Centro de Estudios de Consumo

PUBLICACIONES JURÍDICAS
www.uclm.es/centro/cesco

CONDICIÓN RESOLUTORIA Y TÉRMINO ESENCIAL EN LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: UNA HISTORIA MAL CONTADA EN HOMENAJE AL OPORTUNISMO DE COMPRADORES DE VIVIENDA*

Ángel Carrasco Perera
Centro de Estudios de Consumo
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 9 de septiembre de 2016

1. Como es conocido, la regla en materia de resolución contractual es que el incumplimiento del deudor ha de ser esencial, considerándose tal aquel que frustra definitivamente el interés de cumplimiento del acreedor. Desde hace tiempo, empero, se viene leyendo ocasionalmente en la jurisprudencia que las partes pueden de una manera u otra dulcificar las exigencias ordinarias para que el incumplimiento del deudor pueda legitimar al acreedor para la resolución. Es decir, de una manera u otra, poder manipular el contrato para que el acreedor pueda ejercitar la resolución ante un incumplimiento cualquiera, sin necesidad de que resulte cualificado por su gravedad o su impacto en la economía contractual o en las expectativas del acreedor. La STS 1 febrero 2010, RJ 419, sostuvo que si las partes han pactado un tipo de incumplimiento como resolutorio, este incumplimiento es esencial, a los efectos del art. 1124 CC, y la de 19 mayo 2009, RJ 3181, con cita de la de 5 abril 2006, RJ 1921, afirma que "no hay duda de que esa condición [de incumplimiento esencial] la merece aquél incumplimiento que la tenga por voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes".

2. Con todo, ha sido con el desplome del "boom" del ladrillo, y la consecuente retracción de los compradores que habían adquirido anticipadamente, la que ha exacerbado esta doctrina hasta convertirla en una panacea del oportunismo jurídico más patente, como pasamos a exponer. Los compradores hacían lo imposible para quitarse de encima los compromisos adquiridos y resultaba bienvenida cualquier contingencia que pudiera arrastrar al vendedor al incumplimiento de plazos.

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

3. Sin que llegue a ser unánime[1], es cierto que en los últimos años se ha entronizado una *perversa* jurisprudencia en virtud de la cual, cuando las partes han expresado un día para el cumplimiento y han incorporado una condición resolutoria expresa *en contratos de enajenación de vivienda futura*, procede la resolución llegado el día de cumplimiento, aunque el incumplimiento no sea esencial y el demandado esté en condiciones de ofrecer el cumplimiento; se entiende que la fijación del plazo inequívoco equivale a término esencial y que además la aposición de una condición resolutoria expresa libera de la necesidad de acreditar otros requisitos adicionales para la resolución[2]. Esta jurisprudencia en ocasiones está condicionada por la existencia de una garantía bancaria o de un seguro por las cantidades adelantadas por el comprador, cuya reclamación no puede y debe hacerse depender de plazos de espera para la obligación subyacente[3]. No está muy claro si los dos argumentos (plazo como término esencial y automatismo de la condición) son parte del mismo argumento (esto es, la aposición de una condición resolutoria expresa inequívoca hace esencial el término) o si se trata de razones distintas e independientes.

4. Antes de seguir con la argumentación, procede distinguir tres escenarios de resolución, porque sólo uno de ellos es problemático. Primero, pactada o no una condición resolutoria, y con independencia de si el plazo de cumplimiento es término esencial, el deudor deja de cumplir en el plazo convenido, el acreedor resuelve y el deudor no está en condiciones de ofrecer, siquiera antes de la demanda, un cumplimiento correcto, como ocurrió, por ejemplo, en la STS 29 noviembre 2012, RJ 2013/909. En este escenario procede ordinariamente la resolución, y no es problemático. Segundo, pactada una condición resolutoria, e incluso un término "esencial", el deudor cumple u ofrece el cumplimiento fuera de plazo pero antes de que el deudor le requiera de resolución. Este escenario tampoco se ha revelado problemático y, como quiera que se caracterice la aposición de una condición resolutoria y de un término esencial, lo cierto es que la resolución no procede (STS 5 mayo 2014, RJ 3290; STS 30 diciembre 2015, RJ 5748; STS 7 junio 2016, JUR 2016/75817). Tercero, se pacta – en honor del argumento que venimos desarrollando- una condición resolutoria expresa para el supuesto de incumplimiento, el acreedor requiere de resolución cuando el *retraso* aún no parece esencial, a tenor de las circunstancias del caso, el acreedor ofrece en ese momento el

[1] La jurisprudencia correcta sigue produciéndose ocasionalmente: STS 5 febrero 2014, RJ 825; STS 6 enero 2015, RJ 2324; STS 30 diciembre 2015, RJ 5748; 7 junio 2016, JUR 2016/75817.

[2] SSTS 8 noviembre 2012, RJ 2013/2402; 15 noviembre 2012, RJ 3013/19; 29 noviembre 2012, RJ 2013/191 [CCJC 93, 2013, § 2480, comentario de VAQUERO PINTO]; 3 julio 2013, RJ 5913**;** 13 noviembre 2013, RJ 7821; 5 febrero 2014, RJ 825; 1 abril 2014, RJ 2155 (aunque desestimatoria, porque, a diferencia del tiempo de entrega, no se había pactado como esencial la concesión de licencia de primera ocupación); 28 junio 2015, RJ 3884 [CCJC 100, 2015, § 2682, comentario de BUSTO LAGO]; 4 mayo 2016, RJ 2217.

[3] Cfr. STS 7 mayo 2014, RJ 3126; STS 20 enero 2015, RJ 361.

cumplimiento correcto o lo puede ofrecer en cualquier caso antes de que el comprador demande judicialmente la resolución; éste es el supuesto problemático, y al que se refiere la doctrina que pasamos a criticar.

5. En el siguiente supuesto se estima la demanda de resolución. El 2 de octubre debía entregarse la vivienda, el 4 octubre se pide la resolución, el 28 se obtiene la licencia de primera ocupación; hay un retraso de 26 días. Según el TS, 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 (STS 4 mayo 2016, RJ 2217).

6. En la STS 13 noviembre 2013, RJ 7821, la entrega se pactó para junio de 2008, el comprador resuelve extrajudicialmente el 17 septiembre, la promotora ofrece escrituración 29 septiembre. La sentencia del TS anula la de segunda instancia, que había considerado que un retraso no esencial en la entrega de la vivienda no permitía al comprador la resolución del contrato, si en el momento en que se insta esta resolución, el vendedor ofrece el cumplimiento correcto. Según el TS, la estipulación de una condición resolutoria expresa consistente en la llegada del plazo de cumplimiento pactado permite que el comprador inste la resolución aunque se trate de un retraso no esencial.

7. El mismo juego de oportunismo en la resolución se manifiesta en la STS 3 julio 2013, RJ 913. La entrega se había retrasado, existían ciertamente cláusulas potestativas de duración, en especial una cláusula de prórroga de seis meses que resultaba abusiva, pero lo cierto es que cuando el comprador resuelve ya está en condiciones el vendedor de ofrecer el cumplimiento, que habían estimado liberatorio las dos instancias inferiores y que el TS declara no procedente ya.

8. En el supuesto de la STS 4 mayo 2016, RJ 2217, se había establecido en el contrato el tiempo en que debía entregarse la vivienda. Según el TS, no hay lugar a aplicar el art. 1124 CC, y ha de reputarse que el plazo es esencial, más si cabe cuando está prevista la resolución expresa. La licencia de primera ocupación se había retrasado 26 días después de que se hubiera requerido la resolución, aunque las partes eran conscientes de que la inspección municipal de la obra a efectos de expedición de la licencia había sido positiva.

9. En la STS 29 noviembre 2012, RJ 2013, 191, los hitos temporales eran los siguientes. El plazo de entrega vencía el 20 marzo 2008, la licencia de primera ocupación se obtiene el 31 julio y había sido solicitada el 21 mayo; el comprador resuelve el 4 junio. Según el TS, la obligación del vendedor (no del comprador) estaba sujeta a una condición resolutoria temporal, no susceptible de ser graduada por la doctrina relativa al art. 1504.

10. Repárese en el contraste con la STS 5 febrero 2014, RJ 825. Debió entregarse el 28 septiembre 2009. Se remite requerimiento resolutorio el 20 noviembre, la licencia de primera ocupación es de fecha 23 noviembre. Según el tribunal, si se pacta una condición resolutoria, el incumplimiento del plazo es esencial. Con todo, se consideró que la opción por la resolución no es admisible cuando unos días más tarde el vendedor consiguió la licencia de primera ocupación, que había solicitado antes de que el comprador declarara la resolución.

11. Me parece indudable que la expuesta es una jurisprudencia desgraciada, y, lo que es peor, innecesaria y destructiva del andamiaje histórico de la resolución por incumplimiento. No ha obedecido a ninguna necesidad ni es la respuesta a una prolongada reflexión – que no la ha habido- sobre la naturaleza de las condiciones. Para más conmoción, promueve el ejercicio oportunista y abusivo de la facultad de resolución, cuando se llega al extremo de permitir que el comprador resuelva el día después de la llegada del plazo y se dé curso a esta resolución aunque el vendedor ofrezca inmediatamente el cumplimiento en la contestación al requerimiento resolutorio.

12. La exigencia de sustancialidad o esencialidad en el incumplimiento no se ha forjado en la jurisprudencia antigua (y buena) como una regla *supletoria a falta de una declaración expresa,* sino como una regla *material* instaurada para neutralizar las estrategias oportunistas y la destrucción innecesaria del *surplus* bilateral creado por el contrato. Es contrario a la buena fe ejercitar una resolución por incumplimiento no esencial, pues semejante conducta revela que se hace uso de este remedio para escapar de un contrato que ha devenido más caro que el mercado Si no es una regla supletoria, entonces tampoco podrá ser apartada en su aplicación por la simple aposición de una condición resolutoria expresa que tenga al incumplimiento como su supuesto de hecho. Si la cosa pudiera ser así, entonces también habría que acceder a la resolución cuando el comprador hiciera valer la condición resolutoria (cumplida) después de que el vendedor le ofrece el cumplimiento, aunque retrasado, lo que sólo con mucha mala fe se puede defender[4]. Además, si el Ordenamiento instaura una regla *material de protección de un determinado interés,* es ridículo que se pueda hurtar su aplicación mediante la práctica de *un expediente formal cuya instauración no tiene coste alguno* para la parte que se quiere sacudir la carga de aquel interés protegido. Si tal cosa pudiera conseguirse, de nada habría servido la consagración de esfuerzos regulatorios para la defensa de aquel interés, que ahora puede ser eliminado sin un esfuerzo *compensatorio* correspondiente. Es evidente, no sólo, que no tiene ningún coste incorporar al contrato una condición resolutoria, sino que de hecho es algo que se hace ya por rutina en todo contrato, simple o complejo. Su misma

[4] Y de hecho no se defiende: STS 5 mayo 2014, RJ 3290.

universalidad revela la carencia de significado real en la economía contractual. Existiendo una facultad general de resolución por incumplimiento, la aposición de una condición resolutoria expresa por incumplimiento, y así se prueba por la praxis diaria, no comporta algo más que una cláusula de estilo. Por demás, incluso si ello fuera posible, sería contrafáctico sostener que cuando las partes han pactado una condición resolutoria han *querido derogar* toda otra suerte de exigencias materiales para que proceda la resolución: nunca han llegado las partes a hacerse una representación mental de tal cosa. La cláusula en cuestión deviene rutinaria, como rutinario es ya leer que las partes de un contrato se comprometen "irrevocablemente" a algo. En conclusión, si bien es cierto que las partes son libres para diseñar instrumentos de cobertura (*hedge*) para neutralizar los riesgos del mercado, la condición resolutoria expresa por incumplimiento es un instrumento inapropiado para tal fin.

13. Ni siquiera tiene interés preguntarse si la condición resolutoria expresa es una cláusula "negociada" o si se trata de una condición general de la contratación "impuesta" por la parte a la que supuestamente beneficia su tenor. Primero, y más importante que todo, porque el beneficiado por esta cláusula es siempre la contraparte del vendedor profesional, que, en el caso de adquisición de vivienda, será ordinariamente un consumidor. Y no tiene sentido especular si el consumidor ha "impuesto" la cláusula al profesional, cuando de hecho todo el contrato está impuesto por éste. En segundo lugar, el pacto de ley comisoria ha devenido tan universal en la compraventa que no podemos representarnos que *en un escenario de negociación no coartada* pueda el consumidor tener algún interés real en que dicha cláusula (que sería, en aras del argumento, favorable al vendedor) no se incorporase. *Hay poco que negociar* sobre si en una compraventa (y más de inmuebles) se incorpora o no una condición resolutoria por incumplimiento.

14. No menos desatinado es afirmar que la determinación de un plazo de cumplimiento (que es esencial para la validez de todo contrato) equivale a convertir ese plazo en un término esencial de cumplimiento. Si así fuera, todo contrato estaría de hecho 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[5]; como se comprueba por la cláusula de esencialidad "material" que formula el art. 66 bis.2 II TR LGDCU y porque el transcurso del plazo adicional del apartado 2 de la norma tampoco basta para hacer esencial el plazo de cumplimiento, pues el vendedor puede todavía cumplir mientras no se resuelva la venta. De hecho, el apartado 2 de la norma es clamoroso de cómo el Ordenamiento

[5] Correctamente, STS 7 junio 2016, JUR 2016/75817.

prescribe la necesidad de conceder un plazo adicional, aun cuando se haya pactado una fecha cierta de entrega y se haya incorporado una condición resolutoria expresa.

15. Se equivoca la STS 4 mayo 2016, RJ 2217: la inclusión de una cláusula penal por retraso, no revela, sino todo lo contrario, que el plazo fuera esencial, como bien entiende la STS 25 mayo 2016. Al final, la especulación del juzgador sobre si el plazo era o no de esencia acaba basándose en apreciaciones arbitrarias[6]. Es *evidente* que puede ser esencial el plazo para la confección del vestido de novia, pero no lo es un contrato de compraventa de inmueble a construir cuando la fecha de entrega se ha fijado en dos años adelante y donde toda persona sensata cuenta que hay que solicitar y esperar, como poco, a la concesión de dos licencias administrativas. Es claro que entonces no se dan las condiciones de esencialidad del plazo que bien sintetiza la STS 8 marzo 2011, RJ 2759: el carácter esencial se infiere de las circunstancias materiales del contenido de la misma prestación, "por determinar el único momento en que el interés del acreedor puede resultar satisfecho, y, por lo tanto, permitir al mismo que una prestación ejecutada fuera de él sea rechazada".

16. Finalmente, el art. 1504 CC prueba suficientemente que ni la fijación de un término de cumplimiento en la compraventa de inmuebles hace esencial el plazo ni lo hace tampoco que se haya incorporado una condición resolutoria expresa.

[6] Como ocurre en la STS 1 abril 2014, RJ 2155.