusula *rebus sic stantibus* no se encuentra regulada en ningún artículo en concreto, sino que su origen se debe a una construcción doctrinal que la jurisprudencia ha aceptado. Y esta doctrina también se reconoce como parte del derecho internacional consuetudinario ya que se encuentra prevista en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

No obstante, existen dos preceptos de nuestro Código Civil que ejercen como la justificación legal de dicha cláusula, que son los siguientes:

*“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”*.  
Artículo 7.1 del Código Civil.

*“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*. Artículo 1258 del Código Civil.

En base a los artículos citados, la justificación legal de la cláusula *rebus sic stantibus* se encuentra en la buena fe. Esto es debido a que cuando se produce un cambio significativo en el contexto, no habría buena fe en seguir aplicando las normas de la misma manera que cuando no existía tal modificación, ya que hay que tener siempre presente las circunstancias.

### **10.3. Diferencia entre la cláusula *rebus sic stantibus* y caso fortuito**

En ocasiones, podemos encontrarnos ante el error de confundir la cláusula *rebus sic stantibus* y el caso fortuito. Sin embargo, la principal diferencia entre ambas es que la cláusula *rebus sic stantibus* hace referencia a la existencia de modificaciones que no producen la imposibilidad de incumplir con la obligación en cuestión. Mientras que el caso fortuito trae como consecuencia que el suceso no permite cumplir con las obligaciones pactadas.

Asimismo, con lo que se pretende con la doctrina de la *rebus sic stantibus* es una modificación de los términos del contrato para que se ajusten al contexto y de esta manera, poder llevar a cabo el cumplimiento de las obligaciones por las partes.

### **10.4. Requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus***

Como se ha comentado anteriormente, la cláusula *rebus sic stantibus* no se encuentra expresamente reconocida por ningún artículo. Por ello, dicha cláusula no está legalmente reconocida y esto conlleva que a pesar de que haya sido elaborada doctrinalmente y que sirva a los principios de equidad, se puede dar casos en que los Tribunales no la admitan, ya que su admisión debe ser lo más cautelosa posible.

La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ha tenido un carácter muy excepcional y restrictiva por nuestros Tribunales y, sobre todo, por el Tribunal Supremo. Sin embargo, en el año 2014, el propio Tribunal Supremo, dictó una sentencia con el objetivo de normalizar y flexibilizar su aplicación<sup>10</sup>. En esta sentencia, el Alto Tribunal matizaba las condiciones que deben darse para aplicar la doctrina *rebus sic stantibus*. En primer lugar, debe tratarse de un acontecimiento sobrevenido, de carácter fortuito, imprevisible. En palabras de ORDUÑA, ex magistrado del Tribunal Supremo y ponente de las sentencias creadoras de jurisprudencia sobre la doctrina de la *rebus sic stantibus*: *“la cláusula rebus sic stantibus requiere de circunstancias no venga previamente establecido como un riesgo “normal o previsible” del cumplimiento*

---

<sup>10</sup> STS núm. 333/2014, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2014.

*contractual programado y, por tanto, que no esté asignado a ninguna de las partes contratantes*<sup>11</sup>.

En segundo lugar, la aplicación de la cláusula rebus requiere que se haga una valoración de las consecuencias de este cambio de circunstancias, en el plano causal del contrato celebrado. ORDUÑA manifiesta que esta valoración se debe realizar teniendo en cuenta la naturaleza y tipicidad del contrato en cuestión y, sobre todo, la incidencia del cambio en la base del negocio como expresión del sentido económico que informó el contrato<sup>12</sup>.

El cambio de circunstancias determinará la desaparición de base del negocio cuando:

1. La finalidad económica primordial del contrato se frustra o se torna inalcanzable.
2. La equivalencia de las prestaciones en el contrato desaparece o resulta alterada significativamente.
3. La finalidad económica del contrato para una de las partes, se fusta o deviene inalcanzable.
4. Esta alteración de la base económica del contrato debe operar, a su vez, una “excesiva onerosidad” en la parte contractual afectada por la misma, de forma que comporte un perjuicio injustificado para la misma. Esto iría desde un sustancial incremento del coste de la prestación, o por contra una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida, hasta un resultado empresarial de reiteradas pérdidas o de falta de cualquier margen de beneficio.

ORDUÑA afirma que, por lo general, la cláusula rebus tiene su aplicación en el campo de los contratos de tracto sucesivo (arrendamientos de locales de negocio, de industria, de contratos de suministro, de contratos de explotación, etc.), pero no puede

---

<sup>11</sup> JAVIER ORDUÑA (2020) “La cláusula *rebus sic stantibus*” y la crisis derivada del coronavirus”. Aranzadi digital num.1/2020.

<sup>12</sup> *Ibid.*

descartarse su aplicación en los contratos de tracto único, cuya base del negocio se haya visto igualmente alterada por el cambio de circunstancias<sup>13</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia señala que existen más posibilidades de que dicha doctrina pueda aplicarse a los contratos de larga duración. La STS 156/2020 de 6 de marzo de 2020 lo argumenta de la siguiente manera:

*El cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la rebus sic stantibus es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato. En nuestro caso, en que la duración del contrato es de un año (...) En consecuencia, no resultaba de aplicación la regla rebus sic stantibus.”*

#### **10.5. ¿Se puede invocar la cláusula rebus sic stantibus ante la crisis provocada por la COVID-19?**

La pandemia del COVID-19 ha transformado la sociedad en todos los ámbitos y, por ello, la cláusula *rebus sic stantibus* podrá aplicarse en aquellos casos donde exista una dificultad para cumplir las prestaciones que fueron pactadas en un escenario económico y social distinto del producido por la pandemia.

Ante esta situación, el Gobierno elaboró el Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, en cuyo Preámbulo se expone lo siguiente: “*ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula rebus sic stantibus, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si*

---

<sup>13</sup> JAVIER ORDUÑA (2020) “La cláusula “rebus sic stantibus” y la crisis derivada del coronavirus”. Aranzadi digital num.1/2020



*concurrir los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual”.*

Sin embargo, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* no puede utilizarse como una excusa para no cumplir el contrato o bien como una astucia procesal. Habrá que tener en consideración el *ex ante* (momento en que se celebra el contrato) y el *ex post* (existen circunstancias imprevisibles que afectan al negocio entre las partes). Por lo tanto, será de especial relevancia analizar caso por caso y estudiar si se dan los requisitos necesarios para poder aplicar esta doctrina.

La situación ideal sería que las partes negociarían de nuevo con total transparencia y de buena fe aquellos términos del contrato que se han visto afectados por la COVID-19 sin necesidad de acudir a los Tribunales. Es importante entender que dentro de la dinámica de la cláusula *rebus sic stantibus* no hay vencedores ni vencidos, sino lo que se busca es conseguir el equilibrio contractual, el cual se ha visto amenazado por la pandemia.

Como ejemplo de los mencionado anteriormente se encuentra el Decreto-ley 34/2020, de 20 de octubre, aprobado en Cataluña, que señala en su Exposición de Motivos que “*se adopta una solución expeditiva en sintonía con el fundamento de la cláusula rebus sic stantibus y se evita, al mismo tiempo, el incremento indeseable de la litigiosidad”.*

## **10.6. Análisis del caso concreto**

B considera que ante la existencia de la pandemia del COVID-19, el precio de la compraventa debería rebajarse un 30% ya que la expectativa de ocupación del hotel ha caído y, por lo tanto, debe aplicarse la doctrina *rebus sic stantibus*.

A la hora de realizar el contrato, las partes negociaron unas condiciones en base a la situación actual y sin tener en cuenta la pandemia del COVID -19, la cual ha afectado de forma considerable la economía mundial.

Ante esta situación en nuestro país se efectuaron las declaraciones del estado de alarma por la COVID-19 mediante el Real Decreto-ley 463/2020, de 14 de marzo y el Real Decreto-ley 926/2020, de 25 de octubre. Cabe destacar que la declaración del estado de alarma en España solo ha tenido un precedente: el año 2010 mediante Real Decreto-ley 1673/2011, para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Por lo tanto, es evidente que nos encontramos ante unas circunstancias absolutamente extraordinarias, requisito para poder aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*.

Así lo hizo la sentencia 1/2021 del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona del 8 de enero de 2021, la cual declaró el carácter extraordinario de la crisis provocada por el COVID-19 al señalar que esta ha tenido un gran impacto a nivel mundial, sin precedentes salvo la crisis de la gripe española.

Además, cabe señalar que el sector hostelero ha sido uno de los más afectados por la pandemia ya que el confinamiento de la población ha imposibilitado que los hosteleros consiguieran ocupar sus hoteles.

Pero, a pesar de que las partes se encuentren en unas circunstancias extraordinarias, completamente distintas a las que acontecían en la celebración del contrato ¿se puede aplicar la doctrina de la *rebus sic stantibus*?

En primer lugar, es un hecho evidente que se ha producido una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias y este cambio no es imputable a ninguna de las partes. Era muy complicado, casi imposible, prever por cualquiera de las partes que en el futuro se produciría una pandemia a nivel mundial y traería como consecuencia el confinamiento de la población y el estancamiento de la economía nacional e internacional.

Sin embargo, no es suficiente por sí sola la invocación de la crisis epidémica para aplicar la doctrina de la *rebus sic stantibus*. En otras palabras, aunque la pandemia haya producido una modificación radical de las circunstancias, no implica la aplicación automática de la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que como se ha mencionado

anteriormente, la aplicación de esta tiene un carácter muy excepcional. Los Tribunales deben de ponderar caso por caso cuál se considera la solución más justa y equitativa.

Por ello y como se especificaba en el apartado anterior, será necesario hacer una valoración sobre los efectos que han tenido el cambio de circunstancias sobre la base del negocio y si esta se ha visto o no frustrada a causa de la pandemia.

En el presente caso, la finalidad económica primordial del contrato no se ha visto frustrada a causa de la pandemia, ya que esta no impide que se pueda efectuar la compraventa del hotel. Tampoco la pandemia ha conllevado un desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes: A puede poner a disposición de B el hotel y esté entregar el precio pactado.

Un ejemplo de que la simple existencia de la pandemia no comporta la aplicación automática de la cláusula rebus es el Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 que resuelve un caso de un arrendatario que explotaba un hotel. Este solicita una modificación en la renta del establecimiento debido a la crisis económica y, por lo tanto, la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. Sin embargo, el Alto Tribunal deniega la aplicación de dicha cláusula declarando que los resultados desfavorables del hotel no se debían de forma exclusiva a la crisis económica sino también a otros factores como la mala administración del hotel.

Por lo tanto, B deberá probar el nexo causal y directo entre la pandemia y la dificultad de cumplir con sus obligaciones contractuales. Así lo declara el Juzgado de Primera Instancia número 31 de Barcelona en el auto de 21 de septiembre de 2020, manifestando que, aunque la pandemia causada por el COVID-19 puede ser considerado “*un acontecimiento notorio e inimaginable*” para poder aplicar la doctrina *rebus sic stantibus* es de vital importancia confirma que hay una causalidad directa de la pandemia sobre el cumplimiento de las obligaciones.

Asimismo, es indispensable a la hora de admitir la cláusula *rebus sic stantibus* exista una mutación fáctica sustancial. Por lo tanto, para valorar la causalidad de la pandemia sobre un negocio, será necesario que el desequilibrio entre las prestaciones sea

duradero y no eventual<sup>14</sup>. Por lo tanto, B tendrá que demostrar que la pandemia del COVID-19 va a provocar una baja ocupación del hotel durante un largo periodo de tiempo. Además, tras el desconfinamiento de la población, los hoteles volverán a recibir huéspedes, es decir, en caso de que B demuestre que la caída de la ocupación esta no tiene un carácter duradero.

No obstante, hay un hecho que nuestro cliente debe tener presente. En nuestro país, algunos tribunales han procedido a llevar a cabo rebajas en el alquiler de los hoteles ante la llegada de la pandemia. Por ello, podría llegar a ser comprensible el racionamiento de B de bajar el precio de compraventa.

Un ejemplo de ello fue el auto dictado por la Audiencia Provincial de Valencia. Este Tribunal fue el primero en aplicar la doctrina *rebus sic stantibus* para la rebaja de un alquiler de hotel. La Audiencia confirmó en su fallo el auto de medidas cautelares dictado el 25 de junio de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia que en virtud de la doctrina *rebus sic stantibus* se aplazaría el pago de la renta un 50% por un hotel situado en Calviá. La Audiencia en el auto manifiesta lo siguiente:

*“Es indudable el carácter extraordinario e imprevisible de la pandemia que, además, ha tenido efectos devastadores precisamente en el sector del turismo”  
(...) Es difícil imaginar una situación más grave que la que nos ocupa y que se sitúa fuera del ámbito de los riesgos 'normales' o previsibles del contrato”.*

Por otro lado, otro requisito a tener en cuenta a la hora de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* es la necesidad de que el contrato sea de tracto sucesivo. El Tribunal Supremo en la sentencia 313/2004, de 22 de abril de 2014 señala lo siguiente:

*“Esta Sala entiende que el contrato de compraventa es un contrato de tracto único, no obstante, la forma aplazada del precio los contratos de tracto sucesivo dan lugar a las obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo, lo que no ocurre en la compraventa, aunque se pacte un aplazamiento del pago. Ahora bien, esta distinta calificación del*

---

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 5/2019, de 9 de enero de 2019.

*contrato no implica la casación y anulación de la sentencia, sino que su única consecuencia es que, como dice la sentencia de 15 de noviembre de 2000, “esta clase de contratos la cláusula «rebus sic stantibus» es aún de aplicación más excepcional que en los de tracto sucesivo”.*

Siguiendo la línea del Alto Tribunal, la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* en los contratos de compraventa es un hecho totalmente excepcional, pero teniendo en cuenta que ello no implica que en determinados casos pueda procederse a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos de tracto único.

Por lo tanto, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el presente caso presenta dificultades. Ya no solo porque nos encontramos ante un contrato de tracto único sino porque la pandemia no ha frustrado la finalidad principal del contrato: la compraventa de un hotel. Asimismo, B deberá ser capaz de demostrar de forma efectiva la causalidad existente entre la pandemia y la caída de las expectativas de ocupación del hotel. Y que esta caída de la ocupación se mantendrá en el tiempo.

## 11. QUINTA CUESTIÓN: LA CLÁUSULA PENAL EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

La cláusula penal es una disposición pactada entre los contratantes en la cual la parte que incumpla una obligación principal estipulada en el contrato deberá de pagar una pena. En consecuencia, el objetivo de la cláusula penal es penalizar a la parte contratante que no ha cumplido con sus obligaciones, además, de desincentivar futuros incumplimientos.

El jurista y profesor universitario, Díez-Picazo la define de la siguiente manera:

*“Sanción, convencionalmente establecida, del incumplimiento o cumplimiento defectuoso”<sup>15</sup>.*

### 11.1. Caracteres de la cláusula penal

**Accesoriedad.** En primer lugar, se trata de una cláusula que origina una obligación: la de cumplir una pena, la cual tiene carácter accesorio. El nacimiento de esta obligación depende de que se haya incumplido con la obligación principal del contrato y que sea imputable al deudor. De modo que su extinción depende de la extinción de la obligación principal<sup>16</sup>.

**Condicionabilidad.** La cláusula penal sirve de refuerzo de la obligación principal al ejercer una presión sobre el deudor. Este último sabe que si incumple el contrato deberá de pagar una indemnización, de esta manera, se disuade al deudor de incumplir el contrato. Sin embargo, la cláusula penal no constituye una garantía de cumplimiento, su existencia *per se* en un contrato no asegura que el deudor vaya a cumplir con sus obligaciones.

---

<sup>15</sup> DÍEZ-PICAZO (2006). “Cláusula penal y resolución del contrato”. Vol. 1, 2006, ISBN 84-96347-87-7, págs. 385-408

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ, JOSÉ MIGUEL (1993) “*Sobre la cláusula penal en el Código Civil*”, pág. 526.

## 11.2. Tipos de cláusula penal

Existen diversas clasificaciones para organizar los diferentes tipos de cláusulas penales. Sin embargo, la clasificación más apoyada por la doctrina diferencia entre tres tipos:

1. **Cláusula penal compensatoria.** Ante el incumplimiento o el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, surge la obligación de indemnizar por daños y perjuicios. Es la regla contemplada en el artículo 1.152 CC:

*“En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código”.*

Esta indemnización constará de la cantidad equivalente al valor de la obligación principal más una cantidad resarcitoria por el daño que se ha causado al acreedor por incumplir o cumplir de forma irregular<sup>17</sup>.

2. **Cláusula penal cumulativa.** Ante el incumplimiento o el cumplimiento irregular por parte del deudor, el acreedor tendrá el derecho de exigir la cláusula penal que se haya pactado, además de una reparación ordinaria que puede ser el cumplimiento forzoso o la indemnización por daños y perjuicios<sup>18</sup>.
3. **Cláusula penal facultativa.** Al deudor se le otorga la facultad de poder liberarse del cumplimiento de la obligación principal pagando la pena. En otras palabras, el acreedor deberá decidir cómo liberar al deudor del cumplimiento de la obligación: o bien cumpliendo con lo pactado o pagando la pena estipulada.

---

<sup>17</sup> GAY ALVAREZ (2019). ‘Función y Moderación de la Cláusula Penal’. Universidad de Valladolid.

<sup>18</sup> *Ibid*

### 11.3. Funciones de la cláusula penal

La cláusula penal tiene las siguientes funciones:

**Función de garantía.** La cláusula penal es un aliciente para cumplir con la obligación principal, una especie de refuerzo o “amenaza” para conseguir que el deudor cumpla con aquello que se estipula en el contrato ya que de lo contrario deberá pagar con la cantidad establecida.

**Función punitiva.** Los defensores de esta función argumentan que la cláusula penal es un castigo por el hecho de no haber cumplido con la obligación principal.

**Función liquidatoria.** Se trata de la liquidación de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación como señala el artículo 1.152 CC: “*la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado*”<sup>19</sup>.

**Función alternativa.** Facultad que permite a las partes pactar una prestación alternativa para que el deudor tenga la facultad de liberarse bien a través del cumplimiento de la obligación principal o bien cumpliendo la segunda opción pactada.

### 11.4. La exigibilidad de la cláusula penal

El presupuesto base para exigir la ejecución de la cláusula penal es el incumplimiento de la obligación principal, o cumplimiento irregular, por parte del deudor.

Sin embargo, este requisito no es el único ya que la doctrina de nuestro Tribunal Supremo reúne cuatro presupuestos más para que la obligación penal sea exigible: incumplimiento específico, subsistencia de los supuestos para los que se pactó la pena, imputabilidad del deudor en el incumplimiento y opción del acreedor por la

---

<sup>19</sup> GAY ALVAREZ (2019). “*Función y Moderación de la Cláusula Penal*”. Universidad de Valladolid.



exigencia de la pena en el supuesto de tratarse de pena sustitutiva. Vamos a analizar cada una de ellas brevemente.

En primer lugar, se encuentra el incumplimiento específico. Como se ha comentado anteriormente, el incumplimiento de la obligación principal es el requisito esencial para que sea exigible la cláusula penal que se ha pactado en el contrato.

En segundo lugar, el incumplimiento debe ser imputable al deudor. El Código Civil en su artículo 1.101 establece que cuando se produzca el incumplimiento de una obligación y esta sea imputable al deudor, es necesario que el incumplimiento sea realizado por el propio deudor de forma dolosa o culpable. Por lo tanto, además de la existencia de incumplimiento de la obligación principal es necesario que el incumplimiento sea imputable al deudor ya que, si el incumplimiento de este tiene alguna justificación o bien es culpa del acreedor, la cláusula penal no será exigible.

En tercer lugar, es necesario que la obligación principal que está garantizando la cláusula penal siga existiendo, es decir, que no se haya extinguido, y no haya sido modificada<sup>20</sup>. La jurisprudencia ha manifestado en múltiples ocasiones esta necesidad de que se mantenga la obligación principal en su estado original. Un ejemplo de ello es la STS de 15 de noviembre de 2000 que declara lo siguiente:

*“la pena pactada sólo podrá aplicarse si una vez establecida continúa en vigor al producirse el incumplimiento que sanciona, no cuando se han alterado los supuestos en base a los cuales se pactó, como ocurre cuando convenida la entrega de una obra en un determinado día resulta que se ha aumentado el volumen de aquella...”*

En cuarto y último lugar, se encuentra el requisito de opción del acreedor por la pena. Este requisito solo se da en los casos que estemos ante una cláusula penal facultativa. Cuando se produce el incumplimiento, el acreedor deberá elegir entre exigir el cumplimiento forzoso de la obligación principal, o bien exigir la pena pactada.

---

<sup>20</sup> GAY ALVAREZ (2019). ‘Función y Moderación de la Cláusula Penal’. Universidad de Valladolid.

## **11.5. La moderación de la cláusula penal**

La base legal de la moderación de la cláusula penal se encuentra en el artículo 1.154 CC:

*“El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.*

De este precepto se extrae que el Juez en determinados casos podrá modificar la pena ‘equitativamente’. Por lo tanto, el trabajo del juez en virtud de este artículo consistirá en establecer proporcionalidad entre la pena pactada para el incumplimiento y el grado de cumplimiento efectivo que ha realizado el deudor. Por ejemplo, no tendría ningún sentido y sería injusto que, si el deudor ha cumplido con un 50%, deba pagar el 100% de la pena. Sería totalmente desproporcionado. De esta manera, el Juez no podrá moderar la pena cuando el incumplimiento sea total ya que para ello se ha previsto la cláusula penal.

Sin embargo, la moderación de la cláusula penal no operará en aquellas penas que sean consideradas por alguna de las partes excesivas o abusivas. Esto es debido al hecho de que el juez no tiene la potestad para valorar la proporcionalidad de la pena pactada libremente entre las partes.

## **11.6. Análisis del caso concreto**

En el contrato de compraventa se pactó una cláusula penal que preveía que, en caso de incumplimiento, además de abonar los daños y perjuicios, la parte incumplidora deberá pagar 300 millones de euros. B defiende que no debe pagarse esa penalidad por ser abusiva y que debería moderarse por un juez. Mientras nuestro cliente reclama el pago íntegro del precio y la penalidad prevista en el contrato.

Primero de todo, es necesario examinar si se cumplen las condiciones indispensables establecidas por el Tribunal Supremo para poder exigir el cumplimiento de la cláusula penal.

En primer lugar, debe haber un incumplimiento de la obligación principal o cumplimiento de forma parcial o irregular de la obligación principal. La obligación principal de un comprador en un contrato de compraventa es la de pagar el precio pactado. B tan solo ha realizado un pago parcial del 10% del precio, por lo tanto, no ha cumplido con su obligación principal de forma completa ya que no ha abonado la cantidad total.

En segundo lugar, el incumplimiento debe ser imputable a B. Además, en la conducta de B debe haber dolo o culpa, por lo que será necesario analizar si ha mediado dolo o culpa en el incumplimiento de B de no pagar el precio pactado. En el dolo existe una intención deliberada de cometer una acción. En el presente caso, B no ha querido cumplir con el contrato y pagar el precio pactado. B decide de forma unilateral que no debe cumplir el contrato debido a que no ha obtenido la financiación, la subvención y el plazo de entrega tenía -según él-carácter de término esencial. Debido a estas argumentaciones se niega a cumplir con su obligación principal y pagar el precio estipulado. De esta manera, el incumplimiento es imputable a B al haber actuado de forma dolosa al no tener intención de entregar el precio del bien inmueble a nuestro cliente.

Hay que tener en cuenta que tanto la cláusula penal como la resolución del contrato son consecuencias del incumplimiento de este. Y el incumplimiento es la "*conditio iuris*" para exigir la pena<sup>21</sup>. Asimismo, aunque el contrato haya sido resuelto, la parte perjudicada por el incumplimiento ha sufrido un daño que debe ser resarcido. Por ello, la cláusula penal puede considerarse una excepción a la retroactividad de la resolución del contrato. Así lo pronuncia el Tribunal Supremo en la STS de 11 de julio de 1997:

*"...si bien es cierto que el simple incumplimiento contractual de suyo no genera la obligación de indemnizar por cuanto ello implica el resarcimiento del daño o perjuicio y no obtener la ventaja que el cumplimiento del contrato no hubiera*

---

<sup>21</sup> GAY ALVAREZ (2019). "*Función y Moderación de la Cláusula Penal*". Universidad de Valladolid.

*reportado por regla general, el incumplimiento, cuando así se declara, es generante per se de un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral”.*

De esta manera, el Tribunal Supremo admite la acumulación de la resolución del contrato con la indemnización de daños y perjuicios, la reclamación de intereses legales y de la cantidad pactada como pena en la cláusula penal<sup>22</sup>. De esta manera, la resolución del contrato es perfectamente compatible con la efectividad de la cláusula penal.

Además, si las partes han establecido una cláusula penal en caso de incumplimiento, aunque también se haya pactado una *lex comisoría* -como ocurre en el presente caso- no tendría sentido que, en caso de incumplimiento y resolución del contrato, la cláusula penal no se aplicará. Se estaría yendo en contra de la autonomía de la voluntad de las partes ya que la cláusula penal es algo que ellas mismas, por su propia voluntad, han decidido incluir en el contrato. De esta manera, si hay incumplimiento la pena debe exigirse.

Por otro lado, sería injusto para la parte perjudicada que, habiendo previsto una cláusula penal, la parte que ha incumplido pudiera liberarse de cualquier responsabilidad. Además, de comportar una situación de inseguridad jurídica. La cláusula penal se establece como garantía al cumplimiento como se especifica en el epígrafe anterior.

De esta manera, nuestro cliente puede sentirse seguro ya que en el caso de que el contrato finalmente se resuelva, se puede aplicar la cláusula penal pactada en el contrato.

El último requisito, sólo aplica a las cláusulas penales facultativas y en el presente caso nos encontramos ante una cláusula penal compensatoria, en la cual, en caso de

---

<sup>22</sup> GAY ALVAREZ (2019). “*Función y Moderación de la Cláusula Penal*”. Universidad de Valladolid.

incumplimiento o cumplimiento irregular, surge la obligación de indemnizar por daños y perjuicios.

Finalmente, una vez efectuado el análisis de los presupuestos, se concluye que se dan todas las condiciones para que nuestro cliente pueda exigir el cumplimiento de la cláusula penal pactada entre las partes en el contrato de compraventa.

Otro aspecto que tratar es la invocación por B respecto de que no procede la aplicación de la cláusula penal solicitada por A por ser esta abusiva. Para determinar si una cláusula es abusiva o no es necesario consultar el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que define cuándo una cláusula es abusiva:

*“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.*

La determinación de lo que se considera una cláusula abusiva se realiza con el objetivo de proteger a los consumidores de posibles abusos. Por ende, para que una cláusula sea considerada abusiva, es necesario además de lo manifestado en el citado artículo, que la cláusula se aplique a un consumidor. No obstante, ¿puede considerarse B, sujeto que va a efectuar la compra de un hotel por un precio de 100 millones de euros, un consumidor? El propio texto refundido en su artículo 3.1. expone de manera clara que se entiende por consumidor o usuario:

*(...) “son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.*

B no actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial y sin ánimo de lucro ya que en los hechos se declara que el propio B había solicitado una rebaja en el precio del hotel debido a la caída de las expectativas de ocupación debido a la Covid-19. Por lo tanto, B tiene la intención de llevar a cabo actividades comerciales y obtener un lucro con la compra del hotel. Es precisamente este propósito lo que hace que B no pueda ser considerado un consumidor y, por ende, no tiene la protección que posee un consumidor.

B poseía el grado de información y poder de negociación suficientes para comprender las consecuencias de incluir en el contrato de compraventa una cláusula penal, al contrario de lo que sucede con los consumidores que carecen de la información necesaria. Las partes, en virtud de su autonomía de voluntad, habían pactado la cláusula penal y su castigo en caso de incumplimiento de la obligación principal. Esta cláusula no ha sido impuesta de ninguna manera a B.

Por lo tanto, la cláusula penal no puede considerarse abusiva al no cumplir los requisitos del artículo 82, además de que B no puede ser considerado un consumidor. Por ende, no habría justificación para no pagar la penalidad pactada entre las partes

Asimismo, en el apartado anterior se mencionó que el Juez no puede entrar a valorar si una cláusula penal es abusiva o no lo es. Fuera del Derecho de consumo no cabe la moderación ni la supresión de las penalizaciones simplemente porque sean exorbitantes o alguna de las partes lo considere así. La razón es simple: *pacta sunt servanda*. Así queda recogido en la STS 511/2018 del 14 de enero dictada por el Tribunal Supremo:

*“La posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que establece el art. 1255 CC, puesto que no hay un control específico de abusividad para los contratos entre empresarios”.*

No obstante, hay que tener en cuenta que existen dos supuestos donde cabe la aplicación del artículo 1.154 CC y poder moderar la cláusula penal. El primer supuesto

se produce cuando la pena prevista en la cláusula penal sea extraordinariamente elevada en comparación a los daños producidos. Así lo refleja la sentencia 530/2016 del 13 de septiembre del Tribunal Supremo:

*“ [...] no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, ex ante, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate: pacta sunt servanda. Sin embargo, sí parece compatible con el principio pacta sunt servanda que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal”.*

Sin embargo, en el caso de que B desee alegar este argumento para moderar la pena, le corresponderá la carga de probar que la cuantía de la pena pactada es extraordinariamente más elevada que el daño efectivamente causado a nuestro cliente. La jurisprudencia ha sido muy insistente en este punto: sentencias 44/2017, de 25 de enero, 126/2017, de 24 de febrero, 61/2018, de 5 de febrero, 441/2018, de 12 de julio, 148/2019.

El segundo supuesto que permite moderar la cláusula penal es cuando existe un incumplimiento parcial o defectuoso. Así lo ha expuesto la STS 585/2006, de 14 de junio:

*“(...) es doctrina constante de esta Sala que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del*

*Código Civil si se produce exactamente la infracción prevista; o por decirlo con otras palabras, que la moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció (...)*”.

Como se expone en la sentencia, únicamente corresponde al juez moderar la cláusula penal cuando ésta prevea un incumplimiento de mayor entidad al incumplimiento efectivo del deudor, no en el resto de los casos<sup>23</sup>. En los hechos tan sólo se declara que en caso de incumplimiento la parte incumplidora pagaría la pena, pero no especifica qué clase de incumplimiento. Nuestro cliente debe tener especial cuidado en este punto, porque si la cláusula penal se ha especificado para un cumplimiento total, B podría alegar que él ha cumplido de forma parcial con su obligación principal al pagar un 10% del precio y al haber un cumplimiento parcial, solicitar la moderación judicial de la pena.

---

<sup>23</sup> IGNACIO MARÍN (2008) “Cláusula penal: la facultad moderadora del juez”. InDret: Revista para el análisis del derecho.



## **12. SEXTA CUESTIÓN: LA CARTA DE PATROCINIO**

La última cuestión a tratar son los efectos que tiene la Carta de Patrocinio que había suscrito la sociedad matriz de B por la cual se compromete hacer los mayores esfuerzos para que B tuviera los fondos suficientes de hacer frente a las obligaciones que se había comprometido con A. Nuestro cliente está reclamando el pago íntegro y la penalidad a la sociedad matriz mientras que esta última alega que la carta de patrocinio no es ejercitable ya que los fondos no debería de ir a nuestro cliente sino a la masa común de acreedores ya que B se encuentra en concurso.

### **12.1. Definición de la carta de patrocinio**

La carta de patrocinio o *comfort letter* es un contrato de carácter mercantil por el cual una de las partes (emisor o patrocinador) responderá de la otra parte (beneficiario o patrocinado) frente a un tercero respecto a unas obligaciones.

La carta de patrocinio es una figura jurídica habitual en el tráfico mercantil ya sea en operaciones financieras o de mercado de capital, sin embargo, no existe una legislación expresa que regule la carta de patrocinio de forma concreta más allá de las normas de obligaciones y contratos recogidas en nuestro Código Civil.

### **12.2. Tipos de carta de patrocinio**

La sentencia del Tribunal Supremo 96/2007 distingue entre dos tipos de carta de patrocinio: las cartas de patrocinio fuertes y las cartas de patrocinio débiles.

Las cartas de patrocinio débiles contienen declaraciones de hechos, recomendaciones del emisor, como por ejemplo, la confianza en un determinado gestor y opiniones. O bien opiniones o aclaraciones sobre el sujeto al que se acredita. Su intención es solamente informativa. Debido a esto, el contenido obligatorio de éstas es nulo y su función reside exclusivamente en dotar al acreedor de cierta confianza o tranquilidad. No implican ninguna responsabilidad para el firmante y, por ende, no pueden ser utilizadas para exigir el pago del crédito.

Por el contrario, las cartas de patrocinio fuertes son realmente contratos de garantía que vinculan al emisor a la realización de las obligaciones asumidas por el patrocinador frente a terceros. Las obligaciones pueden variar en función de lo que se ha establecido en la propia carta de patrocinio ya que lo contenido en la misma habilitará al acreedor a solicitar unas actuaciones u otras. Por ejemplo, la Sentencia 197/2009 del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009, el firmante se obligaba a pagar en caso de que la filial no lo hiciera.

La diferencia más relevante entre las cartas de patrocinio débiles y las cartas de patrocinios fuertes radica en que las primeras dejan constancia de saber la situación existente pero no adoptan el compromiso de llevar a cabo ciertas actuaciones. Mientras que las fuertes adoptan un compromiso, se comprometen a actuar de forma activa y responder de las obligaciones que se han estipulado.

### **12.3. Presupuestos para que la carta de patrocinio tenga eficacia obligacional**

Nos encontramos ante un negocio jurídico unilateral, por lo tanto, su eficacia obligacional no puede producirse de modo automático, sino que se requieren de dos presupuestos como indica la sentencia 440/2015 del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2015:

1. Se debe especificar de forma clara e inequívoca, el compromiso obligacional del patrocinador.
2. Se requiere que el compromiso del patrocinador sea aceptado por el acreedor. Esta aceptación puede ser tácita o presunta.

### **12.4. Análisis del caso concreto**

Nuestro cliente ha reclamado el pago íntegro y la penalidad tanto a B como a su sociedad matriz, ya que las partes han suscrito una carta de patrocinio por la cual la sociedad matriz se comprometía a realizar los mayores esfuerzos para que B tuviese fondos suficientes para hacer frente a sus obligaciones frente A. ¿Qué obligación se deriva de hacer “sus mayores esfuerzos”? ¿Nos encontramos ante una carta de patrocinio débil?

Estas cuestiones han sido resueltas por la jurisprudencia, en concreto por la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2009 de 18 de marzo de 2009.

En la citada sentencia, el Alto Tribunal debe decidir sobre el alcance obligacional o no de una carta de patrocinio en la cual también se declara que se realizarán los mejores esfuerzos:

*“Les confirmamos por la presente que haremos todos los esfuerzos necesarios para que la firma Sierracork S.L., disponga en todo momento de medios financieros que le permitan hacer frente a sus compromisos alcanzados con ustedes, por los créditos que le concedan”.*

La Sala entiende que los estrictos términos literales de la carta respecto a los compromisos asumidos en caso de impago (*“haremos todos los esfuerzos necesarios para..”*) son concretos porque se refieren a una operación crediticia determinada, además de que el párrafo es claro e inequívoco. El Tribunal añade que nos encontramos ante una carta de patrocinio fuerte:

*“Se trata por tanto de una carta de confianza de las denominadas doctrinalmente “fuertes”, que, frente a las “débiles”, que suelen ser emitidas generalmente para declarar la confianza en la capacidad de gestión de los administradores de la sociedad que aspiran al crédito, de la viabilidad económica de la misma y que pueden estimarse como simples recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora (...)”.*

Por lo tanto, en virtud de lo manifestado por la Sala, nos hallamos ante una carta de patrocinio fuerte. La oración de “realizar los mayores esfuerzos” no implica para el Tribunal una mera recomendación sino un compromiso.

La SAP 454/2012 de 20 de julio de 2012 establece los requisitos necesarios para considerar una carta de patrocinio fuerte. En primer lugar, que el emisor (que generalmente es una sociedad matriz, aunque no es necesario) tenga la intención clara de prestar apoyo financiero, de contraer deberes positivos. En el presente caso, se cumple ya que la sociedad matriz se comprometió a realizar los mayores esfuerzos

para que B tuviera los fondos suficientes para hacer frente a sus obligaciones frente a nuestro cliente.

En segundo lugar, la vinculación debe hacerse de manera clara, sin expresiones equivocadas o ambiguas. El compromiso a realizar los mayores esfuerzos para que B tenga los fondos suficientes para hacer frente a las obligaciones frente A es claro, se deja constancia de que existe una vinculación evidente entre la sociedad matriz y B. Por lo tanto, esta condición también se cumple.

En tercer lugar, se establece que la relación de patrocinio tenga lugar en el ámbito o situación propia de la entidad emitente y de la patrocinada. Este requisito se cumple ya que la carta de patrocinio se ha suscribió en el propio ámbito en el que operan B y la sociedad matriz.

En cuarto lugar, el sujeto que suscriba la carta queda legitimado para vincular al patrocinador con el contrato similar a una fianza.

En quinto y último lugar, las expresiones contenidas en la carta de patrocinio deben ser determinantes para conclusión de la operación que el patrocinado pretende realizar.

Finalmente, queda un último aspecto a analizar. La fianza estipulada en la carta de patrocinio podría reclamarse a la matriz su pago o si, por el contrario, el deber de hacer esfuerzos para que B tenga los fondos suficientes para afrontar sus obligaciones frente a nuestro cliente implicaría que en caso de que la matriz aportara dichos fondos, estos irían a la masa del concurso de B y no podrían pagar a nuestro cliente.

La respuesta que da el Tribunal Supremo a esta cuestión es que las cartas de patrocinio calificadas como fuertes, las cuales se comprometen a prestar recursos financieros a la patrocinada y donde hay unos compromisos claros son una auténtica fianza, al ser un contrato de garantía. La sentencia 1257/2009 de 18 de marzo de 2009 concluye que la situación de concurso no afecta a las obligaciones estipuladas en la carta de patrocinio de proveer de los fondos necesarios al patrocinador.

Por lo tanto, la situación concursal en la que se encuentra B no afecta a la obligación establecida en la carta de patrocinio de realizar los mayores esfuerzos para que B tenga los fondos suficientes para hacer frente a sus obligaciones frente a nuestro cliente. La sociedad matriz deberá de proveer a B de los recursos necesarios para que este puede cumplir las obligaciones pactadas con nuestro cliente en el contrato de compraventa.

## ANEXO: BIBLIOGRAFÍA

- Blasco Pastor, Mateo (2016). *“El retraso como causa de resolución del contrato”*. Disponible en: <http://www.neosabogados.com/el-retraso-como-causa-de-resolucion-del-contrato/>
- Camacho Núñez, Antonio (2018). *“Las Cartas de Patrocinio”*. Disponible en: <https://www.larraurimarti.com/es/las-cartas-de-patrocinio>
- De Artiñano Marra, Pastora (2021). *“Rebus sic stantibus” y su aplicación a los contratos en situaciones de crisis. Los retos de su regulación normativa*. ICADE. Revista de la Facultad de Derecho. Núm. 110 julio-diciembre 2020. ISSN 2341-0841.
- De Miguel Perales, Carlos (2019). *“Análisis crítico del régimen legal de las cartas de patrocinio bajo la jurisprudencia reciente. Distinción de figuras afines”*. Universidad Pontificia Comillas. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/275182/retrieve>
- De Molina, María (2021). *“Improcedencia de las facultades de moderación judicial cuando la cláusula fue fijada para el caso de incumplimiento. Límites de la autonomía de la voluntad”*. Disponible en: <http://www.mdm1.es/improcedencia-las-facultades-moderacion-judicial-cuando-la-clausula-fue-fijada-caso-incumplimiento-oducido-limites-la-autonomia-la-voluntad/>
- Díez-Picazo, Luis (2006). *“Cláusula penal y resolución del contrato”*. Vol. 1, 2006, ISBN 84-96347-87-7, págs. 385-408.
- Gay Álvarez, María (2019). *“Función y Moderación de la Cláusula Penal”*. Universidad de Valladolid. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/232123034.pdf>

-Gregoraci, Beatriz (2015). “*Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*”.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Disponible en:

[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PR-2015-40](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2015-40)

-Iberley (2021). “*Presupuestos para la aplicación de la cláusula “rebus sic*

*stantibus*”.

Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/presupuestos-aplicacion-clausula-rebus-sic-stantibus-65346>

López de Argumedo Piñeiro, Álvaro (2018). “*El retraso como causa de resolución de los contratos: hacia una nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a la STS de 25 de mayo de 2016)*”.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Disponible en:

[https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5897/documento/art013.pdf?id=834](https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5897/documento/art013.pdf?id=8349)

[9](https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5897/documento/art013.pdf?id=8349)

-Marín García, Ignacio (2009). “*Moderación judicial de la cláusula penal en Derecho español*”.

Universitat Pompeu Fabra. Disponible en: [https://escholarship.org/content/qt24k1x2g6/qt24k1x2g6\\_noSplash\\_19e8f9e8c4e5acd606c406d575742336.pdf?t=krnqwu](https://escholarship.org/content/qt24k1x2g6/qt24k1x2g6_noSplash_19e8f9e8c4e5acd606c406d575742336.pdf?t=krnqwu)

-Mullerat Balmaña, Ramón M. (1971). “*El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles*”.

Disponible en: <file:///C:/Users/cinth/Downloads/Dialnet-ElPactoComisorioEnLasCompraventasDelInmueblesArt150-1995756.pdf>

-Rodríguez Tapia, José Miguel (1993). “*Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil*”.

Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en:

[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1993-20051100588](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1993-20051100588)

-Orduña Moreno, Javier (2020). “*La cláusula “rebus sic stantibus” y la crisis derivada del coronavirus*”.

Aranzadi digital num.1/2020. Disponible en:

<https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/dossier-clausula-bib-la-clausula-rebus-sic-stantibus-y-la-crisis-derivada-del-coronavirus-bib-2020-9720.pdf>