



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO

FIN DE MÁSTER UNIVERSITARIO
DE ACCESO A LA ABOGACÍA

Autora: María Carbajo Perteguer

Especialidad en relaciones jurídicas privadas

Tutora: Carmen Temprano Vázquez

Madrid

Diciembre 2022

Resumen ejecutivo

El presente trabajo tiene por objetivo la elaboración de un informe jurídico en el que se examinen distintas cuestiones derivadas del contrato de compraventa inmobiliaria de un hotel. El informe se ha realizado desde el punto de vista de la defensa del vendedor, valorando sus posibilidades de defensa y puntos débiles frente a las pretensiones del comprador. Esta defensa jurídica se ha llevado a cabo conforme a la legislación vigente, apoyándonos en prestigiosa doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de varias Audiencias Provinciales. Por último, se han desarrollado conclusiones y recomendaciones sobre los principales problemas jurídicos identificados, a efectos de que el informe resulte de mayor utilidad y ayuda.

Palabras clave: Derecho privado, contrato de compraventa, informe jurídico, defensa del vendedor.

Abstract

The aim of this paper is to prepare a legal report examining different issues arising from a hotel's purchase agreement. The report has been carried out from the point of view of the seller's defense, assessing the seller's defense possibilities and weaknesses against the buyer's claims. This legal defense has been prepared in accordance with current legislation, relying on prestigious doctrine and case law of the Supreme Court and various Courts of Appeal. Finally, conclusions and recommendations have been drawn on the main legal problems identified, in order to make the report more useful and helpful.

Key words: Private law, purchase agreement, legal report, seller's defense.

ÍNDICE

Resumen ejecutivo.....	2
Abstract.....	2
1 OBJETO DEL INFORME	5
2 ANTECEDENTES	6
3 ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS	7
3.1 Cuestión primera: vigencia de la compraventa.....	7
3.1.1 Compraventa sujeta a condición.....	7
3.1.1.1 Calificación de la condición.....	7
3.1.1.2 Fase de pendencia de la condición	8
3.1.1.3 Cumplimiento de la condición: efectos de “la Declaración”	9
3.1.2 Plazo de entrega como término esencial.....	11
3.1.3 La subvención como pacto resolutorio.....	13
3.1.3.1 Naturaleza y efectos de la condición resolutoria explícita.....	13
3.1.3.2 Naturaleza y efectos del pacto resolutorio	14
3.2 Cuestión segunda: la doctrina <i>rebus sic stantibus</i>	16
3.2.1 Concepto y requisitos de aplicación de la <i>rebus sic stantibus</i>	17
3.2.2 Efectos de la <i>rebus sic stantibus</i>	18
3.2.3 Aplicabilidad de la <i>rebus sic stantibus</i> al caso concreto	19
3.3 Cuestión tercera: la cláusula penal.....	20
3.3.1 Naturaleza de la cláusula penal	21
3.3.2 Moderación judicial de la cláusula penal	21
3.3.3 Admisibilidad de la cláusula en el caso concreto	22
3.4 Cuestión cuarta: el concurso de acreedores y la “Carta de Patrocinio”	23
3.4.1 Concepto y clases de carta de patrocinio.....	23
3.4.2 Carácter fideusorio de la carta de patrocinio	24

3.4.3	Efectos del concurso de acreedores	26
4	CONCLUSIONES.....	27
5	BIBLIOGRAFÍA.....	30

1 OBJETO DEL INFORME

El presente trabajo tiene el objetivo de analizar diferentes cuestiones planteadas por nuestro cliente A. En concreto, A solicita un informe en el que se lleve a cabo el estudio jurídico de las siguientes cuestiones relacionadas con la compraventa del hotel que nuestro cliente ha celebrado con B:

- (i) Análisis de la condición de que B obtenga financiación.
- (ii) Análisis de los efectos del retraso en la entrega del hotel.
- (iii) Análisis de la subvención como pacto resolutorio.
- (iv) Análisis de la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*.
- (v) Análisis de la cláusula penal.
- (vi) Análisis de la carta de patrocinio.
- (vii) Análisis de los efectos del concurso de acreedores.

2 ANTECEDENTES

La controversia surgida entre las partes deriva de la compraventa de un hotel: el vendedor A, se compromete a vender un hotel al comprador B, por un precio de 100 millones de euros y condicionando la venta a que B obtenga financiación para la adquisición.

En principio, B obtiene la financiación correspondiente, hecho que comunica a A por medio de “la Declaración” y otros documentos adjuntos.

Como consecuencia de lo anterior, B realiza un pago parcial del 10% del precio. Sin embargo, finalmente no obtiene la financiación, por lo que B comunica a A que no puede cumplirse la condición a la que se sujetaba la vigencia de la compraventa (argumenta que dar validez a su Declaración equivaldría a permitir la renuncia a la condición, lo que no es posible).

No obstante, A considera que el contrato está en vigor y pretende que se pague la totalidad del precio en el momento previsto (el día de entrega del hotel). Cabe señalar que la entrega no se produjo el día pactado (el 20 de abril de 2020), sino en julio de 2020.

Por su parte, B sostiene que no tiene obligación de realizar el pago del precio, ni de aceptar la entrega. B se basa en la inexistencia de la compraventa y, adicionalmente, en que se produjo retraso en la entrega, siendo el plazo un término esencial. Subsidiariamente, B pretende oponer las siguientes cuestiones: (i) B se considera facultado para resolver el contrato, pues el contrato contemplaba como pacto resolutorio que el hotel no obtuviera una subvención de 1 millón de euros, que fue denegada. (ii) B considera que el precio debería rebajarse un 30% como consecuencia de la pandemia del Covid-19 (en aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*).

A se opone a las argumentaciones de B, pues entiende que B dio por cumplida la condición, que el retraso fue irrelevante (por no ser el momento de entrega un término esencial), que la falta de subvención no conlleva la resolución del contrato y que no cabe aplicar la doctrina de la *rebus sic stantibus*. De este modo, A reclama el pago íntegro del precio y de la penalidad prevista (el contrato preveía que en caso de incumplimiento la parte incumplidora pagaría una cláusula final de 300 millones de euros adicionales a los daños y perjuicios). B entiende que esta cláusula no debe pagarse por ser abusiva o que debe ser moderada judicialmente.

Por último, dado que B ha entrado en concurso, A dirige su reclamación contra B y su sociedad matriz (que había suscrito un compromiso llamado “Carta de Patrocinio” por la que se comprometía a que B tuviese fondos para responder frente a A). Sin embargo, la matriz entiende que el compromiso no es una fianza y que, en caso de proveer de fondos a B, estos se integrarían en la masa común de acreedores.

3 ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

3.1 Cuestión primera: vigencia de la compraventa

Para poder examinar las distintas vicisitudes que se plantean respecto de la compraventa celebrada entre A y B es preciso analizar en primer lugar la naturaleza y efectos de la condición prevista en el contrato.

3.1.1 Compraventa sujeta a condición

Para exponer los efectos de la condición pactada en el contrato de compraventa procederemos en primer lugar a analizar la naturaleza de la condición y su fase de pendencia.

3.1.1.1 Calificación de la condición

De acuerdo con la información facilitada, *“la compraventa está condicionada a que B obtenga financiación para la adquisición”*, por lo que, para poder realizar una valoración correcta de la compraventa, es necesario analizar la naturaleza de la condición pactada por las partes.

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, las condiciones pactadas en un contrato pueden ser de distinto tipo. A los efectos que interesan en el presente informe, del articulado (arts. 1113 y siguientes) del Código Civil (“CC”) se deduce la posibilidad de clasificar las condiciones en suspensivas o resolutorias y potestativas, casuales o mixtas.

Del análisis de la cláusula inserta en el contrato de compraventa podemos concluir que la condición debe calificarse como suspensiva y mixta.

En primer lugar, en el art. 1114 CC¹ se encuentra la distinción clásica de las condiciones, por razón de sus efectos, distinguiendo entre las condiciones de las que depende el cumplimiento de la condición (suspensivas) y aquellas que la resuelven (resolutorias). *“Según este precepto la condición es suspensiva o inicial cuando de ella depende la adquisición de los derechos; y resolutoria o final cuando de ella depende la resolución o pérdida de los ya adquiridos”*². En nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que sucede en otros, no existe presunción para calificar una condición como suspensiva o resolutoria, por lo que la doctrina opina que *“ha de acudirse para ello a las reglas generales sobre interpretación de los contratos (arts. 1281 a 1289 CC) a efectos de determinar qué fue lo*

¹ Art. 1114 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.”*

² CLEMENTE MEORO, M.E., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., et al., *Código Civil Comentado (Vol. III). Libro IV de las obligaciones y contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 197 a 200.

*realmente querido por las partes del negocio*³. En este caso no disponemos del contrato, pero el carácter suspensivo de la compraventa parece claro, pues se dice que la compraventa (la adquisición de los derechos inherentes al contrato) está condicionada a que B obtenga financiación para la adquisición (hecho condicionante). De este modo, la claridad de los términos no deja duda sobre la intención de las partes de condicionar la compraventa a la obtención de financiación, por lo que, conforme al principio *in claris non fit interpretatio*, basta acudir a la regla del art. 1281 CC⁴ para calificar correctamente la condición. Además, la doctrina determina que, en caso de duda “*debe proponerse como regla interpretativa que será preferible la calificación de suspensiva cuando el contrato permanezca sustancialmente inejecutado por ambas partes mientras el evento no ocurra*”⁵, lo que sucede en nuestro caso (hasta el cumplimiento de la condición, no se despliegan los efectos típicos de la compraventa de entrega de la cosa y pago del precio).

En segundo lugar, la condición puede considerarse mixta. En la clasificación de las condiciones atendiendo a la naturaleza del acontecimiento en que consiste la condición, la doctrina ha distinguido entre condiciones casuales (las que dependen de un acontecimiento ajeno a las partes), potestativas (las que dependen de la voluntad de una de las partes del negocio) y mixtas (las que dependen en parte de la voluntad de las partes y en parte de la casualidad o de un tercero)⁶. En este sentido, dado que la condición de que B obtenga financiación parece depender en parte de la voluntad de B (que tenga una conducta activa de solicitar financiación) y en parte de un tercero (que las entidades financieras decidan conceder la financiación correspondiente), la condición debe calificarse como mixta. Cabe señalar que esta configuración puede dar lugar a problemas, por ejemplo, en caso de que la no obtención de financiación por B hubiese sido consecuencia de su inactividad o falta de diligencia en la búsqueda de opciones financieras. No obstante, no entraremos a estudiar esta cuestión, puesto que el caso dice que “*debido a problemas en los mercados la financiación no se obtiene*”, de forma que no parece haber mediado culpa o negligencia de B en la falta de obtención de financiación.

3.1.1.2 Fase de pendencia de la condición

La fase de pendencia de la condición puede definirse como “*el período de tiempo posterior a la celebración del negocio y anterior a la posible verificación de la condición*”⁷. Es preciso que analicemos los efectos de la condición suspensiva de obtener

³ CLEMENTE MEORO, M.E., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., et al., *Código Civil Comentado (Vol. III). Libro IV de las obligaciones y contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 197 a 200.

⁴ Art. 1281 CC: “*Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.*”

⁵ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, págs. 607 y 608.

⁶ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, págs. 596 y 597.

⁷ CLEMENTE MEORO, M.E., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., et al., *Código Civil Comentado (Vol. III). Libro IV de las obligaciones y contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 197 a 200.

financiación durante esta fase de pendencia para poder llegar a una conclusión razonada sobre la vigencia de la compraventa.

Tradicionalmente se ha considerado que, cuando la condición es suspensiva, la situación de pendencia supone que el negocio “*existe desde su celebración, pero no llega a nacer el crédito hasta que el acontecimiento previsto como condición llegue a verificarse, [...] entre las partes nace una relación jurídica, pero no un crédito exigible*”⁸. Por lo tanto, la compraventa concertada entre A y B tiene plena vigencia, pero mientras la eficacia del negocio se halle *pendiente conditione*, las obligaciones propias del contrato (entrega de la cosa y pago del precio) no serán aún exigibles.

En este punto cabe recordar que existe la posibilidad de que la eficacia del negocio sometido a condición “*pueda referirse a la totalidad o sólo a una parte de los efectos*”⁹. No creemos que este sea nuestro caso, entendemos que las obligaciones de entrega de la cosa y pago del precio se hallaban diferidas al momento de cumplimiento de la condición (como es habitual en las compraventas inmobiliarias condicionadas suspensivamente).

De conformidad con lo expuesto, puede anticiparse la siguiente conclusión (que se desarrollará en el siguiente apartado): el hecho de que B realizase un pago del 10% del precio justamente después de haber notificado a A la Declaración supone una prueba de que el propio B consideró cumplida la condición con la Declaración, pues de lo contrario no se entiende el motivo por el que B realizó un pago parcial en fase de pendencia (periodo en el que aún no habría surgido la obligación de pago de forma efectiva).

3.1.1.3 Cumplimiento de la condición: efectos de “la Declaración”

Después de estudiar la fase de pendencia de la condición, es preciso analizar también los efectos que se producen una vez se verifica la condición: la eficacia *conditio existit*.

De los arts. 1113 y 1114 CC resulta que, si la condición suspensiva se verifica, resulta exigible su cumplimiento. Además, el art. 1120¹⁰ precisa el alcance del cumplimiento de la condición, de forma que se producirán efectos retroactivos *ex tunc* (desde que nació la obligación condicionada), aunque con ciertos matices (se limita su alcance respecto de los frutos o intereses). Por tanto, el efecto retroactivo de la condición suspensiva determina que, aunque alguna de las obligaciones del negocio tenga carácter condicional, el mismo existe y las partes ya se encuentran vinculadas, de forma que “*cuando la*

⁸ CLEMENTE MEORO, M.E., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., et al., *Código Civil Comentado (Vol. III). Libro IV de las obligaciones y contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 197 a 200.

⁹ MORALEJO IMBERNÓN, N., en CARRASCO PERERA, A., *Tratado de la Compraventa [Homenaje a Rodrigo Bercovitz]*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., 2013, págs. 1297 a 1306.

¹⁰ Art. 1120 CC: “*Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla. Esto no obstante, cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. Si la obligación fuere unilateral, el deudor hará suyos los frutos e intereses percibidos, a menos que por la naturaleza y circunstancias de aquélla deba inferirse que fue otra la voluntad del que la constituyó. [...]*”

*condición se verifica, se entiende que las consecuencias o efectos del negocio han de retrotraerse al momento en que se celebró”*¹¹.

En este sentido, lo relevante en nuestro caso es determinar si se ha cumplido o no la condición de la compraventa del hotel. En nuestra opinión, tanto la Declaración, como el pago anticipado del 10% del precio realizado por B, permiten afirmar que las partes consideraron cumplida la condición.

Por un lado, debe entenderse que A tuvo por cumplida la condición en el momento en que recibió la Declaración. Teniendo en cuenta que no se había sujetado el cumplimiento de la condición a ningún formalismo, es lógico que el hecho de que el comprador comunicase formalmente (aportando incluso prueba documental) que se había producido el acontecimiento que constituye la condición (obtener la financiación), fuese interpretado por A como una verificación del cumplimiento de la condición suspensiva.

Por otro lado, se entiende que B también dio por cumplida la condición con la Declaración, lo que resulta de la Declaración en sí misma y del pago anticipado del 10% del precio.

Respecto del valor de la Declaración, la doctrina ha examinado el contrato de compraventa en reiteradas ocasiones, afirmando que *“como el acreedor condicional [el comprador] está normalmente interesado en el cumplimiento de la condición suspensiva, tiene sentido que propongamos que los efectos de la condición cumplida son automáticos, a favor del acreedor, y que no dependen de una manifestación adicional de voluntad”*¹². Por tanto, debe interpretarse que la Declaración de B estuvo dirigida a comunicar el cumplimiento de la condición de financiación (como así entendió A), sin que fuese necesario que B llevase a cabo una confirmación adicional de que la condición debía tenerse por cumplida.

En cuanto al pago anticipado, desde nuestro punto de vista (la defensa jurídica de A) es razonable considerar que la anticipación del 10% del precio se califique de acto de cumplimiento de las obligaciones inherentes a la compraventa, argumentando que se ha cumplido la condición (resultando plenamente efectivo el derecho de crédito de A de recibir el pago del precio) y que por ello B ha llevado a cabo un anticipo (cumpliendo parcialmente su obligación).

Por último, es necesario poner de relieve los puntos débiles de A en este punto:

Siendo la postura de B que la condición no está cumplida, cabe esperar que argumente que el pago anticipado se realizó en la fase de pendencia, estando suspensivamente

¹¹ CLEMENTE MEORO, M.E., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., et al., *Código Civil Comentado (Vol. III). Libro IV de las obligaciones y contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 197 a 200.

¹² MORALEJO IMBERNÓN, N., en CARRASCO PERERA, A., *Tratado de la Compraventa [Homenaje a Rodrigo Bercovitz]*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., 2013, págs. 1297 a 1306.

condicionadas las obligaciones propias del contrato (entrega de la cosa y pago del precio), de forma que el pago realizado anticipadamente podría ser repetido (art. 1121 CC¹³)¹⁴.

Del mismo modo, en el caso se dice que B pretenderá alegar que dar validez a la Declaración equivaldría a renunciar a la condición, lo que no es posible. Esta pretensión carece de fundamento, pues no se ajusta a la configuración legal de la renuncia y supone ir contra la doctrina de los propios actos: (i) no cabe entender que se haya producido una renuncia tácita de la condición por parte de A, puesto que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo “*las renunciaciones de derechos admitidas por el párrafo 2º del art. 4 CC, aunque pueden ser tácitas, deben hacerse constar siempre de forma clara, explícita y terminante, sin que sea lícito deducirlas de expresiones equívocas o dudosas*”¹⁵; (ii) esta alegación de B supondría ir contra sus propios actos, en el sentido de haber llevado a cabo “*una conducta que contradice actos negociales anteriores*”¹⁶, pues tratar de oponer la renuncia de la condición supone una conducta que contradice el acto anterior de realizar un pago parcial.

3.1.2 Plazo de entrega como término esencial

En primer lugar, procede analizar el significado de una obligación a término. Según el art. 1125 CC¹⁷, podemos concluir que estaremos ante una obligación a plazo si su eficacia depende de un día cierto, en el sentido de que el señalamiento de una fecha concreta (llamada término o plazo) determine el comienzo o la cesación de sus efectos.

En segundo lugar, es preciso determinar la diferencia entre las obligaciones a plazo y las obligaciones condicionales. Lo que diferencia el término de la condición es la certeza del hecho del que se hace depender la eficacia de la obligación. Así, el término o plazo hace referencia a un evento futuro pero cierto, del que se sabe con certeza que va a tener lugar (*certus an*) pudiendo tenerse certeza o no del momento exacto en que ocurrirá (*certus quando* o *incertus quando*, respectivamente). En cambio, en las obligaciones condicionales no se tiene certeza de si el evento futuro se producirá o no (*incertus an et incertus quando*).¹⁸

¹³ Art. 1121 CC: “*El acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho. El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiese pagado.*”

¹⁴ MORALEJO IMBERNÓN, N., en CARRASCO PERERA, A., *Tratado de la Compraventa [Homenaje a Rodrigo Bercovitz]*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., 2013, págs. 1297 a 1306.

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los actos propios [un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo]*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2014.

¹⁶ ASUA GONZÁLEZ, C.I., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., et al., *Código Civil Comentado. Volumen I [Título preliminar - De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I - De las personas. Libro II - De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones]*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 90 a 99.

¹⁷ Art. 1125 CC: “*Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, solo serán exigibles cuando el día llegue. Entiéndase por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo. Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional.*”

¹⁸ Sentencia del TS núm. 792/2003, del 22 de julio: “*A la vista de la cláusula que ha sido transcrita, su calificación no puede ser de un término, que es un hecho futuro y objetivamente cierto del que depende la eficacia, sino de condición, como hecho futuro y objetivamente incierto; la concesión por la Administración*

En nuestro caso, es claro que el hecho de señalar el día 20 de abril de 2020 como fecha de entrega del hotel configuró la entrega como una obligación a plazo cierto. Igualmente, tampoco es discutido que A se retrasó dos meses en el cumplimiento de su obligación de entrega (que se realizó en julio). Lo que discuten las partes es la esencialidad del plazo, si se trata de un término esencial o de un término ordinario, con diferentes consecuencias a efectos de estudiar si hubo incumplimiento por parte de A.

Se considera término ordinario aquel que permite que la obligación pueda cumplirse tardíamente y término esencial aquel que equivale a un incumplimiento definitivo.

Desde el punto de vista de la defensa de A, debemos argumentar que el retraso fue ordinario o no cualificado, un retraso que *“no sólo no atribuye al acreedor ningún remedio específico contra el deudor, sino que ni tan siquiera puede caracterizarse de incumplimiento contractual”*¹⁹. Para defender esta postura, alegamos que el retraso de A constituyó un incumplimiento no esencial (que impediría a B resolver la compraventa por *exceptio non adimpleti contractus* ex art. 1124 CC²⁰). La doctrina determina que *“no acostumbra a reconocerse como resolutorio el incumplimiento de una obligación que puede ser corregido mediante una acción de cumplimiento en forma específica, cuando la estimación de la acción resolutoria llevaría a que el deudor perdiera la prestación ya realizada o se generasen problemas complejos en la ejecución”*²¹. Del mismo modo, la doctrina del Tribunal Supremo²² determina que, en principio, si el mero retraso no es esencial ni frustra el fin del contrato, no produce su resolución. Por tanto, si con la entrega tardía de A no se dio lugar a que B perdiera la prestación (el hotel) o se generasen problemas en la ejecución, podría concluirse que el retraso no cualificado de A no supuso un incumplimiento del contrato de compraventa.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario analizar también los efectos de que el plazo se hubiese pactado como esencial. En los últimos años ha surgido una vertiente jurisprudencial²³ en virtud de la cual *“la fijación del plazo inequívoco equivale a plazo esencial”*. Aplicando esta doctrina jurisprudencial a nuestro caso, B podría ampararse en la misma para sostener que se habría producido un incumplimiento definitivo de A, que facultaría a B a resolver el contrato, sin posibilidad de que A cumpliera tardíamente. Sin

local de una licencia de obras no puede tenerse por algo objetivamente cierto, sino que es cuestión incertus an et incertus quando. Como tal condición, ha de reputarse, como la califican las sentencias de instancia de resolutoria, por cuanto las obligaciones del contrato despliegan su eficacia y sólo si no se obtiene la licencia, se extingue la eficacia retroactivamente, es decir, se resuelven las obligaciones ya que la condición afecta a la totalidad del contrato y las obligaciones que de él derivan. Asimismo, es condición resolutoria negativa, en el sentido de que es la falta de la licencia la que resuelve el contrato.”

¹⁹ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, págs. 964 y 965.

²⁰ Art. 1124.1 CC: *“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.”*

²¹ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág. 1245.

²² Sentencia del TS núm. 72/2015, del 20 de febrero: *“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.”*

²³ SSTS 292/2016 del 4 de mayo de 2016, 364/2015 del 28 de junio de 2015, 198/2014 del 1 de abril de 2014, 53/2014 del 5 de febrero de 2014, 695/2012 del 29 de noviembre de 2012 y 673/2010 del 15 de noviembre de 2012.

embargo, para compensar este punto débil del vendedor, cabe señalar que la doctrina²⁴ ha calificado la jurisprudencia expuesta como inaceptable y desgraciada, por los inconvenientes que genera promover el ejercicio oportunista y abusivo de la resolución. En este sentido, sería absurdo considerar que el señalamiento de plazo (lo cual es esencial para la validez de todo contrato) equivale a convertir ese plazo en esencial, pues ello supondría que todo contrato estaría sujeto a plazo esencial “*cuando la realidad es que hoy como ayer los plazos de cumplimiento (especialmente en contratos inmobiliarios, en los cuales evidentemente time is not of essence) casi nunca revelan un interés esencial, lleven o no adosada como cláusula de estilo una condición resolutoria expresa*”²⁵.

3.1.3 La subvención como pacto resolutorio

En nuestro Derecho, los pactos resolutorios se configuran como una expresión de la autonomía privada de la voluntad en relación con la resolución del contrato. La mejor doctrina ha admitido la posibilidad de regular la resolución contractual mediante pacto, teniendo en cuenta que el art. 1124 CC es una norma de carácter supletorio, “*casi una cláusula «implícita» [...], aplicable cuando no existe cláusula «explícita»*”²⁶. Este carácter supletorio también ha sido confirmado por la jurisprudencia, que considera que el régimen de la cláusula resolutoria de pleno derecho tiene carácter especial respecto al régimen general que representa el art. 1124.

Admitida la posibilidad de autorregulación de la resolución de los contratos, procede examinar sus efectos, que serán distintos en función de la naturaleza que tenga la cláusula resolutoria pactada entre A y B: ¿se trata de una condición resolutoria o de un pacto resolutorio?

3.1.3.1 Naturaleza y efectos de la condición resolutoria explícita

Cabe pensar que el comprador B tratará de oponer el referido pacto resolutorio como una condición resolutoria, por la automaticidad de sus efectos. El contenido característico de la condición resolutoria explícita es la obtención de una resolución automática o *ipso iure*, de manera que el pacto condicionante “*ha de cumplirse y ser ejecutado cuando se utiliza lícitamente y sin abuso, sin que el juez disponga de unos poderes de derogación equitativa más allá de los utilizables respecto a cualquier otro contrato*”²⁷. En consecuencia, puede decirse que la fijación de una condición resolutoria explícita caracteriza la resolución como extrajudicial, por lo que las acciones judiciales que se pretendan sobre este punto no serán de carácter constitutivo sino declarativo y la cláusula resolutoria “*podría ser*

²⁴ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág. 1229.

²⁵ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág. 1231.

²⁶ SIMÓ SEVILLA, D., en GARRIDO DE PALMA, V.M. (Dir.), *Instituciones de Derecho Privado [Tomo III Obligaciones y contratos. Volumen 2º]*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2016, págs. 285 a 540.

²⁷ SIMÓ SEVILLA, D., en GARRIDO DE PALMA, V.M. (Dir.), *Instituciones de Derecho Privado [Tomo III Obligaciones y contratos. Volumen 2º]*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2016, págs. 285 a 540.

*alegada como excepción frente a la pretensión de cumplimiento ejercitada por el comprador, sin necesidad de plantear reconvencción*²⁸.

Sin embargo, esta posible estrategia de B adolece de soporte jurídico y jurisprudencial, pues es afirmación constante en la jurisprudencia que *“la existencia de condición en las obligaciones no se presume, ya que la obligación condicional es la excepción y solamente puede deducirse cuando claramente el ánimo de los contratantes fue hacer depender los efectos del contrato de un acontecimiento futuro e incierto”*²⁹. Además, hay que tener en cuenta, como parte de la defensa de la posición de A, que el caso prevé que B *“podría resolver el contrato”*, por lo que puede deducirse que el pacto resolutorio no se configura como una condición resolutoria automática.

Por último, resulta interesante comentar si, para fundamentar su posición, podría B traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica de las subvenciones, que determina que *“es unánime el reconocimiento del carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario cumpla unas exigencias o tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los concretos términos en que procede su concesión”*³⁰. Consideramos que esta alegación carecería de fundamento, pues el carácter condicional de la subvención no es de naturaleza extensiva; la jurisprudencia del Tribunal Supremo no debe llevarnos al equívoco de asumir que, al ser la subvención condicional, lo sea también el pacto resolutorio fijado por las partes, cuando pactaron que la no obtención de subvención fuese un hecho que diese lugar a la resolución del contrato de compraventa.

3.1.3.2 Naturaleza y efectos del pacto resolutorio

En vista de lo anterior, nos parece más adecuado (y más favorable para la defensa de A), considerar la cláusula resolutoria referente a la subvención como un pacto resolutorio. La doctrina se ha pronunciado en este sentido, estableciendo que, en caso de duda, es preferible entender que hay mero pacto resolutorio (por incumplimiento) y no condición resolutoria automática.

Esta opinión no sólo se sustenta en el carácter excepcional de la condición, sino también en su automaticidad y rigidez, pues optar por calificar los casos dudosos como condición resolutoria puede producir efectos poco recomendables, ya que *“si el suceso de cumplimiento se catalogara de condición en sentido propio, [...] el acreedor [...] no podría exigir el cumplimiento, pero tampoco propiamente tendría un derecho potestativo*

²⁸ SIMÓ SEVILLA, D., en GARRIDO DE PALMA, V.M. (Dir.), *Instituciones de Derecho Privado [Tomo III Obligaciones y contratos. Volumen 2º]*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2016, págs. 285 a 540.

²⁹ En este sentido, SSTS núm. 508/1996 del 20 de junio de 1996 y del 21 de abril de 1987 y SAP de Alicante núm. 565/2020 del 16 de diciembre de 2020, SAP de Burgos núm. 405/2016 del 20 de octubre de 2016, SAP de Valencia núm. 34/2014 del 31 de enero de 2014, SAP de Córdoba núm. 194/2013 del 29 de noviembre de 2013, SAP de Zamora núm. 194/2011 del 19 de julio de 2011 y SAP de Madrid núm. 281/2011 del 13 de mayo de 2011.

³⁰ Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso, núm. 1335/2021 del 16 de noviembre de 2021.

a resolver por el art. 1.124 CC, porque las cosas habrían ocurrido de modo automático, al margen de su decisión”³¹.

Igualmente, esta doctrina considera más aconsejable optar por la naturaleza del pacto resolutorio incluso en los supuestos en los que el evento permanece al margen del control de las partes, pues “*puede suceder que la condición casual se incorpore al contrato en beneficio de una de ellas y que, realizado el riesgo que quería sortearse interese todavía a la misma la conservación del contrato*”³². No obstante, no parece que este sea nuestro caso, ya que B, como beneficiario de la cláusula resolutoria, no está interesado en que el contrato permanezca vigente.

Por último, dado que el pacto de *lex commissoria* supone un punto débil para A, debemos tener en cuenta los requisitos necesarios para su aplicación y sus principales efectos en relación con el art. 1124 CC.

Para hacer valer el pacto resolutorio, deberán haberse cumplido los siguientes presupuestos:

- (i) Cumplimiento del contrato de por parte de B: la compraventa es un contrato que despliega obligaciones sinalagmáticas, de manera que “*únicamente puede exigir la resolución aquel sujeto que ha cumplido su obligación o, con mayor precisión, aquel sujeto que, a su vez, no haya incurrido en incumplimiento de su respectiva obligación*”³³. Por tanto, nuestro cliente podría oponerse a la pretensión de resolución con base en el pacto resolutorio, alegando que el comprador B ha incurrido en el incumplimiento de su obligación de pago del precio (que sólo se ha pagado en parte).
- (ii) Incumplimiento de A por no haber obtenido la subvención: la doctrina determina que el incumplimiento debe tratarse de un incumplimiento injustificado, de manera que “*si existe alguna causa que lo justifique no podrá resolverse el contrato*”³⁴. En este sentido, para defender a nuestro cliente podríamos plantear que la causa la denegación de la subvención es imputable a B en lugar de a A. Así, en el presente caso no se establece que A haya realizado conducta alguna que haya causado la no obtención de la subvención, pero sí existe un indicio para deducir que la situación empresarial de B haya podido ser determinante de la denegación: la declaración del concurso de

³¹ VAQUERO PINTO, M.J., *Comentario a la Sentencia de 29 de noviembre de 2012. Entrega de la cosa en la compraventa inmobiliaria y término esencial: condición resolutoria expresa y pacto resolutorio*. Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 93/2013, 2013, pág. 12.

³² VAQUERO PINTO, M.J., *Comentario a la Sentencia de 29 de noviembre de 2012. Entrega de la cosa en la compraventa inmobiliaria y término esencial: condición resolutoria expresa y pacto resolutorio*. Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 93/2013, 2013, pág. 12.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 12/2010 del 28 de enero de 2010.

³⁴ NAVARRO CASTRO, M., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., et al., *Código Civil Comentado (Vol. IV). Libro IV de las obligaciones y contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 250 a 256.

acreedores de B. De conformidad con el art. 13.2.b de la Ley General de Subvenciones del 17 de noviembre de 2003 “*no podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en esta ley las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: [...] hallarse declarados en concurso*”. Por ello, podríamos alegar que la Junta de Andalucía no concedió la subvención a A porque era conocedora de su intención de transmitir el hotel a B, empresa declarada en concurso.

- (iii) Voluntad rebelde al cumplimiento: en virtud de lo expuesto en el requisito anterior, consideramos que el incumplimiento del pacto resolutorio no ha sido consecuencia de una voluntad rebelde de A.
- (iv) Requerimiento de B manifestando a A su voluntad de entender resuelto el contrato: el Tribunal Supremo ha precisado este requisito, diciendo que se trata de que se allane el vendedor a resolver la obligación y “*a no poner obstáculo a este modo de extinguirla*”³⁵. Como defensores de A, podríamos alegar que este requerimiento no se ha producido.

Respecto de los efectos de la resolución del contrato, cabe decir que serían los generales (restitución recíproca de las prestaciones, con la posible indemnización de los daños y perjuicios causados), debiéndose estar a lo estipulado en el contrato para el caso de resolución (por ejemplo, si se han previsto cláusulas penales, como en nuestro caso). Sobre esto último, cabe señalar que la jurisprudencia ha indicado que “*el señalamiento de un interés de demora o el establecimiento de una cláusula penal no priva al contratante cumplidor de la facultad de instar la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la otra parte*”³⁶. Además, la doctrina considera que “*una vez realizado el requerimiento [de resolver], el juez no puede conceder nueva prórroga*”³⁷, lo que constituye una especialidad con respecto al régimen general del art. 1124, que permite al juez conceder nuevo plazo.

3.2 Cuestión segunda: la doctrina *rebus sic stantibus*

Después de examinar las principales cuestiones relacionadas con la vigencia de la compraventa (condición suspensiva, retraso en la entrega y pactos resolutorios) es el momento de analizar una de las cuestiones que el comprador B pretende oponer con carácter subsidiario: la rebaja de un 30% del precio de la compraventa por aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* (en adelante, RSS).

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del 12 de julio de 1989 y del 30 de marzo de 1981.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 823/1994 del 26 de septiembre de 1994.

³⁷ NAVARRO CASTRO, M., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., et al., *Código Civil Comentado (Vol. IV). Libro IV de las obligaciones y contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 250 a 256.

3.2.1 Concepto y requisitos de aplicación de la *rebus sic stantibus*

Nuestro ordenamiento jurídico (salvo la legislación foral de Navarra³⁸) no regula la doctrina de la RSS, si bien la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos recoge una definición legal de la misma que resulta relevante a los efectos del presente informe. Así, el art. 1213 de la Propuesta establece que “*si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución*”³⁹.

Por su parte, la doctrina define la RSS como “*la técnica jurídica por la que un contratante puede desligarse o mitigar el alcance de sus obligaciones cuando han ocurrido hechos sobrevenidos imprevisibles que alteran de modo fundamental el equilibrio de las prestaciones*”⁴⁰.

El Tribunal Supremo ha precisado los requisitos de aplicación de esta técnica jurídica, diciendo que “*los presupuestos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala, para llevar a cabo una revisión de un contrato en aplicación del principio general contenido de la cláusula «rebus sic stantibus», aluden a una alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción que ha de ser exorbitante entre las prestaciones de las partes, que se produjo por un riesgo imprevisible y, por último, la subsidiariedad por no haber otro remedio (SSTS de 20 de noviembre de 2009 y 21 de febrero de 2012); si tienen lugar todas estas circunstancias, la aplicación de la referida cláusula no producirá la extinción del contrato, sino a su modificación*”⁴¹.

Por tanto, la aplicación de la RSS exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- (i) alteración extraordinaria de las circunstancias (un cambio radical de la base del negocio, de modo que las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de su perfección se vean sustituidas por otras que difieren sustancialmente de aquéllas),

³⁸ Ley 498 de la Compilación de Navarra: “*Rebus sic stantibus. Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución.*”

³⁹ Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil), *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, 2009, pág. 76.

⁴⁰ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág. 1106.

⁴¹ Sentencia del TS, Sala de lo Civil, núm. 243/2012 del 27 de abril de 2011.

- (ii) desproporción exorbitante entre las prestaciones (una ruptura total de la equivalencia y reciprocidad),
- (iii) superveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles (imprevisibilidad que razonablemente no pudo tenerse en cuenta en el momento de perfeccionarse el contrato) y,
- (iv) carencia de otro medio de reequilibrio (inexistencia de un mecanismo de salida para contingencias no queridas, tanto en el Ordenamiento como en el propio contrato).

De estos presupuestos, destaca la imprevisibilidad. Como defiende el Tribunal Supremo “*es condición necesaria para la aplicación de la regla rebus la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo*”⁴². Por tanto, la aplicación de esta doctrina exige el examen de la asignación contractual de los riesgos (pues las partes pueden incluso haber acordado cómo impactará en el contrato un riesgo imprevisible), de manera que podrá aplicarse la RSS no cuando las partes no hayan podido prever la ocurrencia de un riesgo, sino cuando “*las partes no hayan podido prever la negociación de las consecuencias de tal riesgo*”⁴³.

3.2.2 Efectos de la *rebus sic stantibus*

Como hemos visto, la aplicación de la doctrina de la RSS supone la revisión o, de no ser posible, la resolución del contrato. Aunque la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido⁴⁴, declarando que la labor del juez debería limitarse, en la medida de lo posible, a la modificación del contrato (y no a su resolución), existe doctrina crítica con esta solución, que se inclina por la resolución o por el reequilibrio del contrato en los términos que se exponen a continuación.

Estos autores entienden que “*el juez puede más fácilmente equivocarse si se empeña en reconstruir un contrato ajeno que si se limita a dar el negocio por terminado como consecuencia de la contingencia extraordinaria*”⁴⁵. Por tanto, la vía de la modificación conlleva la incertidumbre de cuál será la medida modificativa elegida por el juez, que tiene dos opciones: bien reequilibrar el contrato hasta el límite del daño causado al deudor que sufrió el desequilibrio en las prestaciones (hasta donde el daño le sea soportable); o bien modificar el contrato de forma que se reequilibre a la situación previa a la

⁴² Sentencia del TS, Sala de lo Civil, núm. 5/2019 del 9 de enero de 2019.

⁴³ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág. 1103.

⁴⁴ Sentencia del TS, Sala de lo Civil, núm. 484/2022 del 15 de junio de 2022.

⁴⁵ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág. 1101.

contingencia. En este sentido, esta doctrina considera que la primera solución satisface mejor “*las exigencias de justicia conmutativa*”⁴⁶.

3.2.3 Aplicabilidad de la *rebus sic stantibus* al caso concreto

Una vez estudiada la doctrina de la RSS en abstracto, vamos a analizar si concurren sus presupuestos de aplicación en la compraventa hotelera celebrada entre A y B y si, como pretende B, procedería una rebaja del 30% del precio pactado.

- (i) Alteración extraordinaria de las circunstancias: resulta razonable considerar que la crisis económica y social provocada por la pandemia del Covid-19 constituyó un cambio radical en la base del negocio, pues las circunstancias tenidas en cuenta por B al contratar (coyuntura económica, cifras de ocupación hotelera de los últimos años, ausencia de restricciones para viajar, etc.) cambiaron radicalmente en marzo de 2020.
- (ii) Desproporción exorbitante entre las prestaciones: en nuestra opinión, no consta acreditado que la pandemia produjese un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones de las partes, pues aunque B tendría que asumir el coste derivado de la caída de ocupación hotelera, el vendedor A, correlativamente, habría tenido que hacer frente a numerosas dificultades y costes extraordinarios para poder llevar a cabo la entrega del hotel (provocadas por la falta de mano de obra y personal de servicios, retraso de materiales, etc.).
- (iii) Superveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles: no cabe duda de que la aparición de una pandemia de estas dimensiones puede calificarse como circunstancia radicalmente imprevisible cuyas consecuencias no fueron tenidas en cuenta por las partes en el momento de contratar.
- (iv) Carencia de otro medio de reequilibrio: con la información que tenemos, cabe suponer que no existía pacto entre las partes para corregir los efectos provocados por la pandemia, ni renuncia expresa al reequilibrio. En este sentido podría afirmarse que, en principio, concurre este requisito de aplicación de la RSS. Sin embargo, nos parece oportuno señalar en este punto que “*algunos instrumentos internacionales, como los Principios de UNIDROIT, sancionan como primera consecuencia del riesgo extraordinario sobrevenido el deber de las partes de negociar de buena fe una solución al conflicto*”⁴⁷, por lo que podría argumentarse por A que, con carácter previo a la pretensión de la RSS, debería haberse intentado una renegociación del contrato de compraventa.

⁴⁶ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág. 1102.

⁴⁷ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág. 1115.

Sin embargo, pese a que se satisfacen en cierta medida los presupuestos de la RSS, esta doctrina no resulta de aplicación en nuestro caso, pues la misma no opera (salvo excepciones) respecto de contratos de tracto único. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara en este punto, cuando afirma que “*en estos contratos de tracto único la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus es de carácter aún más excepcional que en los de tracto sucesivo o de ejecución diferida*”⁴⁸. Así, teniendo en cuenta que el contrato entre A y B es de tracto único, pues la compraventa “*es un contrato de tracto único, aunque una o ambas de sus prestaciones características se encuentren aplazadas en el cumplimiento*”⁴⁹, no resultaría de aplicación la RSS.

A pesar de lo expuesto, es preciso tener en cuenta como punto débil de A que existen casos⁵⁰ en los que se ha aplicado la RSS a contratos de compraventa. Para que se produzca esta aplicación excepcional, es preciso que el cumplimiento se haya diferido a un momento futuro, supuesto en el que se pueden incluir los contratos de compraventa “*en los que se pacta el aplazamiento del pago del precio (en su totalidad o en parte) al momento en que se proceda al cumplimiento de la obligación de entrega*”⁵¹. Por tanto, podría entenderse que si nuestro contrato de compraventa hotelera es de este tipo (de ejecución diferida), cabría la aplicación de la RSS, pero teniendo en cuenta que, como defensores de la posición de A, debemos mostrarnos partidarios de la doctrina crítica con la apreciación de la RSS en este tipo de supuestos, para la cual la aplicación de la rebus supone una traslación de los riesgos del comprador al vendedor, que resulta del todo desafortunada⁵².

3.3 Cuestión tercera: la cláusula penal

En nuestro caso, A y B pactaron que, en caso de incumplimiento, la parte incumplidora estaría obligada a abonar, además de los daños y perjuicios causados, una cláusula final de 300 millones de euros. A continuación, se examina la naturaleza de una cláusula penal de este tipo, su admisibilidad y la posibilidad de que sea moderada por los Tribunales.

⁴⁸ Sentencia del TS, Sala de lo Civil, núm. 65/1997 del 10 de febrero de 1997 y del 23 de abril de 1991.

⁴⁹ CARRASCO PERERA, A., *Tratado de la Compraventa [Homenaje a Rodrigo Bercovitz]*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pág. 43.

⁵⁰ Sentencia del TS del 13 de junio de 1944.

⁵¹ BUSTO LAGO, J.M., en CARRASCO PERERA, A., *Tratado de la Compraventa [Homenaje a Rodrigo Bercovitz]*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, págs. 1723 a 1736.

⁵² BUSTO LAGO, J.M., en CARRASCO PERERA, A., *Tratado de la Compraventa [Homenaje a Rodrigo Bercovitz]*, Thomson Aranzadi, 2013, págs. 1723 a 1736: “*resulta difícil compartir que la alteración de las circunstancias del valor del inmueble objeto de la compraventa (al alza o a la baja) como consecuencia del transcurso del tiempo (entre el momento de la perfección y el momento del cumplimiento) y de las dificultades adicionales de obtener la financiación del precio a cargo de un tercero, también como consecuencia de determinadas modificaciones de la políticas de préstamos de las entidades financieras, sean riesgos que puedan imputarse al vendedor a través de la estimación de pretensiones resolutorias fundadas en la imposibilidad sobrevenida de la prestación o en la excesiva onerosidad de ésta, a través del recurso a la cláusula «rebus sic stantibus».*”

3.3.1 Naturaleza de la cláusula penal

La pena convencional o cláusula penal se regula en los arts. 1152 a 1155 CC. La doctrina la define como “*una estipulación con función de garantía y naturaleza autotutelar y sancionadora*”⁵³, a la que se le pueden atribuir tres funciones: sustitutiva o compensatoria, cumulativa o estrictamente penal, o función penitencial o de desistimiento.

La primera de estas funciones permite una liquidación anticipada de los daños y perjuicios, pues la pena sustituye a la indemnización. La segunda, la función cumulativa, permite reclamar tanto la pena como la obligación principal, por lo que la cláusula tiene verdadero carácter de penalización. Y, por último, la función penitencial faculta al deudor de liberarse de la obligación realizando una prestación distinta de la pactada.

En nuestro caso, es claro que las partes han establecido una función cumulativa de la pena, puesto que han configurado la cláusula final de forma adicional a los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. Esta configuración cumulativa de la pena está expresamente permitida en el art. 1152 CC⁵⁴, que permite modular la función sustitutiva mediante pacto, lo que supone “*una singularidad de nuestro Código Civil que carece de parangón en los ordenamientos de nuestro entorno*”⁵⁵.

3.3.2 Moderación judicial de la cláusula penal

Nuestro Código Civil admite la moderación judicial de la pena en el art. 1154, diciendo que “*el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*”. En este sentido, es necesario analizar qué se entiende por obligación cumplida de forma parcial o irregular y los criterios que debe tener en cuenta el juez al modificar la pena.

Respecto del cumplimiento, cabe señalar que la aplicación del art. 1154 requiere que el incumplimiento parcial no haya sido elevado por las partes a causa desencadenante de la aplicación de la pena. Esta es la postura del TS, que ha establecido en reiteradas ocasiones que “*la jurisprudencia de esta Sala no admite la moderación de la cláusula penal en caso de incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal cuando tal incumplimiento parcial sea precisamente el contemplado en el contrato como presupuesto de la pena*”⁵⁶.

⁵³ RAMOS CHAPARRO, E., *La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales)*, Universidad de Sevilla, 1999, pág. 51.

⁵⁴ Art. 1152: “*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.*”

⁵⁵ DÍAZ MORENO, A., *Presupuestos y alcance de las facultades moderadoras del juez en el caso de la pena convencional. Comentario a la Sentencia del TS de 12 de julio de 2011*, Revista de Derecho Patrimonial núm. 28, 2012, pág. 4.

⁵⁶ Sentencia del TS, Sala de lo Civil, núm. 44/2017 del 25 de enero de 2017, 530/2016 del 13 de septiembre de 2016 y 196/2015 del 17 de abril de 2015.

En cuanto a los criterios a considerar para llevar a cabo la revisión, dado que la reducción del importe se pasa en el cumplimiento, “*el criterio a valorar ha de ser el grado o ventaja que proporciona el cumplimiento parcial o irregular y nunca el de la amplitud*”⁵⁷. No obstante, lo que no se tiene en cuenta al ejercitarse la moderación judicial es la buena o la mala fe del deudor⁵⁸. En nuestro caso, esta doctrina puede resultar beneficiosa para la posición de A, si se argumenta que un pago parcial del 10% del precio de la compraventa no representa suficiente grado de cumplimiento para el vendedor y que es irrelevante si el incumplimiento de B se produjo de buena o mala fe.

3.3.3 Admisibilidad de la cláusula en el caso concreto

Para llevar a cabo una defensa efectiva de A, es preciso analizar si B podrá evitar la obligación de pago de la cláusula penal alegando que es desproporcionada y/o abusiva. Así, es muy posible que B argumente que la cláusula es desproporcionada por su elevada cuantía, que supone el triple del precio pactado en el contrato.

Aunque el art. 1154 CC no establece que la moderación judicial deba hacerse en casos de desproporción o falta de equidad de la penalidad fijada libremente por las partes, algunos autores⁵⁹ defienden que la reducción pueda ser aplicada en aquellos casos en que la cláusula penal sea desproporcionada o excesiva. Esta postura doctrinal se encuentra reforzada por la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil, que ha formulado el art. 1150 recogiendo expresamente esta posibilidad, al establecer que “*el Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido*”⁶⁰.

No cabe duda de que la corriente doctrinal y legislativa expuesta supone un punto débil para la posición de A, por lo que debemos admitir la hipótesis de que la cuantía de la cláusula sea reducida con fundamento en la desproporción de la pena y cuál sería la mejor defensa para nuestro cliente en ese escenario. Consideramos que A debe defenderse de la reducción tratando de que su amplitud sea mínima. Para ello, podemos apoyarnos en la doctrina que entiende que los jueces no podrán reducir la pena “*según su particular apreciación de lo que, en cada caso, sea equitativo*”⁶¹. La equidad ha de influir en la fijación de la cuantía de la reducción sin igualar la pena a lo que sería la indemnización de daños y perjuicios, pues de otro modo, la pena con función cumulativa quedaría sin

⁵⁷ MONTÉS PENADÉS, V., Garantías del crédito, en VALPUESTA, M.R. (coord.), *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 254.

⁵⁸ DÍAZ MORENO, A., *Presupuestos y alcance de las facultades moderadoras del juez en el caso de la pena convencional. Comentario a la Sentencia del TS de 12 de julio de 2011*, Revista de Derecho Patrimonial núm. 28, 2012, pág. 8.

⁵⁹ JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 199 y siguientes.

⁶⁰ Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil), *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, 2009, pág. 59.

⁶¹ DÍAZ MORENO, A., *Presupuestos y alcance de las facultades moderadoras del juez en el caso de la pena convencional. Comentario a la Sentencia del TS de 12 de julio de 2011*, Revista de Derecho Patrimonial núm. 28, 2012, pág. 10.

efecto. Así, se afirma que “*la reducción no puede llegar a convertirse en una exoneración del deudor, de manera que no cabe la supresión de la pena o la reducción a una suma irrisoria*”⁶².

Por último, debe descartarse la pretensión de B de que se declare la abusividad de la cláusula, pues el concepto de cláusulas abusivas establecido en el art. 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (“TRLGDCU”) determina que “*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*”. Por tanto, no es posible que la penalidad se declare abusiva, porque los contratantes A y B no pueden ser considerados consumidores ni usuarios en los términos del art. 3.1 del TRLGDCU⁶³, ya que consideramos que las partes intervinientes en el contrato de compraventa inmobiliaria del hotel son empresarios o profesionales que actúan en el ejercicio de su actividad. Igualmente, cabe señalar que, aunque se declarase la abusividad de la pena y que, en último término, la cláusula penal debiese ser anulada, ello no facultaría a B para alegar la nulidad del contrato de compraventa, pues nuestro Código Civil es claro en este punto, al establecer el art. 1155 que “*la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal*”.

3.4 Cuestión cuarta: el concurso de acreedores y la “Carta de Patrocinio”

En este apartado analizaremos los posibles efectos de la carta de patrocinio suscrita entre B y su sociedad matriz a efectos de la reclamación de pago del precio y la cláusula penal efectuada por A, todo ello en el escenario del concurso de acreedores de B.

3.4.1 Concepto y clases de carta de patrocinio

Las cartas de patrocinio o *comfort letters* “*son documentos emitidos generalmente por la sociedad dominante o el socio de control en relación con la financiación concedida a su filial (si bien nada impide que se otorgue fuera de la pertenencia a un grupo), cuya finalidad es otorgar al acreedor una cierta tranquilidad sobre la solvencia financiera del deudor y su capacidad para llevar a buen fin la operación contratada*”⁶⁴. Se trata de contratos atípicos nacidos de la autonomía de voluntad de las partes, que habitualmente

⁶² DÍAZ MORENO, A., *Presupuestos y alcance de las facultades moderadoras del juez en el caso de la pena convencional. Comentario a la Sentencia del TS de 12 de julio de 2011*, Revista de Derecho Patrimonial núm. 28, 2012, pág. 10

⁶³ Art. 3.1 TRLGDCU: “*A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, 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.”

⁶⁴ DE CÁRDENAS SMITH, C., ARLABÁN GABEIRAS, B., en MANZANARES SECADES, A. (coord.), *Estudios sobre financiaciones sindicadas*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., 2017, pág. 346.

se suscriben en situaciones en las que la sociedad matriz no quiere o no puede otorgar una garantía ni asumir un mayor grado de vinculación con sus filiales.

Podemos diferenciar dos grandes clases de cartas de patrocinio, en función del grado de vinculación del emisor: las cartas de patrocinio fuertes y débiles. Las cartas débiles o *gentlemen's agreements* son aquellas que presentan un menor grado de vinculación, pues sus declaraciones carecen de obligatoriedad o, en caso de contener obligaciones, no contienen obligaciones de pago (sino de información, solicitar autorización, etc.). En cambio, las cartas fuertes son aquellas en las que el otorgante asume un compromiso obligacional, bien asumiendo un conjunto de obligaciones directas frente al acreedor o bien obligándose el emisor a un verdadero compromiso financiero (como aportar fondos a la filial).

En nuestro caso, se dice que la carta de patrocinio supone el compromiso de la matriz de “realizar sus mayores esfuerzos para que B tenga fondos suficientes para hacer frente a sus obligaciones frente a A”. Por tanto, en virtud de la clasificación expuesta, entendemos que la carta supone un compromiso obligacional de aportación de fondos por parte de la matriz a la filial, de manera que existe un alto grado de vinculación, característico de las cartas de patrocinio fuertes.

3.4.2 Carácter fideusorio de la carta de patrocinio

Expuesta la teoría general de las cartas de patrocinio, conforme a la cual consideramos que la carta de patrocinio otorgada por la matriz de B es de carácter fuerte, es preciso analizar si la carta tiene además carácter fideusorio.

En primer lugar, debemos examinar la admisibilidad del carácter fideusorio en las cartas de patrocinio. Para ello, hay que clarificar que, cuando el art. 1827.I CC, establece que la fianza no se presume, lo que se expresa es “la exclusión del tipo fideusorio respecto de aquellas declaraciones de hechos o de pareceres por parte de un tercero, que pueden tener como objeto o como efecto incrementar la seguridad o la confianza del acreedor”⁶⁵. No se trata, por tanto, de un principio general contrario a la fianza, de manera que, si es claro que un tercero quiso obligarse, pero no en qué concepto quiso hacerlo “no se puede utilizar el art. 1827 CC para preferir cualquier otro título obligatorio distinto de la fianza”⁶⁶.

A pesar de lo expuesto sobre la no presunción de la fianza, la doctrina opina que, en los casos de cartas de patrocinio más fuertes, como aquellos compromisos en los que el otorgante “se promete el cumplimiento de la deuda, o el cumplimiento por parte de la filial”⁶⁷ debe interpretarse que las declaraciones son verdaderos compromisos fideusorios.

⁶⁵ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., et al., *Tratado de los Derechos de Garantía (Tomos I y II)*, Thomson Reuters Aranzadi, 4ª ed., 2022.

⁶⁶ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., et al., *Tratado de los Derechos de Garantía (Tomos I y II)*, Thomson Reuters Aranzadi, 4ª ed., 2022.

⁶⁷ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., et al., *Tratado de los Derechos de Garantía (Tomos I y II)*, Thomson Reuters Aranzadi, 4ª ed., 2022.

Concretamente, se consideran declaraciones de este tipo las que dicen “«Nos esforzaremos de suerte que no tenga que soportar las cargas imputables al riesgo de cambio o al riesgo político»; «Nos comprometemos a sostener a la filial..., y si fuere necesario, a sustituirla para hacer frente a sus compromisos»”.

En segundo lugar, conviene señalar que no todas las declaraciones fuertes pueden ser consideradas compromisos fideusorios. Las declaraciones fuertes de provisión de medios a la filial pueden graduarse en tres categorías: (i) aquellas en las que el otorgante promete proveer de medios a la filial, (ii) aquellas en las que el emisor promete que la filial pagará bajo cualquier circunstancia y (iii) aquellas en las que el otorgante se compromete a que el crédito se pagará aunque la filial no se halle en condiciones de hacerlo. La doctrina⁶⁸ considera que la segunda clasificación se refiere a cartas de patrocinio configuradas como una promesa de tercero “que crean una responsabilidad subsidiaria que puede calificarse cómodamente como obligación fideusoria”⁶⁹, mientras que la última categoría constituye un compromiso fideusorio ordinario (configurado como promesa de resultado de pago). Respecto de la primera categoría, la doctrina consolidada ha precisado que “tales promesas no comportan compromiso de pago directo al acreedor por parte del emitente, sino compromiso, frente a este acreedor, de hacer una contribución económica a la filial”⁷⁰. Por tanto, en estos casos no operan los caracteres propios de la fianza.

Teniendo en cuenta la redacción del caso, no parece que la carta de patrocinio de B y su matriz pueda englobarse en ninguna de las dos últimas categorías, que son las que se consideran de carácter fideusorio (lo que supone un punto débil para A), sino que creemos que el compromiso de la matriz encaja mejor en la primera clasificación. En consecuencia, la matriz de B se habría obligado simplemente a la provisión de medios de cumplimiento, no con carácter de fiador, por lo que, en caso de incumplir su obligación de provisión de fondos, nuestro cliente A (beneficiario último de la promesa) sólo dispondría de una acción de responsabilidad por incumplimiento de una obligación contractual, lo que le sitúa en una situación menos favorable. Así, la doctrina subraya las desventajas (para el acreedor) de este tipo de cartas de patrocinio, diciendo que la diferencia entre “una fianza (obligación directa de pago al acreedor) y una responsabilidad por incumplimiento de deberes de conducta hacia la filial radica en que en este último caso existen restricciones derivadas del principio de causalidad y, al menos teóricamente, del principio de culpa. El emitente indemniza el daño sufrido por el acreedor, no paga la deuda de la filial. Y el acreedor es el que tiene que probar debidamente la relación de causalidad entre incumplimiento de la matriz e impago de la filial; es decir, que ésta hubiera cumplido de haber cumplido el emitente”⁷¹.

⁶⁸ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., et al., *Tratado de los Derechos de Garantía (Tomos I y II)*, Thomson Reuters Aranzadi, 4ª ed., 2022.

⁶⁹ CARRASCO PERERA, A., *Fianza, accesoriidad y contrato de garantía*, Wolters Kluwer, 1991, pág. 127.

⁷⁰ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., et al., *Tratado de los Derechos de Garantía (Tomos I y II)*, Thomson Reuters Aranzadi, 4ª ed., 2022.

⁷¹ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., et al., *Tratado de los Derechos de Garantía (Tomos I y II)*, Thomson Reuters Aranzadi, 4ª ed., 2022.

3.4.3 Efectos del concurso de acreedores

Partiendo de lo expuesto arriba (estamos ante una carta de patrocinio fuerte de provisión de fondos), procedemos a examinar los efectos del concurso de acreedores de B sobre la carta otorgada por su matriz. Concretamente, estudiaremos si, como alega la matriz, los fondos que en su caso se proporcionasen a B se integrarían en la masa común de acreedores.

La doctrina considera que las cartas de apoyo a la filial (como es la de nuestro caso) “*no pueden ser contratos a favor de tercero en sentido propio, pues la declaración no se emite en interés de la filial, ni del resto de sus acreedores, sino en interés exclusivo del destinatario de la carta*”⁷². A efectos del concurso, esta interpretación doctrinal determina que, ni los administradores concursales, ni el propio deudor concursado (la filial) ostentan un derecho de crédito contra la sociedad matriz para obtener la provisión de fondos. En consecuencia, ni la administración concursal, ni la filial pueden exigir al oferente de la carta de patrocinio que pague al acreedor en forma de provisión de fondos a la masa del concurso, “*no sólo porque la masa no es titular de crédito alguno es este sentido, sino porque, aunque lo fuera, este pago al concurso no satisfaría el interés del acreedor*”⁷³.

De conformidad con lo expuesto, la situación de concurso de B supone un punto débil para nuestro cliente A, pues se reducen sus probabilidades de cobro del precio de la compraventa y la penalidad. Por tanto, nos parece aconsejable que nuestro cliente contemple la posibilidad de apoyar un convenio de la filial deudora (en caso de que se plantee este escenario), pues de conformidad con el art. 399.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal del 5 de mayo de 2020, “*el convenio no producirá efectos respecto de los derechos de los acreedores frente a los obligados solidarios con el concursado ni frente a los fiadores o avalistas, salvo que esos acreedores hubiesen sido autores de la propuesta, se hubieran adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, o hubieran votado a favor de la misma. Los obligados solidarios, los fiadores y los avalistas no podrán invocar la aprobación del convenio ni el contenido de este en perjuicio de aquellos*”.

En este sentido, la doctrina opina que votar a favor de un convenio de quita, espera o ambas soluciones, no supone la pérdida de derechos del acreedor beneficiario de la carta frente a la sociedad matriz emitente, pues “*la matriz sólo podría excepcionar este voto favorable si con esta conducta el acreedor hubiera dejado de cumplir la carga de minimizar el daño resultante del incumplimiento*”⁷⁴, lo cual no ocurre en caso de que el convenio conlleve una quita (la quita minimiza el daño, porque en defecto de ella, el daño sería del impago total del crédito).

⁷² CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., et al., *Tratado de los Derechos de Garantía (Tomos I y II)*, Thomson Reuters Aranzadi, 4ª ed., 2022.

⁷³ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., et al., *Tratado de los Derechos de Garantía (Tomos I y II)*, Thomson Reuters Aranzadi, 4ª ed., 2022.

⁷⁴ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., et al., *Tratado de los Derechos de Garantía (Tomos I y II)*, Thomson Reuters Aranzadi, 4ª ed., 2022.

4 CONCLUSIONES

Tras el examen de cada una de las cuestiones planteadas en el marco de la compraventa inmobiliaria celebrada entre A y B, las conclusiones y recomendaciones que se proponen a nuestro cliente se recogen a continuación:

En cuanto a la **cuestión primera**:

- (i) El contrato de compraventa inmobiliaria está sujeto a la condición de que el comprador B obtenga financiación para la adquisición, lo que supone que estamos ante un contrato de compraventa sujeto a una condición suspensiva de carácter mixto. Desde el punto de vista de la defensa de A, defendemos que la Declaración realizada por B de haber obtenido la financiación permitió a nuestro cliente dar por cumplida la condición y, por tanto, a considerar que la compraventa estaba en vigor (lo que viene reforzado por la realización de B de un pago del 10% del precio, es decir, un cumplimiento parcial de su obligación de pago). Asimismo, debemos tener en cuenta como puntos débiles de A: que B argumentará que la condición no se cumplió (por lo que estaría facultado para retirar el pago del precio que adelantó) y que dar validez a la Declaración equivaldría a la renuncia de la condición. En este sentido, hemos analizado estas debilidades y concluido que nuestro cliente podrá defenderse de ellas alegando que la renuncia pretendida no se ajusta a la configuración legal de la renuncia y que la contraparte está yendo contra sus propios actos.
- (ii) La contraparte argumenta que el retraso de nuestro cliente en la entrega del hotel supone un incumplimiento esencial. Para defender a A hemos estudiado la doctrina relativa a la esencialidad del plazo, conforme a la cual concluimos que el retraso en la entrega fue ordinario y no frustraba el fin del contrato, por lo que nuestro cliente no incumplió el contrato de compraventa. Asimismo, existe la debilidad de que el retraso sea considerado esencial, lo que creemos que B argumentará con base en la doctrina que entiende que la fijación de plazo inequívoco equivale a plazo esencial. Para defendernos de esto, acudiremos a la jurisprudencia que considera esta doctrina inaceptable, por imponer la esencialidad del plazo en todo tipo de contratos en los que este se haya señalado con certeza.
- (iii) El pacto resolutorio previsto para el caso de que se denegase la subvención de la Junta de Andalucía debe calificarse como pacto resolutorio *stricto sensu*, no como condición resolutoria explícita. Esto resulta de la posibilidad de que B pueda resolver (lo que permite descartar la automaticidad de la condición) y de la jurisprudencia dominante, que no admite la presunción de existencia de las condiciones. Respecto de los riesgos que supone un pacto de *lex commissoria* para nuestro cliente, concluimos que es difícil que B pueda hacer exigible el pacto, pues no se cumplen los presupuestos exigidos para ello (B

ha incumplido sus obligaciones contractuales, es posible argumentar que el incumplimiento de A está justificado y debe descartarse la voluntad rebelde al cumplimiento de A).

Respecto de la **cuestión segunda**:

- (i) B pretende, con carácter subsidiario, que se aplique al contrato la doctrina de la *rebus sic stantibus* para obtener una rebaja del 30% del precio de la compraventa. En este sentido, se ha identificado como principal punto débil de nuestro cliente que los requisitos jurisprudenciales de aplicación de la *rebus* se satisfacen en su mayoría. Además, debe contemplarse también el riesgo que supone la propuesta de reforma del CC de regular la aplicación de la *rebus* (lo que, de aprobarse, sería muy favorable para B).
- (ii) No obstante, creemos que contamos con una defensa sólida en este punto, puesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que la aplicación de la *rebus sic stantibus* en contratos de tracto único (como es nuestro caso) es excepcional.

Sobre la **cuestión tercera**:

- (i) La cláusula penal puesta en el contrato para el caso de incumplimiento es admisible de conformidad con los arts. 1152 a 1155 CC y el principio de autonomía de la voluntad del art. 1255. Se trata de una cláusula de función cumulativa, que prevé que la parte incumplidora ha de pagar 300 millones de euros, adicionales a los daños y perjuicios causados.
- (ii) Consideramos que existe el riesgo de que se considere que B ha cumplido en parte (por haber realizado un pago parcial) y se lleve a cabo la moderación de la cláusula por los Tribunales. Si se plantea este escenario, sería necesario alegar que la amplitud de la reducción sea mínima, alegando que la cláusula no debe entenderse desproporcionada por el mero hecho de triplicar el precio de la compraventa, pues la moderación judicial de la cláusula penal no ha de igualar la pena cumulativa a la indemnización por daños y perjuicios, ya que, en caso de hacerlo, la función cumulativa quedaría sin efecto.
- (iii) Por último, descartamos que la pretensión de B de que la pena se declare abusiva pueda prosperar, puesto que no nos hallamos en el ámbito de aplicación de la legislación de consumidores y usuarios.

Por último, respecto de la **cuestión cuarta**:

- (i) El examen de la carta de patrocinio otorgada al comprador por parte de su matriz nos lleva a concluir que estamos ante un compromiso obligacional de aportación de fondos de carácter fuerte. En este sentido, identificamos como

principal punto débil de nuestro cliente que, con la información de que disponemos, la carta de patrocinio no parece tener carácter fideusorio, por lo que no aplicarán los caracteres propios de la fianza, con las correspondientes desventajas que ello implica para nosotros (fundamentalmente, que la matriz no tiene una obligación directa de pago con nuestro cliente).

- (ii) Igualmente, la situación de concurso de B debe considerarse una debilidad para nuestro cliente, pues una carta de patrocinio como la del caso no permite que la administración concursal o la filial (el comprador B) puedan exigir a la matriz otorgante de la carta que pague al acreedor (nuestro cliente A) la provisión de fondos a la masa concursal. En consecuencia, la situación de concurso disminuye las probabilidades de cobro de nuestro cliente, por lo que nos parece aconsejable recomendar su voto favorable a una propuesta de convenio (si llega a plantearse), lo que podría permitirle cobrar en parte y no le supondría una pérdida de derechos frente a la sociedad matriz emitente de la carta de patrocinio.

5 BIBLIOGRAFÍA

ASUA GONZÁLEZ, C.I., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., et al., *Código Civil Comentado. Volumen I [Título preliminar - De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I - De las personas. Libro II - De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones]*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

BUSTO LAGO, J.M., en CARRASCO PERERA, A., *Tratado de la Compraventa [Homenaje a Rodrigo Bercovitz]*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

CARRASCO PERERA, A., *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Wolters Kluwer, 1991.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., et al., *Tratado de los Derechos de Garantía (Tomos I y II)*, Thomson Reuters Aranzadi, 4ª ed., 2022.

CLEMENTE MEORO, M.E., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., et al., *Código Civil Comentado (Vol. III). Libro IV de las obligaciones y contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil), *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, 2009.

DE CÁRDENAS SMITH, C., ARLABÁN GABEIRAS, B., en MANZANARES SECADES, A. (coord.), *Estudios sobre financiaciones sindicadas*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., 2017.

DÍAZ MORENO, A., *Presupuestos y alcance de las facultades moderadoras del juez en el caso de la pena convencional. Comentario a la Sentencia del TS de 12 de julio de 2011*, Revista de Derecho Patrimonial núm. 28, 2012.

DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los actos propios [un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo]*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2014.

JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Civitas, Madrid, 1992.

MONTÉS PENADÉS, V., Garantías del crédito, en VALPUESTA, M.R. (coord.), *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MORALEJO IMBERNÓN, N., en CARRASCO PERERA, A., *Tratado de la Compraventa [Homenaje a Rodrigo Bercovitz]*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., 2013.

NAVARRO CASTRO, M., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., et al., *Código Civil Comentado (Vol. IV). Libro IV de las obligaciones y contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

RAMOS CHAPARRO, E., *La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales)*, Universidad de Sevilla, 1999.

SIMÓ SEVILLA, D., en GARRIDO DE PALMA, V.M. (Dir.), *Instituciones de Derecho Privado [Tomo III Obligaciones y contratos. Volumen 2º]*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2016.

VAQUERO PINTO, M.J., *Comentario a la Sentencia de 29 de noviembre de 2012. Entrega de la cosa en la compraventa inmobiliaria y término esencial: condición resolutoria expresa y pacto resolutorio*. Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 93/2013, 2013.