

El incumplimiento de la obligación de pagar el precio en la compraventa de inmuebles a causa de la imposibilidad de obtener financiación*

*The obligation breach of paying the
price in the sphere of buying & selling
properties due to the inability to
obtain financing*

por

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid
ccallejo@ucm.es

RESUMEN: Antes de que se manifestara la crisis económica actual en toda su amplitud, que incide especialmente en el ámbito inmobiliario, muchas personas celebraron contratos de compraventa de vivienda en los que se pactaba la entrega de una cantidad a cuenta del precio en el momento de la firma del documento privado. El resto del precio, que se pagaría con el otorgamiento de la escritura pública, se obtendría mediante la contratación de un préstamo hipotecario con una entidad financiera o mediante la subrogación en el que ya había sido concedido a la promotora. Sin embargo, dada la restricción actual del crédito, las entidades bancarias no les han autorizado la subrogación en la hipoteca del promotor-vendedor o se les ha denegado la financiación que ellos esperaban obtener. Ante esta situación, son muy numerosas las demandas

presentadas ante nuestros tribunales en que los compradores solicitan la resolución del contrato alegando la extinción de la obligación de pagar el precio por imposibilidad sobrevenida al no poder obtener financiación. Es preciso analizar si procede la resolución o la modificación del contrato, o por el contrario, si el comprador debe cumplirlo en todos sus términos.

ABSTRACT: Before the current economic crisis, which has especially affected the real estate sector, many buyers conducted property contracts in which the parties agreed that the buyer would pay an initial amount—at the moment of signing the private contract—against the full price. The rest of the price, which would be paid at the moment of the public deed conferment, would be obtained by taking out a mortgage loan or through the subrogation in the contract that the developer already had granted. However, due to the credit crunch, financial institutions commonly have been refusing to grant mortgages or even subrogating in the place of the promoter in the mortgage that had already been granted. With this situation, scores of complaints have been brought before the courts with buyers requesting to terminate their contracts, alleging that payment is no longer obligatory due to the supervening impossibility of obtaining financing. Therefore, it must be determined if any resolution or amendment to the contract is necessary, or if the buyer must comply with all the terms of the contract.

PALABRAS CLAVE: Crisis económica, restricción del crédito, imposibilidad sobrevenida, resolución contractual, cláusula *rebus sic stantibus*.

KEY WORDS: *Economic crisis, credit crunch, supervening impossibility, contractual termination, rebus sic stantibus clause.*

SUMARIO: I. CRISIS ECONÓMICA, RESTRICCIÓN DEL CRÉDITO Y COMPROVENTA DE INMUEBLES.—II. LA IMPOSIBILIDAD DE OBTENER FINANCIACIÓN COMO POSIBLE SUPUESTO CAUSANTE DE IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO: 1. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA LIBERATORIA: A) *Imposibilidad subsiguiente o sobrevenida.* B) *Imposibilidad física o legal, absoluta y objetiva.* C) *Imposibilidad definitiva o permanente.* D) *No imputable al deudor.* E) *Nexo causal.* 2. LA IMPOSIBILIDAD DE PAGO POR DENEGACIÓN DE FINANCIACIÓN EN LA RECENTE JURISPRUDENCIA CIVIL: A) *Sentencias que no estiman la existencia de imposibilidad sobrevenida.* B) *Sentencias que estiman la existencia de imposibilidad sobrevenida.*—III. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE CONSEGUIR LA SUBROGACIÓN DEL COMPRADOR EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—IV. LA DENEGACIÓN DE FINANCIACIÓN

CIÓN COMO SUPUESTO DE HECHO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA: 1. CASOS EN QUE NO SE CONSIDERA PROBADA LA CONDICIÓN. 2. CASOS EN QUE SE CONSIDERA PROBADA LA CONDICIÓN.—V. DENEGACIÓN DE FINANCIACIÓN Y CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CRISIS ECONÓMICA, RESTRICCIÓN DEL CRÉDITO Y COMPROVENDA DE INMUEBLES

En los últimos años se ha venido planteando ante nuestros tribunales una cuestión de gran calado social y jurídico. Ante la grave crisis económica que padecemos, y que se manifiesta de forma especialmente notoria en el ámbito inmobiliario, son muchas las sentencias dictadas por nuestros tribunales que resuelven las consecuencias del incumplimiento del comprador de vivienda que no puede hacer frente al pago del precio pues no consiguen obtener financiación. Muchos compradores, antes de que se manifestara dicha crisis en toda su amplitud, celebraron contratos de compraventa suscritos en documentos privados en los que se pactaba la entrega de la vivienda en la fecha convenida, que coincidiría con el otorgamiento de la escritura pública. En el momento de firma del documento privado se entregó una cantidad a cuenta del precio y se pactó que después la compradora iría realizando pagos parciales durante la ejecución de la obra. El resto del precio, que se pagaría con el otorgamiento de la escritura pública, se obtendría mediante la contratación de un préstamo hipotecario con una entidad financiera o mediante la subrogación en el que ya había sido concedido a la promotora. Sin embargo, dada la restricción actual del crédito y frente a la anterior facilidad en la concesión de financiación, ahora las entidades bancarias no les han autorizado la subrogación en la hipoteca del promotor-vendedor o se les ha denegado la financiación que ellos esperaban obtener; o, puesto que los requisitos de solvencia para tales concesiones son muy superiores a los que se exigían antes, los compradores no están en condiciones de aceptar dichos préstamos.

En muchos casos, el comprador tenía trabajo cuando decidió comprarse una vivienda y perspectivas de mantenerlo, pero en el momento en que se finaliza la construcción y debe pagar el precio aplazado, se encuentra con una reducción de su capacidad económica porque ha perdido su trabajo, ha cesado en su actividad profesional o empresarial, o sus ingresos son más reducidos y no puede hacer frente a tal pago, pues la entidad financiera que había concedido el préstamo hipotecario a la promotora no le concede la subrogación en dicho préstamo o no obtiene otro tipo de financiación. Otras veces nos encontramos con que no se ha reducido su capacidad económica o no lo ha sido de forma ostensible, pero dada la situación de incertidumbre económica y laboral existente, ya no

quiere invertir su dinero en una vivienda, por lo que no pone demasiado interés en obtener financiación. Pero lo que es innegable es que en la actualidad se ha producido una reducción del crédito bancario, lo que conlleva una falta generalizada de financiación para la compra de inmuebles por la negativa de concesión de créditos hipotecarios que no hace mucho tiempo se hubieran concedido.

Por otra parte, y dada la caída del valor de los inmuebles, los compradores, que celebraron sus contratos antes de que comenzara la crisis o en torno al año 2007 —que es la fecha que los expertos señalan como inicio de esta situación— se encuentran con que la misma promotora está vendiendo una vivienda igual que la suya, incluso en el mismo edificio, a un precio muy inferior del que ellos estipularon, lo que en muchos casos supone un estímulo para el incumplimiento de la obligación de pagar el resto del precio, ya que el comprador ha perdido interés en el contrato, pues la adquisición del inmueble ha dejado de ser rentable, y prefiere resolver el contrato aun a costa de perder las cantidades entregadas.

También debemos tener en cuenta, para tener una perspectiva completa de la situación, que el hecho de que el comprador no pueda obtener financiación, o en algunos casos, como veremos, no ponga suficiente interés en obtenerla, supone un importante perjuicio para la promotora. En otro momento habría resuelto el contrato, quedándose con la pena pactada, e incluso habría devuelto la señal, y no habría ocurrido nada más porque la demanda de viviendas era tan importante que sabía que encontraría sin problema otro comprador, incluso a un precio mayor al pactado con el primero. Sin embargo, en este momento, las promotoras no siempre admiten la resolución, aunque sea con la penalización pactada en el contrato, sino que exigen su cumplimiento ya que saben que será difícil encontrar un nuevo comprador, y si lo encuentran, lo normal es que el precio actual sea inferior al pactado inicialmente, pues la crisis la sufren no solo los compradores, sino también los vendedores. En la mayoría de los casos nos encontramos con promotoras que venden sus viviendas a particulares. Menores son los supuestos en que se trata de ventas entre particulares o ventas a personas jurídicas, si bien en estos casos la problemática es similar.

Sea en la actual situación de crisis económica o en cualquier otra, lo cierto es que cuando se celebra un contrato en que no coinciden perfección y cumplimiento, las partes asumen un plus de riesgo que se añade al alea normal del contrato, pues en el periodo que media entre perfección y cumplimiento, las circunstancias en que se contrató pueden cambiar. Este problema se da con mayor virulencia en los contratos de larga duración, pero también sucede en estos de ejecución diferida, pues al prolongarse durante un cierto periodo de tiempo, las partes pueden sufrir el advenimiento de circunstancias que rompan el equilibrio contractual que existió al contratar. Por otra parte, es importante recordar la naturaleza pecuniaria y aplazada de la obligación del comprador. Se trata de una obligación genérica, a la que se aplica el principio *genus nunc quam perit*.

Debemos partir del artículo 1091 del Código Civil que dispone: «*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos*». Este precepto establece el efecto obligatorio del contrato (*pacta sunt servanda*) como consagración del dogma de la voluntad de los sujetos. Por lo tanto, el punto de partida está constituido por la vinculación obligatoria del contrato para ambos contratantes. Lo pactado tiene fuerza de ley entre ellos: están obligados al cumplimiento exacto de lo pactado de acuerdo con los límites del artículo 1255 del Código Civil, es decir, siempre que respeten la ley, la moral y el orden público.

La vinculación de las partes a lo pactado impide que el contenido de las prestaciones de las partes se pueda revisar o dejar sin efecto después de su celebración, salvo en los casos en que el ordenamiento así lo permite o cuando así lo han previsto las partes. Sin embargo, como hemos apuntado, hay veces que después de la perfección del contrato sobrevenen circunstancias imprevistas, y que modifican las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar. Estas circunstancias que no fueron tenidas en cuenta por los contratantes, se contemplan por el ordenamiento a la hora de regular la imposibilidad sobrevenida como causa de extinción de las obligaciones y el caso fortuito y la fuerza mayor como supuestos de liberación del deudor. El problema está en catalogar los supuestos que se plantean en la práctica como constitutivos o no de estos casos. Además hay que examinar si, cuando estos hechos imprevistos no acarrean la imposibilidad sobrevenida de la prestación, pero ocasionan una alteración del equilibrio de las prestaciones que dificulta el cumplimiento del contrato o que frustra la finalidad del mismo, es precisa una revisión del contenido de las prestaciones que altere el principio de fidelidad al contrato. Y en todo caso acudiendo al artículo 3.1 del Código Civil, que permite interpretar las normas atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Ahora bien, si se diera la posibilidad de resolver por denegación de financiación se estaría prescindiendo de lo convenido y tomando en cuenta solo las circunstancias de una de las partes del contrato. Y de acuerdo con el artículo 1256 del Código Civil, no cabe la resolución si no concurre causa legal o contractual prevista para ello, porque es tanto como dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, lo que se opone a dicho precepto. Por otra parte, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), las partes pueden introducir en el contrato cláusulas que permitan resolver si se da un supuesto futuro e incierto. Este hecho puede ser la obtención de financiación, de manera que cabe incorporar al contrato de compraventa de inmuebles la facultad del comprador que no obtenga financiación de resolver unilateralmente del contrato.

El incumplimiento por el comprador de la obligación de pago del precio aplazado permite al vendedor solicitar la resolución en base al artículo 1124 del Código Civil. Sin embargo, en la mayoría de los casos en que se ha planteado

ante nuestros tribunales la problemática que estudiamos, es el comprador quien demanda la resolución. Entonces hay que tener en cuenta que, según reiterada jurisprudencia, quien demanda la resolución debe acreditar el cumplimiento por su parte de sus obligaciones contractuales, cosa que no ocurre en estos supuestos en que es el sujeto incumplidor —el comprador— quien insta la resolución con base en su propio incumplimiento motivado por la denegación de financiación. En definitiva, nos debemos plantear si debe mantenerse el contrato en todos sus términos, en base al principio de seguridad jurídica, de conservación del contrato y al principio *pacta sunt servanda*; o si cabe resolverlo por aplicación del artículo 1124 del Código Civil, suponiendo que se ha extinguido la obligación del comprador por imposibilidad sobrevenida; o mantener su vigencia, pero procediendo a su revisión para restablecer el equilibrio contractual. La resolución tendrá como efecto la devolución de las prestaciones: devolución de la vivienda —si se hubiera entregado ya, cosa que no suele suceder— y de la parte del precio ya pagado, salvo que exista otra previsión contractual para este caso¹. Por el contrario, la condena al cumplimiento supone el pago del resto del precio pendiente, y aplicación de la correspondiente cláusula penal si existiese, y el otorgamiento de la escritura pública.

II. LA IMPOSIBILIDAD DE OBTENER FINANCIACIÓN COMO POSIBLE SUPUESTO CAUSANTE DE IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO

1. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA LIBERATORIA

La obligación se extingue cuando el deudor no puede realizar la prestación por causa sobrevenida y sin que le sea imputable (arts. 1181 y 1184 CC). El Código Civil llama a esta causa extintiva *pérdida de la cosa debida* en el artículo 1156 del Código Civil y en la rúbrica de la Sección 2.^a del capítulo IV del Título I del Libro IV. Pero su regulación en los artículos 1182 a 1186 del Código Civil no comprende solo la pérdida de la cosa en las obligaciones de dar (art. 1182 CC), sino también la imposibilidad en las de hacer (art. 1184 CC). Por lo tanto, cuando se habla de pérdida de la cosa debida, debemos entender dicha expresión en sentido amplio, y por ello considerar comprendidos los supuestos de imposibilidad de la prestación en las obligaciones de hacer.

La imposibilidad sobrevenida puede ser liberatoria o no liberatoria. La imposibilidad sobrevenida liberatoria, extintiva, fortuita o inimputable se caracteriza por la ausencia de imputabilidad al deudor de la irrealizabilidad de la prestación. Por ello, el deudor queda liberado y se extingue su obligación, con lo que el acreedor no podrá exigirle su cumplimiento. Sin embargo, es no liberatoria, no extintiva o imputable la que se caracteriza por la intervención de cualquier

género de imputabilidad al deudor. Entonces, el deudor no queda liberado y puede dar lugar a la resolución del contrato o a la ejecución forzosa en forma específica, y si no cabe, al cumplimiento por equivalente, con la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios cuando proceda.

Para determinar si la denegación de financiación, en principio consecuencia de la crisis financiera crediticia, constituye una causa de exención de responsabilidad del comprador de su obligación de pagar el precio, hay que analizar los presupuestos que exige la jurisprudencia y la doctrina. Siguiendo la STS (Sala de lo Civil), de 30 de abril de 2002 (*RJ* 2002/4041) cabe señalar los siguientes²:

A) *Imposibilidad subsiguiente o sobrevenida*

La imposibilidad ha de ser sobrevenida o subsiguiente, esto es, debe producirse con posterioridad al nacimiento de la obligación, pues si fuese originaria no sería una causa de extinción, sino que sería nula *ab origine*, tal como dispone el artículo 1272 del Código Civil («*no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles*») y el artículo 1261 del Código Civil, que niega la existencia del contrato si no concurre objeto cierto, y no lo hay si el objeto es imposible al faltar un requisito —la posibilidad— en un elemento esencial como es la prestación.

Por consiguiente, es preciso que la situación determinante o causante de la imposibilidad actual no existiera en el instante del nacimiento de la obligación. Solo se estimará como causa suficiente para liberar al deudor de la prestación debida aquello que por ser sucesivo y posterior al momento constitutivo, es decir, modificativo de la situación primitiva, la haga imposible (TENA SEGARRA, 2006, 227)³.

En los casos que estudiamos, este requisito supone que habrá que analizar si ha cambiado la situación económica del comprador desde la celebración del contrato de compraventa hasta el momento en que exige el cumplimiento de la obligación de pago del precio aplazado, y si ese cambio es lo que le impide obtener financiación; o bien que la denegación de financiación, debido a la actual restricción del crédito, constituye un hecho sobrevenido que origina la imposibilidad de pago porque en el momento de celebrarse el contrato existía una gran facilidad de obtener financiación y ahora ha sobrevenido una restricción imprevisible; o si, por el contrario, el cambio en la situación económica del comprador y la denegación de financiación solo dificulta el cumplimiento de la obligación de pagar el precio en una compraventa a plazos, lo que entra dentro del aleas normal del contrato. Por otra parte, hay que tener en cuenta que en caso de que se estime como imposibilidad sobrevenida la denegación de financiación, se está haciendo recaer sobre el vendedor ese riesgo, que en principio solo debería soportar el comprador.

Desde el punto de vista temporal, para poder apreciar la existencia de imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incursa en morosidad, porque desde ese momento responde de cualquier evento fortuito o no que pueda afectar a la prestación (art. 1182 CC).

B) *Imposibilidad física o legal, absoluta y objetiva*

La imposibilidad es física o de hecho, cuando no es realizable la prestación por ser físicamente imposible, o de derecho, si no es realizable por prohibirlo el Ordenamiento. También comprende los casos que tengan su origen en una resolución o decisión de tipo administrativo o judicial de imperativa observancia que impida el cumplimiento⁴.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se exige, para que la imposibilidad sobrevenida fortuita produzca efecto liberatorio, que sea objetiva y absoluta. Por contraposición surgen los calificativos de subjetiva y relativa, de forma que la imposibilidad que reúna estos rasgos no liberará al deudor de su deber de cumplimiento.

Para situar la frontera entre la imposibilidad objetiva y la subjetiva se han propuesto dos criterios que toman por base el impedimento causante de la imposibilidad: el de su extensión y el de su dirección. Teniendo en cuenta el de la extensión del impedimento, se dice que existe imposibilidad objetiva cuando la prestación no puede ser cumplida por nadie; y es subjetiva, cuando no puede ser cumplida por el deudor en concreto, pero podría ser ejecutada por otras personas. De acuerdo con el criterio de la dirección, lo verdaderamente importante es determinar si el impedimento afecta de modo inmediato o mediato a los distintos elementos de la prestación, ya sean estos las cosas o la persona del deudor. Pero esta distinción teórica es bastante prescindible pues, como se ha destacado, lo verdaderamente importante es que el deudor se encuentre en una situación de auténtica imposibilidad de cumplimiento, y no de mera dificultad, ocasionada por un acontecimiento a él no imputable y que no puede superar. La liberación del deudor debe responder a una situación en la que el resultado es que este no puede cumplir, sin que su voluntad positiva de realizar la prestación debida tenga trascendencia para cambiar la realidad de las cosas, independientemente de que el impedimento afecte al objeto debido en la prestación, o bien a la propia persona del deudor (CASTILLA BAREA, 2001, 188-191)⁵.

El requisito de que la imposibilidad liberatoria sea absoluta tampoco ha sido interpretado de manera uniforme. Para algunos autores (TENAS SEGARRA, 2006, 226 y DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, 2011, 440) supone que el cumplimiento de la obligación de que se trata sea algo imposible para el obligado y para cualquier otra persona y en cualesquiera circunstancias, con lo que coincidiría con la imposibilidad objetiva definida de acuerdo con el criterio de la exten-

sión del impedimento⁶. Otros sin embargo entienden que la distinción entre la imposibilidad absoluta o relativa aporta información sobre la imputabilidad de la irrealizabilidad de la prestación al deudor, al referirse al grado de esfuerzo exigible a este para evitar la imposibilidad (CASTILLA BAREA, 2201, 147)⁷. Según este criterio, la imposibilidad es absoluta cuando el impedimento que la determine no pueda ser de ningún modo vencido por las fuerzas humanas; y es relativa cuando dicho impedimento solo puede ser superado con una intensidad de esfuerzo superior a la normalmente exigible, o incluso excepcional. De acuerdo con esta orientación, cuando se dice que solo la imposibilidad absoluta es liberatoria para el deudor significa que si el impedimento puede ser vencido con un nivel de esfuerzo que sea posible para el deudor desarrollar, debe llevárselo a cabo, y ello aunque ese esfuerzo exceda de la diligencia normalmente exigible en el cumplimiento de la obligación. El problema es si es exigible al deudor ese esfuerzo y hasta dónde llega la diligencia debida por el deudor. Como se ha señalado (CASTILLA BAREA, 2001, 194), el problema podría enunciarse así: «si se parte de la base de que el impedimento que provoca la imposibilidad relativa solo sería superable con un esfuerzo o diligencia superior al normal, ¿está el deudor facultado para no cumplir siempre que haya desarrollado la diligencia debida normalmente en el cumplimiento de la obligación?»⁸. Se trata de una cuestión muy relacionada con la de la prueba liberatoria: si al deudor le basta para liberarse demostrar que había desplegado toda la diligencia adecuada al tipo de obligación que debía o si por el contrario era necesario demostrar el advenimiento de un suceso que para él era imprevisible e inevitable, con los medios de que disponía y de que debía disponer⁹.

El excesivo rigor que subyace a la exigencia de que solo sea liberatoria la imposibilidad absoluta ha hecho surgir teorías que propugnan una equiparación entre la imposibilidad absoluta y toda una serie de situaciones en las que, a pesar de que el deudor podría cumplir la prestación asumiendo un sacrificio excepcional, se considera que este le es inexigible.

Sobre esta cuestión la STS, de 30 de abril de 2002, a la que nos venimos refiriendo, dice que *«a la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria, si bien no se puede confundir dificultad con imposibilidad, ni tampoco cabe medir la imposibilidad con el criterio subjetivo del deudor, por lo que debe seguirse un criterio objetivo»*. Son numerosas las sentencias que consideran que la dificultad en el cumplimiento no debe identificarse con la imposibilidad de que habla el artículo 1184 del Código Civil [STS (Sala de lo Civil) de 12 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/1742), 23 de febrero de 1994 (*RJ* 1994/683), 15 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/9434), 11 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987/8372), 12 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/982), 12 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/1742) y 20 de mayo de 1997 (*RJ* 1997/3890), entre otras].

En efecto, no basta una mera dificultad. En este sentido la jurisprudencia dice que no hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo de voluntad

del deudor [SSTS de 12 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/1742) y 20 de mayo de 1997 (*RJ* 1997/3890)]. Solo si la prestación no es imposible exactamente pero existe una dificultad extraordinaria para realizarla o se convierte en mucho más gravosa de lo que era, es cuando pueden existir dudas sobre si puede equipararse la imposibilidad a la dificultad.

Entre estos supuestos en que se plantea esa equiparación entre la imposibilidad sobrevenida y la dificultad extraordinaria se encuentra la llamada «imposibilidad económica», esto es, la alegación por el deudor de no disponer de los medios económicos suficientes para cumplir la obligación. Pero las dificultades económicas del deudor no suelen considerarse como generadoras de situaciones de auténtica imposibilidad sobrevenida; en definitiva, como causas justificativas del incumplimiento de los pagos¹⁰. La STS (Sala de lo Civil), de 4 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5505)¹¹ dice:

«Son absolutamente inoperantes las circunstancias esgrimidas en el motivo que tratan de justificar el impago del comprador, fundamentalmente, cuando de manera reiterativa, se hace constar, que todo ello es debido a la crisis económica general y que fue presa de la mala fortuna y no pudo afrontar los pagos de la manera comprometida».

Sin embargo, el Tribunal Supremo admite la imposibilidad económica en la sentencia de 20 de febrero de 1994 (*RJ* 1994/3216)¹²:

«La imposibilidad de la prestación no solo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para el recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo».

La obligación de pago del precio es una obligación pecuniaria y las obligaciones de dar cosas genéricas no se extinguieren por pérdida de la cosa, porque el género nunca perece (*genus nunquam perit*) y el obligado debe entregar cosas de igual especie y calidad que la perdida. Es muy importante tener en cuenta esta naturaleza genérica de la prestación prometida a la hora de valorar la denegación de financiación, pues no hay que olvidar que la imposibilidad recae sobre el cumplimiento de una obligación pecuniaria. En relación al hecho causante de la imposibilidad de pago del precio, y a efectos probatorios, es preciso apuntar que no es suficiente probar la denegación en la subrogación del préstamo hipotecario del vendedor, sino que es preciso acreditar la imposibilidad de obtener financiación a través de cualquier entidad bancaria, pues en la mayoría de los contratos que estudiámos, no se establece la obligación de pago sometida a la condición de que sea a través de dicha subrogación, sino que se establece la

obligación de pago, cualquiera que sea el medio por el que se obtenga la financiación. Problema distinto es el que se plantea si se ha previsto la obligación de pago sometida a la condición resolutoria expresa de subrogación en el préstamo hipotecario de la promotora.

C) Imposibilidad definitiva o permanente

La imposibilidad debe ser definitiva o permanente, es decir, que alcance hasta el último momento en que la prestación podría ser exigida y cumplida en utilidad del acreedor. Se excluye la temporal o pasajera. Entonces existe un hecho que impide el cumplimiento, pero la imposibilidad cesa una vez removido el obstáculo que la causaba. La imposibilidad temporal no produce la extinción de la obligación sino solo un retraso en el cumplimiento, que si fuera culpable, daría lugar a la mora. Por el contrario, si la obligación estaba sometida a término esencial o por otro motivo ya no puede cumplirse a satisfacción del acreedor, se extingue la obligación, si es una imposibilidad temporal inimputable, o dará lugar a responsabilidad si es imputable.

Por otra parte, la dificultad sobrevenida transitoria o temporal no debe confundirse con cualquier dificultad más o menos temporal que obstaculice la ejecución de la prestación, pues ello no libera al deudor; para que la imposibilidad origine la extinción de la obligación debe perdurar tanto que deba entenderse que la prestación ha dejado de ser útil al acreedor (TENAS SEGARRA, 2006, 229)¹³.

La necesidad de que la imposibilidad de la prestación sea definitiva e insuperable debe resultar matizada en atención a las circunstancias del caso, al fin del negocio y al interés del acreedor (DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, 2008, 697)¹⁴. Cuando la prestación consiste en dar una cosa específica o hacer una obra o servicio determinado, efectivamente habrá que cuestionarse en cada caso ante qué tipo de imposibilidad estamos, teniendo en cuenta la duración de la situación que la causa. Si la imposibilidad consiste en no poder pagar el precio como consecuencia de la denegación de financiación, como hemos dicho, debemos tener en cuenta que la prestación —pago del precio— recae sobre dinero, se trata de una prestación pecuniaria y a pesar de un posible retraso, siempre existe interés del vendedor. Por otra parte, el dinero existe siempre, aunque el deudor no disponga de él, y la responsabilidad no desaparece porque el deudor no disponga de dinero en un momento determinado (art. 1911 CC). En cuanto a la imposibilidad de obtener financiación, será necesario probar que se ha acudido a un número considerable de entidades de crédito y que efectivamente se ha denegado, y en un tiempo razonable no se va a obtener porque subsisten las mismas circunstancias.

D) *No imputable al deudor*

La STS, de 30 de abril de 2002, al enumerar los requisitos precisos para que exista imposibilidad, señala en el número 1 que exista una «*imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor*», y en el número 6 que «*para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor; y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible. La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él o le es imputable, y existe culpa cuando se conoce la causa, o se podía conocer, o era previsible, aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya*». Por lo tanto es preciso que la imposibilidad no sea imputable al deudor, imputabilidad que es más amplia y que no coincide exactamente con la culpabilidad, pues es posible que el deudor sea responsable de la imposibilidad sobrevenida de la prestación si, a pesar de no existir culpa, asumió las consecuencias del caso fortuito en un pacto de agravación de la responsabilidad o así lo dispone la Ley (v.g., arts. 1744 y 1745 CC), si la imposibilidad se produce estando el deudor en mora (art. 1182 CC) o habiéndose comprometido a entregar una cosa a diversas personas (art. 1096.3 CC)¹⁵, o si la deuda procede de delito o falta (art. 1185 CC), salvo que, ofrecida la cosa a quien debía recibirla, este se hubiese negado sin razón a aceptarla. La ausencia de imputabilidad conlleva la valoración de la diligencia empleada.

El artículo 1182 del Código Civil exige que la pérdida de la cosa debida haya sobrevenido «*sin culpa del deudor*», y el artículo 1183 del Código Civil dice que «*siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096*». Por lo tanto, la inexistencia de culpa deberá ser acreditada por el deudor en todo caso, pues como declarara ya la STS de 8 de enero de 1929 (confirmada por muchas otras posteriores) la presunción *iuris tantum* del artículo 1183 del Código Civil impone al deudor demostrar que la causa del incumplimiento ha sido debida a circunstancias insuperables para él (LASARTE, 2011, 155)¹⁶.

Nuestro Código Civil no define el concepto de culpa a los efectos de la imposibilidad sobrevenida. Para la mayoría de los autores, la «culpa» cuya ausencia determina la extinción de la obligación en los artículos 1182 y siguientes del Código Civil, es la negligencia definida en el artículo 1104.1 del Código Civil: «*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*»; y, correlativamente, el caso fortuito es la ausencia de la culpa prestable en cada obligación (LACRUZ BERDEJO, 2011, 187)¹⁷. Se define la culpa como ausencia de diligencia. Con esta conceptualización nuestro Código propugna un sistema de culpa en concreto, en cuanto la fijación del grado de diligencia no depende tanto de categorías o tipos teóricos, sino,

simultánea y conjuntamente, de la naturaleza de la prestación y de las circunstancias concretas de la relación obligatoria de que se trate. Estas últimas son referidas por el Código, con extraordinaria amplitud, a las personas, al tiempo y al lugar de cumplimiento. Por tanto, los factores a considerar para determinar el grado de diligencia exigible son múltiples y muy variados, requiriendo en todo supuesto real una determinación concreta y *ad hoc*, pues la diligencia exigible al deudor podrá ser sustancialmente diferente incluso en relaciones obligatorias que resulten similares, si no idénticas, atendiendo a la naturaleza o al contenido de la prestación (LASARTE, 2011, 155)¹⁸. Así, en los casos que estudiamos, será mayor la diligencia a exigir al comprador que adquiere para especular que a un mero consumidor.

Sin embargo, este sistema de culpa, en concreto del párrafo primero del artículo 1104 del Código Civil, parece contradecirse en el párrafo segundo que establece que «*cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*», lo que parece imponer el sistema de culpa en abstracto procedente del Derecho romano. Frente a algunos autores que entienden que debe considerarse preeminente el criterio del buen padre de familia —atendiendo a razones históricas, a la general aceptación por nuestro Código de dicho estándar de conducta y, finalmente, al hecho de que dicho canon de diligencia es menos gravoso o riguroso para el deudor—, la mayoría de la doctrina considera el carácter supletorio de la «diligencia del buen padre de familia», debiendo primar el sistema de culpa en concreto fijado en el párrafo primero del artículo 1104 del Código Civil¹⁹.

Pero también se define la culpa, atendiendo a la dicción del artículo 1183 del Código Civil («...*por su culpa y no por caso fortuito...*») como ausencia de fortuito entendido en el sentido del artículo 1105 del Código Civil. Contemplada la imposibilidad inimputable como ausencia de fortuito, tendrá lugar cuando los hechos que lo han determinado no guardan relación causal alguna con el comportamiento del deudor. En consecuencia, solo habrá imposibilidad liberatoria cuando el hecho resulta imprevisible e inevitable. Por el contrario, no es liberatoria cuando el hecho que lo genera ha sido provocado por el propio deudor, o se ha debido a un hecho previsible, aunque habrá que valorar el grado de previsibilidad exigible. En todo caso, conviene observar que el deudor, para liberarse de su obligación por la imposibilidad sobrevenida, está obligado a usar la diligencia debida para hacer posible el cumplimiento, y ha de haber ejecutado todos los deberes inherentes a la conservación de la posibilidad de cumplir y haberse demostrado estos finalmente inútiles o ineficaces (GONZÁLEZ PORRAS, 1991, 258 y 259 y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2011, 123)²⁰. Valoración, por tanto de la diligencia empleada —o ausencia total de negligencia— y del juicio de previsibilidad e inevitabilidad, así como el nexo causal.

Respecto a los casos en que el comprador alega la imposibilidad sobrevenida por denegación de financiación, habrá que valorar la situación de acuerdo

con las normas de previsión propias del caso conforme al artículo 1104.1 del Código Civil, lo que supone apreciar la diligencia del deudor en atención a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Deberá demostrar que ha puesto toda la diligencia que su situación concreta requería. Por ejemplo, deberá acreditar que no permaneció pasivo ante la denegación de subrogación en el préstamo hipotecario del promotor, sino que intentó buscar en otras entidades la financiación necesaria. También habrá de probar que no ha sido su conducta anterior la que ha provocado la denegación de financiación o de subrogación, y que en el momento de celebrarse la venta era previsible, en base a la situación personal y profesional del interesado, la obtención de un crédito hipotecario o de la subrogación, y como consecuencia de los efectos que la crisis crediticia no se ha obtenido. En los casos en que se alega para justificar el incumplimiento la pérdida de empleo, hay que ponderar si se trata de una eventualidad que puede acontecer en el curso de la vida de una persona y es por tanto un riesgo previsible al tiempo de contraer la obligación, cuyas consecuencias negativas no debe soportar la vendedora. O si por el contrario, dada la situación actual de una crisis extraordinaria, la pérdida de empleo en el caso concreto en que se alega puede calificarse de imprevisible.

E) Nexo causal

Finalmente es necesario que se dé una adecuada relación de causalidad entre el evento y el resultado (denegación de financiación e imposibilidad de cumplimiento). Hay que acreditar que la dificultad económica que imposibilita el pago se debe a un hecho sobrevenido y no previsto.

La imposibilidad debe ser objeto de interpretación restrictiva y casuística —atendiendo a los «casos y circunstancias»— por tratarse de una causa de extinción que libera al deudor de las obligaciones contraídas [SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 23 de enero de 2012 (*JUR* 2012/163494)].

2. LA IMPOSIBILIDAD DE PAGO POR DENEGACIÓN DE FINANCIACIÓN EN LA RECENTE JURISPRUDENCIA CIVIL

A) Sentencias que no estiman la existencia de imposibilidad sobrevenida

En la mayoría de los casos en que nuestros tribunales se enfrentan a los supuestos de incumplimiento de la obligación de pago del precio por no obtención de financiación entienden que no se trata de un supuesto de imposibilidad sobrevenida²¹, en base fundamentalmente a los siguientes motivos:

- Falta de previsión e inexistencia de un hecho sobrevenido que cause la imposibilidad

En muchos supuestos se desestima la existencia de imposibilidad sobrevenida por entender que en el supuesto enjuiciado ha existido falta de previsión del comprador y no consta que haya acontecido ningún hecho sobrevenido, desde la firma del contrato privado al momento en que se deniega la subrogación, que haga imposible el pago del precio convenido. Estiman, teniendo en cuenta la situación económica de la parte compradora en el momento de celebrarse el contrato, que ya entonces carecía de solvencia económica que le permitiese hacer frente al pago del precio y que pudiese hacer pensar en la concesión de un préstamo por una entidad bancaria.

En el caso resuelto en la SAP de La Rioja (Sección 1.^a, de 30 de julio de 2010 (*JUR* 2010/327895), se acredita que fue la misma entidad financiera a la que pidieron financiación los compradores la que les hizo ver la imposibilidad de hacer frente a los pagos a causa de su edad (60 y 62 años) y su incapacidad de generar recursos (él jubilado con pensión media en 2008 de 1.280,51 euros y su esposa sin trabajo remunerado). Destaca la sentencia que *«es preciso haber verificado la disponibilidad de financiación antes de adquirir un compromiso tal, puesto que su capacidad económica era perfectamente conocida, así como la limitada posibilidad de generar recursos en el futuro, que era insuficiente para hacer frente al desembolso al que se habían comprometido para adquirir la vivienda con trastero y garaje, por lo que era para ellos de todo punto necesario contar con financiación de manera que adquirir un compromiso sin haber asegurado su financiación con carácter previo supone una falta de diligencia»*.

La SAP de La Rioja (Sección 1.^a), de 9 de diciembre de 2011 (*JUR* 2011/3285)²², también desestima la existencia de imposibilidad por falta de previsión imputable. Ya desde que se produjo la perfección del contrato en 2006 era previsible que no podría pagar. La compradora contrajo voluntariamente unas obligaciones contractuales difícilmente asumibles, sin contar con previsión alguna de hacer frente a las obligaciones económicas derivadas del contrato, pues cuando celebró este ni siquiera había terminado sus estudios, ni consta que contara con medios económicos para hacer frente a las importantes responsabilidades económicas que asumía con la firma del referido contrato, confiada en futuras e hipotéticas buenas expectativas laborales. No se ha acreditado contara con una solvencia económica que razonablemente pudiera hacer pensar en la concesión de un préstamo hipotecario por una entidad bancaria, o que contara con otros medios para hacer frente a los pagos derivados del contrato. En estas circunstancias y careciendo de patrimonio suficiente, dice la sentencia de apelación, es aventurado firmar un contrato de compraventa de una vivienda y con posterioridad intentar obtener un préstamo hipotecario para pagar el precio; y en las circunstancias expuestas la posibilidad de que no pudiera hacer frente

a los pagos no puede estimarse sino razonablemente previsible en el momento de perfección del contrato. Este mismo es el fundamento de la SAP de Jaén (Sección 2.^a), de 19 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/195666)²³.

También la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1.^a), de 20 febrero de 2012 (*JUR* 2012/117354), basa su fallo en la falta de previsión: la compradora —una entidad mercantil— llevó a cabo la adquisición y asunción de unas obligaciones contractuales en 2007 sin previsión sobre las posibilidades de hacer frente a las mismas o sobre previsiones infundadas cuyas consecuencias no puede hacer recaer sobre la vendedora²⁴.

- **Falta de previsión y carácter pecuniario de la obligación de pago**

Falta de previsión se da también en el supuesto enjuiciado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.^a), de 6 de octubre de 2010 (*JUR* 2011/232077). Los hechos enjuiciados son los siguientes: Un señor y una señora, miembros de una pareja de hecho, celebran un contrato privado de compraventa el 20 de diciembre del año 2007 con una promotora, habiendo pagado una señal, y el resto quedó aplazado al momento de otorgamiento de la escritura pública. La vendedora interpone demanda contra los compradores solicitando el cumplimiento del contrato y el pago del precio de la vivienda. En su contestación a la demanda, la compradora reconocía la imposibilidad de satisfacer un préstamo suscrito con Caja Rural para hacer frente a los pagos anteriores a la escritura de la vivienda, también reconocía la denegación del préstamo hipotecario por la entidad Caja Navarra a los compradores, debido al alto endeudamiento ya existente y a la falta de viabilidad y garantías que se desprenden del estudio de dicha operación, y a la existencia de un préstamo personal previo. Además había finalizado su contrato laboral. Igualmente alegaba que desde la cesación de la unión de hecho, ella separada judicialmente, no poseía bienes y convivía con su hijo y su madre en la vivienda de esta última, siendo actualmente tratada por problema agudo de adaptación.

Por su parte, el otro comprador en su contestación a la demanda alega que, como consecuencia de la crisis financiera, los bancos que en el año 2007 le daban todo tipo de facilidades, en 2008 le niegan el préstamo hipotecario para la adquisición del inmueble. Además fue objeto de un expediente de regulación de empleo. Presenta reconvención y reconoce la existencia de varios contratos de préstamo con Caja Rural de febrero de 2009 y un boletín de preaviso por el que se daban por finalizadas las relaciones laborales. En su recurso de apelación tras la desestimación de la demanda, alegan imposibilidad de cumplimiento como causa de extinción de la obligación prevista en la Ley 493 del Fuero Nuevo. Consideran los compradores que existe una situación sobrevenida que hace imposible la prestación, que es la grave extraordinaria y

exorbitante crisis económica y financiera, materializada en la drástica reducción de concesión de préstamos hipotecarios por parte de las entidades bancarias. Los requisitos de solvencia para tales concesiones son muy superiores a los que se exigía en un tiempo anterior motivados por la situación de crisis económica mundial y la recesión económica en particular. La objetividad de la imposibilidad entienden se deriva del testimonio del comprador que pensaba vender su vivienda y destinar ese dinero a la compra de la vivienda objeto del pleito, pero debido a la situación que atraviesa el mercado inmobiliario de gran oferta de viviendas, resultó imposible. Posteriormente solicitaron conjuntamente, aun no siendo ya pareja, la subrogación en el préstamo de la promotora para hacer frente a dicho pago y les fue denegado. En cuanto al requisito de que la imposibilidad se deba a causa ajena al deudor, se alega que ha existido una concurrencia de eventos o hechos exteriores que quedan fuera del ámbito o marco del control del deudor.

El tribunal de apelación entiende que no se acredita que cuando firmaron el contrato de compraventa de la vivienda tuvieran solvencia económica que razonablemente pudiera hacer pensar en la concesión de un préstamo hipotecario por una entidad bancaria. Es por ello, afirma la sentencia, que «*en tiempos de crisis económica, cuando se carece de patrimonio suficiente es aventurado firmar un contrato de compraventa de una vivienda y con posterioridad a ello intentar obtener un préstamo hipotecario para pagar el precio, o intentar vender la que se tiene y con su producto destinarla a la compra de la vivienda».*

En relación a la pérdida de trabajo del comprador, dice el tribunal que el interesado ya sabía o podía saber que existía esa posibilidad, pues se autorizó una regulación de empleo en la empresa donde trabajaba en 2003, y el contrato de compraventa es de 2007. Respecto a la mera referencia a la crisis económica como hecho originador de la imposibilidad sobrevenida, entiende la Audiencia Provincial de Navarra que «*es cierta la existencia de una crisis económica que por su carácter de notoriedad está dispensada de prueba, y que afecta a toda la sociedad, que también ha repercutido en la actividad de los bancos a la hora de conceder préstamos hipotecarios, para cuya concesión se exigen mayores garantías económicas*», pero, concluye que los bancos siguen concediendo préstamos hipotecarios a los prestatarios que tengan solvencia económica.

Es muy importante el argumento que utiliza esta sentencia basado en el carácter genérico de la obligación pecuniaria. En efecto, el centro del problema radica en que «*la imposibilidad como causa de extinción de la obligación se refiere a la prestación misma y su cumplimiento (Ley 493 FNN), y no a la insolvencia o falta de liquidez del deudor; pues es evidente que las obligaciones son posibles objetivamente aunque el deudor no pueda cumplirlas, por carecer circunstancialmente de numerario o efectivo (STSJ de Navarra, 18-6-2002. Recurso de Casación Foral, número 5/2001)*

Este mismo argumento se utiliza en la SAP de Madrid (Sección 14.^a), de 23 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/79612). Afirma que «*el impago del precio no se justifica por la situación de insolvencia sobrevenida, pues esta no determina imposibilidad de cumplir en el caso de las obligaciones dinerarias, ya que el dinero siempre existe, aún cuando no lo posea actualmente el deudor, de ahí que subsista la obligación de pagar el precio*». Toda relación contractual implica siempre un riesgo y en la compraventa con precio aplazado siempre existe el riesgo de que no se pague el precio o que no se obtenga la financiación correspondiente. La imposibilidad sobrevenida como causa de ruptura del vínculo contractual debe ser interpretada restrictivamente.

También se acude a este razonamiento en la STS (Sala de lo Civil), de 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013/1819)²⁵:

«*El régimen de los artículos 1182 a 1184 del Código Civil, referido a la pérdida de la cosa debida como causa de extinción de la obligación de entregarla, y a la liberación del deudor cuando este lo sea de una obligación de hacer y la prestación resultare legal o físicamente imposible, se compadece mal con los hechos litigiosos y con la pretensión de los demandantes-reconvenidos: lo primero, porque la obligación de estos no era la de entregar una cosa determinada, hipótesis del artículo 1182 del Código Civil, ni tampoco una obligación de hacer hipótesis del artículo 1184 del mismo Código, sino la de pagar una suma de dinero, siendo el dinero una cosa genérica sujeta a la regla de que el género nunca perece; y lo segundo, porque lo verdaderamente pretendido en la demanda inicial no era tanto una liberación de la obligación de los compradores de pagar el precio subsistiendo la de la vendedora de entregar la cosa cuanto un desistimiento del contrato, por más que se calificara de resolución y se invocara el artículo 1124 del Código Civil, por circunstancias sobrevenidas consistentes, en esencia, en la imposibilidad de obtener financiación*»²⁶.

- Falta de previsión, inexistencia de un hecho sobrevenido que cause la imposibilidad y ausencia de prueba liberatoria

Igualmente la SAP de Alicante (Sección 9.^a), de 23 de enero de 2012 (*JUR* 2012/163494), se basa también en la falta de previsión y en el hecho de que la situación económica de la compradora no varió desde que contrajo su obligación de pago. Denegada la existencia de imposibilidad por falta de previsión e inexistencia de un hecho sobrevenido, de modo tangencial afirma, «a mayor abundamiento», que hay debilidad de la prueba aportada para acreditar la denegación del préstamo hipotecario como hecho que sirva de soporte para estimar

un hecho tan excepcional y grave como es la imposibilidad de cumplir la obligación de pago. Solo se aportan diversas cartas y documentos que contienen diversos apuntes, algunos manuscritos, otros sin fechas, y en todo caso de mero valor informativo sobre las condiciones, cuotas, plazos, etc., de los préstamos hipotecarios que las entidades bancarias podían ofrecer a la compradora, pero no acreditan una verdadera denegación de préstamo alguno.

La SAP de Alicante (Sección 9.^a), de 21 marzo de 2012 (*JUR* 21 de marzo de 2012), dice que *«los compradores eran conscientes desde el momento en que celebraron el contrato de cuál era el importe del precio y las condiciones y plazo para hacerlo efectivo, por lo que desde entonces pudieron adoptar las medidas necesarias para asegurarse la financiación; en definitiva, no estamos ante el acaecimiento de una circunstancia ni imprevisible ni inevitable. Y porque existe una falta de acreditación del hecho revelador de la fuerza mayor porque de la prueba practicada se desprende que los compradores solo interesaron la financiación de una sola entidad, sin constar la solicitud de financiación en otras entidades»*.

En la SAP de Pontevedra (Sección 3.^a), de 26 de mayo de 2009 (*JUR* 2009/280702), igualmente se considera que la falta de obtención de un préstamo hipotecario, al objeto de la adquisición y consumación final de compraventa, no puede ser entendida como justificante del incumplimiento, *«porque tal situación en absoluto responde a un impedimento razonablemente no previsible en el momento de perfección del contrato, pues a nadie se le escapa (salvo posibilidad de auto-financiación que no sería aquí lógicamente el caso) la necesidad de acudir a las entidades financieras al objeto de obtener la necesaria para estas adquisiciones de notoría cuantía y la habitual exigencia por estos de garantías adicionales cuando la hipotecaria no alcanza a cubrir la financiación que se pide (...)»*. También se destaca la debilidad de la prueba pues solo se han presentado documentos de dos entidades en fechas inmediatas a la suscripción del documento privado de compraventa, cuando existen en el mercado muchas más entidades y la compradora ha tenido tiempo suficiente para intentar más gestiones dirigidas a obtener financiación. Igual fundamento tiene la SAP de Murcia (Sección 1.^a), de 7 de abril de 2011 (*JUR* 2011/186723), que tampoco estima que exista imposibilidad sobrevenida, pues no queda acreditada la denegación del préstamo hipotecario ni de la subrogación en el crédito hipotecario de la vendedora.

- Falta de previsión agravada porque el comprador tenía experiencia en la compraventa inmobiliaria o se trataba de una venta con fines especulativos

Para valorar la falta de previsión, y en definitiva, la diligencia exigible, se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes y la finalidad de la compraventa.

La SAP de Córdoba (Sección 1.^a), de 2 septiembre de 2010 (*JUR* 2011/173236), presenta una nota que la diferencia de los casos anteriores: Las vendedoras son personas físicas y las compradoras personas jurídicas, y no se vende una vivienda sino un inmueble para construir. Destaca el tribunal de segunda instancia que la evolución de la economía no se puede considerar algo imprevisible y, si más bien como un riesgo que ha de asumir quien se dedica a la actividad empresarial, pues las compradoras en este caso eran dos sociedades limitadas:

«(...) no existe previsión alguna en el contrato sobre que la parte compradora precisase financiación para pagar el precio pactado sin ningún tipo de problemas, y menos aún, a que el buen fin del contrato dependiese de la obtención de aquella, más aun cuando quien compra son empresas que conocen o deben de conocer las prevenciones que para asumir un negocio tienen que tener en orden a contar con la oportuna financiación. Pero es que, además, la evolución de la economía o de un sector de la misma, no puede llegar a ser considerado como una cosa imprevisible, y sí, más bien, como un riesgo que en la actividad empresarial haya de asumirse por quien se dedica a la misma y en cuyo desempeño ha de actuar la diligencia debida. Cabría pensar que también por esa misma evolución de la actividad inmobiliaria tras la firma del contrato, hubiesen subido los precios de los inmuebles, sin que ello suponga que el vendedor podría pedir un mayor precio apoyándose en esa circunstancia. Los contratos se pactan bajo unas determinadas condiciones y las mismas han de ser respetadas (...).»

Incide también en la falta de previsión de la compradora (*«quien se compromete a pagar un precio en una compraventa ha de asegurarse en primer término de contar con capacidad para asumirlo»*) y en su falta de interés en el cumplimiento del contrato a causa de la evolución del mercado inmobiliario, lo que no se puede repercutir a los vendedores *«que estaban en la legítima expectativa de cumplimiento del contrato en los términos en que fue pactado que ha de ser respetada»*²⁷.

También la SAP de La Rioja (Sección 1.^a), de 30 de abril de 2012 (*JUR* 2012/177955) basa su fallo en la falta de previsión y para valorar la imposibilidad se tiene en cuenta el hecho de que el comprador conocía la mecánica de los contratos de compraventa y, en su caso, la opción de obtener financiación para adquirir la vivienda. También se fundamenta en la falta de acreditación de haber agotado las posibilidades de financiación.

Entre las circunstancias que se tienen en cuenta para valorar el supuesto de imposibilidad se encuentra la finalidad del contrato celebrado, y concretamente si la compra persigue un fin especulativo. Así sucede en la STS (Sala de lo Civil),

de 8 de octubre de 2012 (*RJ* 2012/9027). Los hechos que dan lugar al fallo son los siguientes: Sogevalpa, S. L. vendió a un matrimonio dos viviendas con sus correspondientes trasteros. Los compradores adquirieron los inmuebles para revenderlos antes de la finalización de la obra —la venta se hizo con reserva de ceder a terceros—, obviando la escrituración y los gastos correspondientes. Como la situación económica se deteriora y las ventas se ralentizan, se ven en la necesidad de subrogarse en el préstamo hipotecario de la promotora, lo que se les deniega por su edad y falta de solvencia. Terminada la construcción, los compradores fueron requeridos notarialmente por dos veces para el otorgamiento de la escritura de compraventa sin que comparecieran al efecto. La vendedora interpone demanda interesando el cumplimiento del contrato. La compradora se opone a la demanda y formula reconvenCIÓN. Alega que no tuvo intención de incumplir, que la denegación de la subrogación en el préstamo hipotecario por la entidad financiera era imprevisible y que la situación económica existente hacía poco probable que se restringiera el crédito por lo que no concurre falta de previsión. Sin embargo, nuestro Alto Tribunal rechaza la existencia de imposibilidad sobrevenida:

«Esta Sala, aceptando el criterio expresado con claridad en la sentencia recurrida, entiende que los compradores adquirieron con fines especulativos, lo que les podía haber generado una rápida ganancia, obteniendo un precio superior al pactado con la promotora que había dirigido el arduo proceso de construcción, pero los compradores cuando se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios con la consiguiente disposición urgente de la inversión, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptado que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora que ningún beneficio obtiene de las ulteriores ventas. Es decir, los recurrentes pretenden aceptar los beneficios de la especulación pero repercutiendo en la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, lo que es contrario a la buena fe (art. 1258 del CC) y viola el artículo 1105 del Código Civil.»

Por lo expuesto, no se infringe el artículo 1184 del Código Civil al concurrir culpa del deudor al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra».

Similar a este supuesto es el que se plantea en la SAP de Murcia (Sección 4.^a), de 7 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013/10332), pues también se trata de una compra con fines especulativos. El tribunal de apelación desestima la existencia de imposibilidad sobrevenida siguiendo la doctrina de la STS de 8 de octubre de 2012.

- Existencia de una cláusula que prevé expresamente la obligación de cumplimiento a pesar de no obtenerse financiación

Este es el fundamento que se mantiene en la STS (Sala de lo Civil), de 18 de enero de 2013 (*RJ* 2013/1604)²⁸, que desestima la existencia de imposibilidad sobrevenida, frente al criterio mantenido por la Audiencia Provincial de Castellón. Entiende acertadamente que es preciso deslindar la imposibilidad de cumplir la prestación de pagar el precio de compra de la de obtener financiación bancaria. El pago del precio de las viviendas se suele efectuar gracias al crédito bancario y la Audiencia erró al estimar probada la imposibilidad de obtener financiación —«*aunque, sin considerar que caben otras alternativas ni que la negativa de dos entidades a prestar puede deberse a la escasa solvencia de los solicitantes o que el riesgo de financiación lo asumen en nuestro sistema, como regla, los deudores*»— y de ello derivar la imposibilidad de cumplir la obligación de pago. Descartada la existencia de imposibilidad sobrevenida de pago del precio, fundamenta la resolución en la cláusula 3.3. incorporada al contrato y por lo tanto aceptada por los compradores, en la que «*se regulan las consecuencias de que estos no obtuvieran financiación para pagar el precio mediante el mecanismo subrogatorio antes mencionado o cualquier otro. Y esas consecuencias consistieron precisamente, en la previsión del cumplimiento de dicha obligación en determinadas condiciones, que allí quedaron pactadas*».

B) *Sentencias que estiman la existencia de imposibilidad sobrevenida*

Estima la existencia de imposibilidad sobrevenida la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.^a) en las sentencias de 12 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/1241) y 26 de abril de 2012 (*JUR* 2012/199858). En ambos casos la resolución se fundamenta en la interpretación de los contratos, pues entiende que en ellos se había pactado que el vendedor se obligaba a conseguir la subrogación de la compradora en el préstamo hipotecario del que era titular. Por ello, acreditada la denegación por la presentación de los documentos de la entidad que había otorgado el crédito a la promotora [SAP de Murcia (Sección 1.^a), de 26 de abril de 2012]²⁹, entiende que no hay incumplimiento del comprador. Dicha denegación no es algo atribuible al comprador, sino imposibilidad sobrevenida a la que fueron ajenas las partes [SAP de Murcia (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2011]³⁰. Por lo tanto, ni siquiera en estas sentencias se puede decir en sentido estricto que admiten que la denegación de financiación constituya un supuesto de imposibilidad sobrevenida, sino más bien, que se trata de supuestos en que el vendedor ha incumplido una obligación que había asumido en el contrato.

Igualmente estima la existencia de imposibilidad sobrevenida la SAP de Castellón (Sección 3.^a), de 13 de enero de 2012 (*JUR* 2012/166493), que rec-

tifica la sentencia de instancia que había desestimado tal imposibilidad. Afirma el tribunal de apelación:

«es criterio de esta Sala el que se pueda acceder a la resolución del contrato de compraventa en el caso, entre otros, que se deniegue la financiación prevista al suscribir un contrato como medio posibilitador del pago, dando lugar con ello a una verdadera imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones por parte del comprador. Del mismo modo cuando se pierde la fuente de ingresos con que contaba. Tratándose una imposibilidad de carácter subjetivo o relativo en la medida en que se tiene en cuenta la situación y las posibilidades del deudor (sentencias número 201, de 2 de junio de 2010; número 120, de 7 de abril de 2011; número 129, de 15 de abril de 2011; número 181, de 30 de mayo de 2011)».

Considera que en el caso juzgado la compradora ha intentado obtener la financiación y le ha sido denegada por dos entidades bancarias, sin que conste que ello le fuera imputable, por lo que concurre imposibilidad sobrevenida de cumplir el contrato por parte de la compradora por falta de financiación necesaria para poder cumplir su obligación de pago. Sin embargo, hay que destacar que se deniega la subrogación en el préstamo de la promotora y además la financiación en otra entidad, en este caso, por la previa existencia de otras operaciones de préstamo a favor del comprador en la misma y en otras entidades. También resulta llamativa la resolución del tribunal de apelación porque existe una cláusula en el contrato que prevé que, en el caso de no obtenerse la conformidad a la subrogación, el comprador se compromete a pagar a la vendedora el importe total del precio previsto para dicho préstamo.

III. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE OBTENER LA SUBROGACIÓN DEL COMPRADOR EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

En algunos supuestos, nuestros tribunales se han cuestionado si en el contrato concreto que enjuician se ha pactado una obligación del vendedor de obtener la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario que él había concertado con una entidad bancaria. Y efectivamente, a veces entienden que procede la resolución del contrato ya que, cuando el comprador no consigue subrogarse en el préstamo hipotecario concedido al promotor-vendedor, existe incumplimiento de este último, porque se había comprometido a ello. Así sucede en las SSAP de Murcia (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/1241) y de 26 de abril de 2012 (*JUR* 2012/199858)³¹, a las que ya nos hemos referido. En

los dos casos el comprador tenía la condición de consumidor, y la resolución se basa en que ha existido un incumplimiento del vendedor, pues del contrato se deriva que se comprometía a conseguir la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario que tenía concertado. No hay incumplimiento imputable al comprador, y el incumplidor es el vendedor³². Sin embargo, las SSAP de La Rioja (Sección 1.^a), de 30 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/267817) y de 20 de febrero de 2012 (*JUR* 2012/117354) y la SAP de Alicante (Sección 9.^a), de 21 de marzo de 2012 (*JUR* 2012/215844), entendieron que no existía esa obligación en los casos que enjuiciaron.

Especialmente interesantes son las sentencias del Tribunal Supremo sobre esta cuestión. En la sentencia de 1 de octubre de 2012 (*RJ* 2012/9024), nuestro Alto Tribunal mantiene que es evidente que la parte vendedora ofreció a la compradora la posibilidad de obtener financiación, subrogándose si el banco lo autorizaba, en un previsto préstamo a la construcción. Esta oferta contractual, jurídicamente vinculante para la vendedora, consta en la publicidad de la promoción y en el contrato. Por eso, es razonable entender que la compradora esperara que la vendedora le anunciaría la posibilidad de subrogarse en el préstamo, lo que la vendedora no efectuó, incumpliendo con ello el contrato. Sin embargo no se trata de un incumplimiento resolutorio, pues dicha obligación era de actividad: «*Ahora bien, dicha obligación incumplida lo era de mera gestión o de actividad, pero nunca de resultado. Es decir, la promotora debió ofrecer la subrogación, pero como establece el contrato y la práctica mercantil, es la entidad de crédito la que tiene la última palabra a la vista de la solvencia del deudor, lo que difícilmente habría aceptado el banco, pues el propio demandado reconoce que intentó gestionar directamente financiación y no lo consiguió por el elevado importe de la compra. A ello cabe añadir, que el incumplimiento de la vendedora no era trascendental, pues el propio afectado podía acudir a las correspondientes entidades financieras, no acreditando que esa posibilidad le fuese más gravosa económicamente que la hipotética subrogación*». Considera que se trata del incumplimiento de una obligación accesoria o complementaria, no principal, fundamentalmente «*porque su incumplimiento no tiene potencial suficiente como para generar, objetivamente, la frustración del contrato ya que la compradora podía acudir directamente a una entidad de crédito*». El incumplimiento que da lugar a la resolución «*ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin* (*STS, Civil, Sección 1 del 10 de noviembre de 2011*)».

Por el contrario sí existe incumplimiento resolutorio del vendedor por este motivo en las recientes sentencias de 16 de enero de 2013 (*RJ* 2013/3254) y 12 de abril de 2013 (*RJ* 2013/3385). En la sentencia de 16 de enero de 2013, el Tribunal Supremo entiende que del tenor del contrato se deriva que «*en todo caso, si así lo desea el comprador, se subrogaría en el crédito hipotecario ges-*

*tionado por FITENI (la promotora). Dicho tenor nos lleva a que la vendedora se comprometía a que la entidad financiera aceptase la subrogación, y para ello era necesario que la vendedora hubiese pactado con el banco que (...) la sola garantía hipotecaria fuese suficiente para la subrogación, por lo que el banco debería aceptar a todos los propietarios que lo quisieran». Tras referirse a la STS, de 1 de octubre de 2012, dice que a diferencia de lo enjuiciado en ella, en este caso la obligación del vendedor de facilitar la información no es accesoria, secundaria o prescindible, pues se asegura al comprador la financiación *en todo caso*, y su ausencia resultó determinante para frustrar el resultado del contrato, por lo que estima la resolución del contrato instada por los compradores.*

También se estima existente esta obligación del vendedor en la STS de 12 de abril de 2013. En este caso, entiende nuestro Alto Tribunal que «*la redacción del contrato es altamente confusa, pues de los términos de la misma la compradora pudo entender razonablemente que se le iba a efectuar una oferta vinculante de préstamo, por acuerdo entre el Banco y la vendedora, lo que sin duda era un aliciente esencial para la compra*». En aplicación del artículo 1288 del Código Civil concluye que las cláusulas oscuras no pueden beneficiar a quien ocasiona la oscuridad (vendedor o promotor) y por tanto, habiendo defraudado la vendedora las expectativas de financiación en las que justificadamente confiaba la compradora, procede la resolución del contrato.

Distinto es el fundamento estimatorio de la acción resolutoria de la STS de 26 de abril de 2013 (RJ 2013/3268). En este supuesto, se plantea la relación entre el retraso en el plazo de entrega de la vivienda —previsto para 2007 y que se produjo en 2008— y la negativa de la entidad bancaria a la subrogación del préstamo hipotecario, por razón de la crisis económica que se produjo en ese lapso de tiempo, como hecho notorio³³. Entiende el Tribunal Supremo que el plazo fue esencial en cuanto coincidió con la crisis económica, que impidió la aceptación bancaria en la subrogación del préstamo hipotecario. Estima que procede la resolución del contrato aplicando la doctrina de la base del negocio. No se cumplió ni el plazo de entrega de la vivienda ni la subrogación. Separadas ambas cuestiones puede parecer que no da lugar a la resolución del contrato, pero «*puestas en relación una y otra, es claro que el comprador ha quedado sin posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa*».

IV. LA DENEGACIÓN DE FINANCIACIÓN COMO SUPUESTO DE HECHO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA

Diferentes son los casos en que se prevé en el contrato la denegación de subrogación en el préstamo hipotecario de la promotora como supuesto de hecho de una condición resolutoria. Se trata de una condición dependiente de la voluntad de un tercero que no es otro que la entidad de crédito que concedió el presta-

mo hipotecario al promotor, y que consiste en aprobar la referida subrogación. En estos casos, la cuestión litigiosa se limita a determinar si la denegación de subrogación reúne entidad bastante para fundamentar el ejercicio de la facultad resolutoria de referencia. Por tanto solo prosperará la resolución si se prueba dicha denegación (art. 1114 CC), pero cabe que no se declare la resolución porque no se considera acreditado suficientemente que el comprador tuvo verdadera voluntad de obtener la subrogación o que no fue concedida por causas imputables a él.

Sin embargo, no siempre la condición resolutoria consiste solo en la denegación de la subrogación en el préstamo del vendedor. Generalmente se añade también que no pueda obtenerse otro medio de financiación. Entonces, la prueba ha de consistir en haber agotado las gestiones precisas para obtener financiación, pero no hay que acreditar la existencia de imposibilidad sobrevenida de cumplir la obligación de pagar el precio por no obtener la subrogación o la financiación necesaria, sino la imposibilidad de obtener financiación.

1. CASOS EN QUE NO SE CONSIDERA PROBADA LA CONDICIÓN

No se considera probada la condición en las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.^a), de 14 de octubre de 2010 (*JUR* 2010/412089); AP de Murcia (Sección 1.^a), de 21 de febrero de 2012 (*JUR* 2012/112423), y AP de Zaragoza (Sección 4.^a), de 17 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/220971).

En los casos resueltos en las dos primeras sentencias, la resolución dictada se basa en la ausencia de prueba de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, pues las pruebas presentadas no acreditan que se hayan agotado las gestiones precisas para obtener la financiación. En los dos casos, la condición consistía en la no obtención de subrogación del comprador en la garantía hipotecaria del promotor o no obtención de otro crédito por el comprador. Y en ambos casos se estima que deben concurrir los requisitos precisos para que la imposibilidad sobrevenida sea liberatoria: objetiva, absoluta, duradera y que no resulte provocada por el comprador o no le sea imputable. En la SAP de Murcia (Sección 4.^a), de 14 de octubre de 2010³⁴, se presenta prueba de la denegación de financiación por una entidad bancaria, pero se había pedido por una cantidad superior a la que restaba por pagar a la firma de la escritura. No basta, por lo tanto, para el éxito de tal pretensión de resolución contractual con presentar la mera certificación denegatoria de la entidad financiera que concedió el crédito hipotecario a la vendedora, ya que en tal caso, afirma el tribunal de segunda instancia, el cumplimiento del contrato quedaría al único arbitrio del comprador, a través de la presentación de tal documento. Por el contrario, se exige al deudor una mayor actividad probatoria y en concreto la acreditación de haber agotado las gestiones precisas para obtener dicha

financiación. Y en la SAP de Murcia (Sección 1.^a), de 21 de febrero de 2012, no se presenta prueba documental de la denegación de la subrogación en el crédito hipotecario de la promotora, solo se alega que la denegación fue verbal, mientras que la vendedora presenta prueba documental del banco que había otorgado dicho préstamo a la promotora donde se dice de forma taxativa que no consta solicitud alguna de la compradora en orden a la subrogación del préstamo hipotecario. Solo se prueba la denegación de financiación por otra entidad, lo que el tribunal considera irrelevante, pues existe más facilidad para obtener el crédito con dicha entidad que concedió el crédito a la promotora que con otra, independientemente de que pudiera recurrir a una financiación ajena a esa entidad. También se considera irrelevante la alegación por el comprador del hecho de hallarse en el paro como causa que impide la obtención de financiación, pues no se ha probado el nexo causal.

A mi juicio, existiendo una condición resolutoria de denegación de subrogación o de otro tipo de financiación, no es preciso acudir a los requisitos de la imposibilidad sobrevenida. Basta probar que concurre el hecho que constituye la condición (art. 1123 CC) y que su cumplimiento no puede achacarse a la acción u omisión del comprador. Probado esto, sin necesidad de acudir a la imposibilidad sobrevenida, se produce la resolución. Sin embargo hay que hacer una precisión en relación a la SAP de Murcia (Sección 1.^a), de 21 de febrero de 2012, y es que el comprador ejercitó la acción resolutoria, no por cumplimiento de la condición, sino por imposibilidad sobrevenida, lo que justifica que el tribunal encauzase su fallo en base a la inexistencia de los requisitos de dicha causa de extinción de la obligación.

Distinta es la línea seguida por la SAP de Zaragoza (Sección 4.^a), de 17 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/220971)³⁵, que no acude a la prueba de los requisitos de la imposibilidad sobrevenida, sino del propio hecho constitutivo de la condición. En este sentido, estima el tribunal de apelación que, a pesar de que la parte actora había optado por subrogarse en el préstamo hipotecario concertado por la vendedora, no había justificado que no se le concediera tal subrogación, pues el certificado aportado era de la denegación del préstamo hipotecario de otra entidad bancaria, lo que no justificaba la resolución (art. 1114 CC).

2. CASOS EN QUE SE CONSIDERA PROBADA LA CONDICIÓN

Sí se considera probado el cumplimiento de la condición en las sentencias de la AP de Sevilla (Sección 2.^a), de 29 de octubre de 2004 (*JUR* 2005/69578); AP de Alicante (Sección 8.^a), de 18 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/169602); AP de Barcelona (Sección 14.^a), de 8 de enero de 2009 (AC 2009/546); AP de Valencia (Sección 6.^a), de 14 de junio de 2011 (*JUR* 2011/391223); AP de Granada (Sección 4.^a), de 12 de noviembre de 2011 (AC 2011/676); AP de Mur-

cia (Sección 4.^a), de 24 de marzo de 2011 (AC 2011/462); AP de Murcia (Sección 4.^a), de 14 de julio de 2011 (JUR 2011/286499); AP de Sevilla (Sección 5.^a), de 8 de noviembre de 2011 (JUR 2012/68388); AP de Madrid (Sección 9.^a), de 30 de diciembre de 2011 (JUR 2012/65968); AP de Sevilla (Sección 8.^a), de 15 de septiembre de 2010 (JUR 2011/72740), y AP de Jaén (Sección 2.^a), de 19 de junio de 2012 (JUR 2012/394985).

En los casos resueltos en la SAP de Jaén (Sección 2.^a), de 19 de junio de 2012 (JUR 2012/394985), y SAP de Sevilla (Sección 8.^a), de 15 de septiembre de 2010 (JUR 2011/72740), y SAP de Madrid (Sección 9.^a), de 30 de diciembre de 2011 (JUR 2012/65968), la condición consiste solo en la denegación de subrogación en el préstamo hipotecario de la vendedora. Lo único que tenía que probar la parte compradora era que la entidad financiera, que había concedido el préstamo hipotecario a la vendedora, no aceptaba la subrogación y el tribunal considera que se ha acreditado, sin que se pueda achacar esa denegación al propio comprador.

En otros casos, la condición consiste en la denegación de subrogación o de otro tipo de financiación. Entonces, puesto que hay dos alternativas, entiendo que es suficiente probar una de ellas, como sucede en la SAP de Sevilla (Sección 5.^a), de 8 de noviembre de 2011 (JUR 2012/68388)³⁶: «*el comprador podrá optar por la resolución del contrato, en el momento en que conozca la no conformidad de la entidad financiera con la subrogación o la no concesión del préstamo solicitado, con devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en el mismo plazo previsto en el párrafo anterior*». También la SAP de Murcia (Sección 4.^a), de 24 de marzo de 2011 (AC 2011/462), estima en su integridad la acción ejercitada por la actora, pues consta acreditada la denegación de la subrogación del préstamo hipotecario concertado por la vendedora por no cumplir la solicitante los parámetros mínimos requeridos para la concesión de la operación. Esta denegación no resulta provocada por la compradora, ni es tampoco imputable, sino que depende de los estudios y valoración económica realizada por la entidad de crédito.

En otros casos, a pesar de que la condición es la denegación de subrogación o la denegación de otro tipo de financiación, se prueba de forma suficiente la concurrencia de las dos alternativas. En la SAP de Murcia (Sección 4.^a), de 14 de julio de 2011 (JUR 2011/286499)³⁷, los compradores desplegaron la diligencia exigible para obtener la subrogación, e incluso probaron que habían intentado obtener otra forma de financiación, sin que pueda achacarse esa denegación a la propia actuación de los compradores. Igualmente, en la SAP Granada (Sección 4.^a), de 12 de noviembre de 2011 (AC 2011/676), se considera probado que no se produjo la aprobación de la subrogación, e incluso llegaron los compradores a intentar obtener la financiación con otra entidad distinta, con resultado igualmente infructuoso. En la SAP de Valencia (Sección 6.^a), de 14 de junio de 2011 (JUR 2011/391223), se estima probado que cobraron realidad las pre-

visiones de esa condición resolutoria explícita, pues dos entidades bancarias denegaron a los compradores el préstamo hipotecario por falta de capacidad de pago y la propia entidad que financiaba a la vendedora, también les denegó el préstamo hipotecario. A ello no obsta el que *a posteriori*, esta misma entidad explicara a la demandada, a petición de esta, que cabría la subrogación en el préstamo hipotecario que afectaba a la vivienda, pues los compradores habían optado en el contrato de compraventa por no subrogarse en ese préstamo.

La condición consiste de forma genérica en la denegación de financiación para la adquisición de la vivienda en el caso que se enjuicia en la SAP de Barcelona (Sección 14.^a), de 8 de enero de 2009 (AC 2009/546). En este caso se celebra un contrato de compraventa de vivienda entre dos particulares y se estima probado el cumplimiento de la condición resolutoria porque han intentado suficientemente obtener financiación y no la han conseguido.

En el caso resuelto por la SAP de Alicante (Sección 8.^a), de 18 de mayo de 2005 (JUR 2005/169602), se celebró un contrato de compraventa de una vivienda entre la compradora y una agencia de intermediación inmobiliaria. La parte compradora demanda a esta última para que le devuelva los 3.000 euros de señal y se resuelva el contrato. Dice la Audiencia que estamos ante una compraventa perfeccionada pero sometida a una condición resolutoria consistente en que no pudiera realizarse la operación por causa ajena a la parte compradora. Esa condición significaba que quedaba sin efecto la compraventa si la compradora no obtenía la financiación en una entidad bancaria mediante la concesión de un préstamo hipotecario, y en efecto la compradora no logró la referida financiación a pesar de sus activas gestiones en ese sentido como quedó demostrado, por lo que procede la resolución y la devolución de la señal.

La SAP de Sevilla (Sección 2.^a), de 29 de octubre de 2004 (JUR 2005/69578), trata de una compraventa entre particulares y se discute si existe o no una condición resolutoria tácita que consiste en la denegación de financiación. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia consideran, tras analizar los documentos que firmaron las partes, y la conducta o hechos coetáneos y posteriores, que la concesión del préstamo hipotecario aparece configurado como una condición tácita y por ello, acreditada la denegación del préstamo, se entiende cumplida la condición resolutoria tácita, por lo que resulta de aplicación el artículo 1114 del Código Civil, en virtud del cual, se cancelan los efectos del negocio, procediendo la resolución del contrato con efecto retroactivo *ex tunc*.

Comentario aparte merece el supuesto de la SAP de Cádiz (Sección 8.^a), de 7 de marzo de 2011 (JUR 2011/250500). En este caso no hay condición resolutoria expresa consistente en la no obtención de financiación, aunque así lo pretende la compradora haciendo una interpretación improcedente del contrato. Es más, hay una cláusula que prevé que aunque no se obtenga financiación hay que pagar el precio: «En el supuesto que la entidad bancaria que hubiere otorgado el préstamo hipotecario no admitiera dicha subrogación, o el comprador no se

hallare interesado en la subrogación, el comprador vendrá obligado a satisfacer el importe reflejado en el apartado 3) de esta estipulación mediante transferencia bancaria o entrega de cheque bancario a la entrega de llaves y otorgamiento de la escritura pública de compraventa». Por lo tanto, se prevé expresamente que la no autorización de la subrogación en el préstamo no es obstáculo para el cumplimiento del contrato por la parte compradora³⁸.

V. DENEGACIÓN DE FINANCIACIÓN Y CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Otra posibilidad que cabe plantear es si la crisis económica actual, que dificulta enormemente el pago del precio y hace esta obligación mucho más gravosa para el comprador que no obtiene financiación, permite acudir a la modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas con fundamento en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. En efecto, en las situaciones que estudiamos, las circunstancias sobrevenidas no afectan a la prestación en sí en la medida en que la prestación pecuniaria no se extingue pues el dinero existe siempre, aunque no disponga de él el deudor, y no llega a originar una situación de imposibilidad sobrevenida. Pero sí podemos entender, en principio, que existe una extraordinaria dificultad de cumplimiento³⁹.

Algunos Códigos regulan la llamada onerosidad sobrevenida y sus efectos [Código Civil italiano (arts. 1467 y sigs.), Código Civil portugués (art. 437), Código Civil holandés (libro 6, art. 258) y Código Civil alemán (parágrafo 313)⁴⁰. También en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 493)]. Además se puede apreciar una tendencia en las normas de carácter supranacional o transnacional de dar acogida a la regulación de estos supuestos, en concreto en los Principios Unidroit y los Principios Europeos del Derecho de Contratos. Sin embargo, nuestro Código Civil no regula, las situaciones de onerosidad sobrevenida y frustración de la finalidad del contrato, lo que supone que son los tribunales los que deben examinar cada caso y dar el tratamiento que consideren acertado. Esto conduce, bien a decantarse por una postura enormemente restrictiva, defensora de la fidelidad del contrato y en consecuencia segura pero inicua, o bien por una línea de búsqueda de la justicia de cada caso, que valore las circunstancias que concurren en cada supuesto, con el peligro de cierta arbitrariedad e inseguridad (DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, 2003, 29)⁴¹.

La jurisprudencia se muestra restrictiva en la admisión de modificar el contrato, dados los peligros que conlleva para la seguridad del tráfico jurídico. Estima que es necesaria (SSTS de 17 de mayo de 1957, 6 de junio de 1959 y 27 de junio de 1984, entre otras): 1) Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento del cumplimiento del contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración. 2) Desproporción desorbitante

y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumba el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones. 3) Que todo acontezca por la sobrevenida aparición de circunstancias radicalmente imprevisibles. 4) Que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio.

La alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento del cumplimiento respecto a las existentes al celebrarse el contrato nos lleva a la valorar si la nueva situación en que se encuentra la obligación es fruto de circunstancias que han sobrevenido con posterioridad a su constitución. En este sentido, hay que tener en cuenta que en el momento de celebrarse los contratos que estudiamos, fluía el crédito y no siempre había motivo para dudar de la concesión de la subrogación en la hipoteca de la promotora o en la posibilidad de obtener otra financiación. Sin embargo, al tiempo de elevar el contrato a escritura pública, la situación ha cambiado y existe una situación generalizada de restricción del crédito.

La desproporción desorbitante permite diferenciar una hipótesis de excesiva onerosidad y un caso de simple dificultad en el cumplimiento⁴². En efecto, la desproporción debe ser extraordinaria, desorbitada e inusitada, por lo que habría que considerar excluidos no solo los casos en los que la mayor onerosidad provoca un desequilibrio que no alcanza el carácter de extraordinario desde un punto de vista cuantitativo, sino también aquellos en que el desequilibrio entra dentro del alea normal del contrato, esto es, dentro de la normal incertidumbre en relación con el resultado económico propio del contrato en cuestión. Dentro de ese alea entran, y no pueden dar lugar a la modificación del contrato, todos los problemas de carácter personal debidos al cambio de la situación económica del obligado (STS de 23 de junio de 1997) y en general, tratándose de actividades empresariales, todos los riesgos que entran dentro de esa actividad normal de una empresa (DEL OLMO GUARIDO, 2004, 140 y 141)⁴³.

Quizá sí podría acudirse a la modificación del contrato si se acredita que existe una exorbitante desproporción entre el precio de la vivienda en el momento en que se celebró el contrato privado y el precio de esa misma vivienda en la fecha de otorgamiento de la escritura. Para ello habría que probar que ha existido una imprevisible y extraordinaria reducción de su valor en el mercado como consecuencia de la crisis económica que ha afectado al sector inmobiliario.

No se aplicará esta cláusula cuando el concreto riesgo era susceptible de ser previsto al momento de concluir el contrato (STS de 23 de junio de 1997 y 16 de octubre de 1989), pues no es un remedio para la imprevisión de los contratantes, sino de los acontecimientos extraños a la voluntad de los mismos (STS de 31 de octubre de 1963)⁴⁴. En este sentido debemos recordar el principio de *pacta sunt servanda* y el hecho de que en los contratos en que se difiere el cumplimiento de alguna de las prestaciones se pueden y deben prever las consecuencias de una alteración de circunstancias de todo tipo (sociales y económicas, fundamentalmente) durante la fase de cumplimiento del contrato,

de manera que en virtud del principio de autonomía de la voluntad, se pueden evitar los efectos negativos de esa alteración. Por eso solo cabe la modificación si la alteración era imprevisible.

Finalmente es preciso también que la alteración de las circunstancias no haya sido provocada por uno de los contratantes, ya que, en caso contrario, se estaría dejando la validez y cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes (art. 1256 CC).

Los contratos más susceptibles a los eventos extraordinario que puedan romper el equilibrio inicial de las prestaciones son aquellos en los que media un lapso de tiempo entre la conclusión del contrato y la ejecución del mismo, o cuando se está en presencia de un contrato de ejecución continuada o de trato sucesivo. Como destaca DE AMUNÁTEGUI (2003, 236 y 237), «en muchos casos se ha utilizado la expresión «ejecución continuada» para describir este tipo de contratos, lo que no parece rigurosamente exacto. En realidad lo decisivo, lo esencial, será que medie un periodo de tiempo entre la perfección y la ejecución, lo que se llama una *distantia temporis* entre la conclusión y la ejecución. En consecuencia, podremos incluir en esta categoría los contratos de trato sucesivo (en los que la prestación se cumple periódicamente), los de ejecución continuada, e incluso los de trato único si la ejecución del contrato se difiere en un tiempo respecto de la conclusión; siendo indiferente que sean ambas o una sola de las partes las obligadas a lo largo del tiempo»⁴⁵.

La jurisprudencia no mantiene una línea clara. Hay sentencias en que se afirma con decisión que solamente pueden verse afectados por la alteración de las circunstancias los contratos de trato sucesivo, mientras que hay otras en las que simplemente se acepta la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* a esta clase de contratos. Respecto a los contratos de trato único, podemos encontrar pronunciamientos en los que no se niega abiertamente pero se aprecia la dificultad de reconocer la operatividad de la onerosidad sobrevenida. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/665) afirma que en los contratos de trato único —como la compraventa— la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* «es de carácter aun más excepcional que en los de trato sucesivo o de ejecución diferida», doctrina confirmada por la STS de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9214)⁴⁶.

Precisamente este es el argumento principal que se utiliza en las sentencias de la SAP de Alicante, de 21 de marzo de 2012 (JUR 2012/215844), para negar la aplicación —que no había sido invocada por las partes— de la cláusula *rebus sic stantibus*: «porque estamos ante un contrato de compraventa y, por tanto, de trato único, siendo la aplicación de la cláusula en este tipo de contratos es aún más excepcional que en los de trato sucesivo, aparte de que las circunstancias exigidas para la aplicación excepcional de la cláusula no sería de aplicación a supuestos como el presente y, en todo caso, no permitiría la resolución, sino la modificación o revisión del contrato con reajuste de prestaciones, pero en todo

*caso si se pretende adquirir un inmueble por un precio determinado es indudable que previamente se debe prever si se contaba o podía contar con los suficientes medios económicos para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones antes de suscribir el contrato de compraventa, sin que puedan unilateralmente resolverlo o dejarlo sin efecto sin concurrir causa legal o contractual prevista para ello, porque es tanto como dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, lo que prohíbe el artículo 1256 del Código Civil*⁴⁷.

En definitiva, si la compradora pretendía adquirir una vivienda debió haber previsto y examinado si contaba con los suficientes medios económicos para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones antes de suscribir el contrato de compraventa. Para que la alteración de las circunstancias existentes al tiempo de la contratación permita la modificación de la relación obligatoria se requiere que sea extraordinaria y radicalmente imprevista e imprevisible y esto no se estima que concurra en los casos de denegación de financiación, ni tampoco en la situación de insolvencia sobrevenida.

Es muy importante destacar que lo cierto es que, en la práctica de nuestros tribunales, ante la dificultad de pago por denegación de financiación, no se acude, nada más que con carácter residual, a la modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas, pues los compradores lo que buscan es la resolución en base a la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Sin embargo la importancia de esta posibilidad resulta trascendental desde la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013/1819), que tras descartar la existencia de imposibilidad sobrevenida en el caso enjuiciado por denegación de financiación, como había estimado la Audiencia Provincial de Castellón, reconoce la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* en los casos de imposibilidad real de obtener financiación por parte de los compradores de viviendas.

Destaca que como regla se ha rechazado su aplicación a los casos de dificultades de financiación (SSTS de 20 de mayo de 1997, 23 de junio de 1997, 8 de octubre de 2012, 1 de octubre de 2012, 20 de diciembre de 2012), pero que en la actualidad es clara la tendencia «*a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT⁴⁸), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL⁴⁹) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación⁵⁰)*».

La aplicación de esta cláusula no ha de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación, antes bien, «*una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos*

a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla».

La posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica destaca esta sentencia, «*no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba (...)*». Estos factores son:

- El destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública.
- La asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean.
- La situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar.
- El grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación.
- Y se valorarán también las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia.

Estos factores, considera el Tribunal Supremo, no concurren en el caso enjuiciado. El único fundamento real que la sentencia apelada mantiene queda reducido a la crisis económica, hecho ciertamente notorio, y a la consiguiente restricción generalizada de los préstamos hipotecarios, hecho igualmente notorio. Se prescinde de los presupuestos más elementales para su aplicación al no considerar necesaria una comparación entre la situación económica de los compradores antes y después del contrato, al prescindir por completo de la capacidad económica de uno de los cónyuges compradores mediante el solo y nada convincente argumento de que ambos compraban para su sociedad de gananciales, al identificar la imposibilidad de financiación con la denegación de financiación por una sola entidad de crédito y fundada en un alto endeudamiento que bien podía ya existir al tiempo de celebrarse el contrato o, en fin, al no dar la debida relevancia al dato de que el propio contrato ya contemplaba expresamente la posibilidad de que los compradores no obtuvieran la financia-

ción prevista sin por ello exonerarles del pago del precio, asignándoles así un riesgo que en principio excluiría la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* conforme al criterio de la asignación de riesgos seguido por la STS de 23 de abril de 2012 (RJ 2012/5913).

VI. CONCLUSIONES

I. Nuestros tribunales, como regla general, no admiten que la imposibilidad de obtener financiación —ya sea por la negativa de la subrogación en la hipoteca de la promotora o por la falta de concesión del crédito por cualquier entidad bancaria ajena a la promotora—, constituya un supuesto que ocasione la imposibilidad sobrevenida de pago del precio en la compraventa de viviendas.

II. Sin embargo, esto no quiere decir que no quepa en ningún caso la liberación del comprador o la revisión de su contrato. Teniendo en cuenta que en los supuestos de denegación de financiación, la prestación —pago del precio— no deviene imposible, pues en las obligaciones pecuniarias no cabe la imposibilidad sobrevenida como causa de liberación de la obligación (*genus nunquam perit*), si cabe hablar de una mayor, e incluso excesiva onerosidad y de una alteración sobrevenida de las circunstancias atendiendo a la crisis económica y la restricción del crédito. En definitiva, la vía no será generalmente la de la imposibilidad sobrevenida, sino la posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, teniendo en cuenta que la posibilidad de que pueda aplicarse esa regla en determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato. En este sentido creo que, siempre que se den los presupuestos generales para la aplicación de la mencionada cláusula, teniendo en cuenta los factores señalados en la STS de 17 de marzo de 2013, será posible la revisión del contrato, y en caso de no ser posible, su resolución.

III. Por otra parte, es muy importante tener en cuenta las sentencias en que recientemente el Tribunal Supremo ha estimado la resolución del contrato de compraventa por entender que en él se establecía la obligación del vendedor de obtener la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario que se le había concedido al primero, siempre que tal obligación tuviese carácter esencial.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 30 de abril de 2002.
- STS de 4 de julio de 1997.
- STS de 20 de febrero de 1994.

- STS de 8 de octubre de 2012.
- STS de 1 de octubre de 2012.
- STS de 10 de diciembre de 2012.
- STS de 16 de enero de 2013.
- STS de 17 de enero de 2013.
- STS de 18 de enero de 2013.
- STS de 12 de abril de 2013.
- STS de 26 de abril de 2013.
- SAP de Sevilla (Sección 2.^a), de 29 de octubre de 2004.
- SAP de Alicante (Sección 8.^a), de 18 de mayo de 2005.
- SAP de Barcelona (Sección 14.^a), de 8 de enero de 2009.
- SAP de Sevilla (Sección 2.^a), de 29 de octubre de 2004.
- SAP de Alicante (Sección 8.^a), de 18 de mayo de 2005.
- SAP de Barcelona (Sección 14.^a), de 8 de enero de 2009.
- SAP de Pontevedra (Sección 3.^a), de 26 de mayo de 2009.
- SAP de Zaragoza (Sección 4.^a), de 17 de marzo de 2010.
- SAP de Jaén (Sección 2.^a), de 19 de marzo de 2010.
- SAP de La Rioja (Sección 1.^a), de 30 de julio de 2010.
- SAP de Córdoba (Sección 1.^a), de 2 septiembre de 2010.
- SAP de Sevilla (Sección 8.^a), de 15 de septiembre de 2010.
- SAP de Murcia (Sección 4.^a), de 14 de octubre de 2010.
- SAP de Madrid (Sección 14.^a), de 23 de noviembre de 2010.
- SAP de Cádiz (Sección 8.^a), de 7 de marzo de 2011.
- SAP de Murcia (Sección 4.^a), de 24 de marzo de 2011.
- SAP de Murcia (Sección 1.^a), de 7 de abril de 2011.
- SAP de Murcia (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2011.
- SSAP de La Rioja (Sección 1.^a), de 30 de mayo de 2011.
- SAP de Valencia (Sección 6.^a), de 14 de junio de 2011.
- SAP de Murcia (Sección 4.^a), de 14 de julio de 2011.
- SAP de Alicante (Sección 8.^a), de 29 septiembre de 2011.
- SAP de Sevilla (Sección 5.^a), de 8 de noviembre de 2011.
- SAP de Granada (Sección 4.^a), de 12 de noviembre de 2011.
- SAP de La Rioja (Sección 1.^a), de 9 de diciembre de 2011.
- SAP de Madrid (Sección 9.^a), de 30 de diciembre de 2011.
- SAP de Castellón (Sección 3.^a), de 13 de enero de 2012.
- SAP de Alicante (Sección 9.^a), de 23 de enero de 2012.
- SAP de La Rioja (Sección 1.^a), de 20 febrero de 2012.
- SAP de Murcia (Sección 1.^a), de 21 de febrero de 2012.
- SSAP de La Rioja (Sección 1.^a), de 20 de febrero de 2012.
- SAP de Alicante (Sección 9.^a), de 21 marzo de 2012.
- SAP de Murcia (Sección 1.^a), 26 de abril de 2012.
- SAP de La Rioja (Sección 1.^a), de 30 abril 2012.

- SAP de Jaén (Sección 2.^a), de 19 de junio de 2012.
- SAP de Murcia (Sección 4.^a), de 7 de diciembre de 2012.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011): *Derecho Civil*, Tomo II, 14.^a ed., Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2012): «La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato? Notas con ocasión de la SAP de Madrid (Sección 19.^a), de 6 de febrero de 2012 (*JUR* 2012/109064)», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* [En línea], núm. 4/2012 (págs. 99-117), disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/143/120>
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003): *La cláusula rebus sic stantibus*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DEL OLMO GUARIDO, N. (2004): *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- ERDOZAÍN LÓPEZ, J. C. (2009): «Comentario al artículo 1184», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters.
- CASTILLA BAREA, M. (2001): *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid: Dykinson.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2011): en A. CAÑIZARES LASO, P. V. DE PABLO CONTRERAS, F. J. ORDUÑA MORENO, M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), *Código Civil comentado*, vol. III, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2008): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6.^a ed., Navarra: Thomson-Civitas.
- GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (1991): «Comentario al artículo 1182», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, vol. 1.^o, Madrid, Edersa.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et. al. (2011): *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 1.^o, 5.^a ed., revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ. Madrid: Dykinson.
- LASARTE, C. (2011): *Principios de Derecho Civil, II: Derecho de Obligaciones*, 15.^a ed., Madrid: Marcial Pons.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013): «La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Aplicación a los supuestos de imposibilidad de financiación en la compraventa de viviendas. Comentario a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera el 17 de enero de 2013», en *Diario La Ley*, 7 de mayo de 2013, núm. 8077.
- TENAS SEGARRA, J. V. (2006): «Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte segunda», en J. F. DELGADO DE MIGUEL y V. L. SIMÓ SANTOJA (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, vol. 3, Tomo 1.^o, Madrid: Civitas.

NOTAS

* Este trabajo forma parte de los resultados del Grupo de Investigación consolidado Contratación-Empresa (GR-UCM: 9314929), perteneciente al Campus de Excelencia Internacional UCM-UPM, del que formo parte como miembro investigador.

¹ Cuando el vendedor se aviene a la resolución, se plantea la aplicación de la pena pactada para el caso de incumplimiento o, a falta de previsión de una cláusula penal, la indemnización de daños y perjuicios, como sucede, entre otras muchas en la SAP de Alicante (Sección 8.^a), de 29 septiembre de 2011 (*JUR* 2011/411740) y en la SAP de Pontevedra (Sección 3.^a), de 26 de mayo de 2009 (*JUR* 2009/280702).

² La Sala Primera del Tribunal Supremo ha estudiado la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación en numerosas ocasiones elaborando un importante cuerpo de doctrina que se resume en la sentencia de 30 de abril de 2002 (*RJ* 2002/4041), en los siguientes términos: «*Esta Sala, en profusa jurisprudencia, ha abordado las cuestiones de mayor interés que suscita la aplicación de los artículos cuya infracción se denuncia en el recurso, y tiene declarado: 1. La regulación de los artículos 1272 y 1184 (este se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar ex art. 1182, de 29 de octubre de 1996, 23 de junio de 1997) recoge una manifestación del principio ad impossibilia nemo tenetur (sentencias de 21 de enero de 1958 y 3 de octubre de 1959), que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles (impossibilium nulla obligatio est: D. 50, 17, 1185), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor (sentencias de 15 de febrero y 21 de marzo de 1994, entre otras). 2. La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística —atendiendo a los «casos y circunstancias»— (sentencias de 10 de marzo de 1949, 5 de mayo de 1986 y 13 de marzo de 1987), pudiendo consistir en una imposibilidad física o material (la sentencia de 16 de diciembre de 1970 se refiere también a la moral, y la de 30 de abril de 1994 a la imposibilidad económica), o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica, (sentencias, entre otras, de 15 de diciembre de 1987, 21 de noviembre de 1958, 3 de octubre de 1959, 29 de octubre de 1970, 4 de marzo, 11 de mayo de 1991 y 26 de julio de 2000). 3. A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria (sentencia de 6 de octubre de 1994), pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad (sentencias, entre otras, de 8 de junio de 1906, 10 de marzo de 1949, 6 de abril de 1979, 5 de mayo de 1986, 11 de noviembre de 1987, 12 de marzo de 1994 y 20 de mayo de 1997), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la sentencia de 6 de octubre de 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo (sentencias, entre otras, de 15 y 23 de febrero, 12 de marzo y 6 de octubre de 1994). 4. La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (sentencia de 13 de marzo) —que solo tiene efectos suspensivos (sentencia de 13 de junio de 1944)—, y la derivada de una situación accidental del deudor (sentencia de 8 de junio de 1906). 5. No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida (sentencias de 22 de febrero de 1979 y 11 de noviembre de 1987). 6. Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible (sentencia de 20 de marzo de 1997). La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él (sentencias de 2 de enero de 1976 y 15 de diciembre de 1987), o le es imputable (sentencias de 7 de abril de 1965, 7 de octubre de 1978, 17 de enero y 5 de mayo de 1986, 15 de febrero de 1994, 20 de mayo de 1997), y existe culpa cuando se conoce la causa (sentencias de 15 de febrero y 23 de marzo de 199..., 17 de marzo de 1997, y 14 de diciembre de 1998), o se podía conocer (sentencia de 15 de febrero de 1994), o era previsible (sentencias de 7 de octubre de 1978, 15 de febrero de 1994 y 4 de noviembre de 1999), aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya (sentencia de 23 de febrero de 1994). La sentencia de 17 de marzo de 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanística de la finca. 7. No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (sentencias de 8 de junio de 1906, 7 de abril de 1965, 6 de abril de 1979, 12 de marzo de 1994, 20 de mayo de 1997, entre otras). La sentencia de 14 de febrero de 1994 se refiere a observar*

la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la sentencia de 2 de octubre de 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento. 8. Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad [art. 1182, y sentencia de 23 de febrero de 1994 (RJ 1994/1255)]».

³ TENAS SEGARRA, J. V. (2006), «Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte segunda», en J. F. DELGADO DE MIGUEL y V. L. SIMÓ SANTOJA (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, vol. 3, Tomo 1.^o, Madrid, Civitas (pág. 227).

⁴ En este punto, destaca DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2011), en A. CAÑIZARES LASO, P. V. DE PABLO CONTRERAS, F. J. ORDUÑA MORENO, M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), *Código Civil comentado*, vol. III, Madrid, Civitas-Thomson Reuters (pág. 441), que «hay que insistir en la idea de que para que el deudor pueda liberarse de su obligación ha de haber puesto toda la diligencia que la situación concreta requería y no permanecer pasivo ante el acto o resolución de que se trate (por ejemplo, haber agotado la vía administrativa), al igual que valorarse si ha sido o no su conducta anterior la que ha provocado la resolución administrativa (por ejemplo, se denegó la licencia de apertura del local porque no cumplía las medidas reglamentarias de seguridad)».

⁵ CASTILLA BAREA, M. (2001), *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, Dyrkinson (págs. 188-191).

⁶ TENAS SEGARRA, J. V., *ob. cit.* (pág. 226); DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *ob. cit.* (pág. 440).

⁷ CASTILLA BAREA, M., *ob. cit.* (pág. 147).

⁸ CASTILLO BAREA, M., *ob. cit.* (pág. 194).

⁹ CASTILLO BAREA, M., *loc. ult. cit.*

¹⁰ CASTILLA BAREA, M., *ob. cit.* (pág. 199), entiende que «los graves problemas económicos no deben sustentar la liberación del deudor. La incidencia sobre el patrimonio del deudor de las situaciones de crisis económica debe hacerse valer a través de otros expedientes jurídicos como son la insolvencia y las situaciones concursales. Y en estos la ley tampoco considera extinguidas las obligaciones del deudor por el hecho de que este no pueda pagar por aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC)».

¹¹ Los hechos enjuiciados en la STS de 4 de julio de 1997, son los siguientes: Mediante documento privado se vende una finca urbana y se pacta el pago del precio a plazos. Se incluye en el contrato un pacto comisorio y una cláusula penal para el caso de impago del precio por el comprador. Producido tal impago, el vendedor interpone demanda en la que solicita la resolución del contrato. El comprador alega que a la firma del contrato tenía solvencia pero fue «presa de mala fortuna» y ya no puede hacer frente a los pagos de la forma pactada. Además manifiesta que trató infructuosamente de obtener créditos hipotecarios. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia recurrida, que había estimado la resolución del contrato por incumplimiento del comprador de la obligación de pagar el precio.

¹² Los hechos que resuelve la STS de 20 de febrero de 1994, fueron los siguientes: Se celebró un contrato de arrendamiento de una finca para explotación de guijo y se pactó una rebaja en el canon si transitoriamente aparecían circunstancias que disminuyeran la producción. En este supuesto debería previamente avisarse a la parte arrendadora, que podría admitir o discrepar de que las vetas de barro justifiquen la disminución del mínimo establecido, sometiéndose este supuesto al dictamen del Director Provincial del Ministerio de Industria. Tras un juicio de desahucio por falta de pago de las rentas, los propietarios demandan a los arrendatarios solicitando las rentas no pagadas y una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por los arrendatarios. Los demandados solicitaron la absolución de la demandada por la nula productividad de la finca desde mayo de 1988, pues su condena a pagar la renta en estas condiciones, cuando por esa causa abandonaron la explotación, supondría un enriquecimiento injusto de los demandantes. Subsidiariamente, fundamentaban su absolución en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. También reconvinieron en solicitud de que se declarase que habían abandonado la explotación el 24 de mayo de 1988 y resuelto el contrato de arrendamiento porque los arrendadores no habían cumplido su prestación de entregar una

finca explotable para la obtención de guijo. Es de destacar que la prueba pericial practicada arrojó como resultado la inviabilidad total de la explotación económica del guijo en la finca arrendada, y más inviable aún si sufre un gravamen con el canon de arrendamiento. Los demandados, que apelaron la sentencia de instancia a la que habían reconvenido pidiendo la resolución del contrato, interponen recurso de casación por infracción del artículo 1124 CC y, subsidiariamente, apreciación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso y estimó que existía imposibilidad por circunstancias sobrevenidas e imprevistas que supusieron la frustración del fin del negocio.

¹³ TENAS SEGARRA, J. V., *ob. cit.* (pág. 229).

¹⁴ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2008), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6.^a ed., Navarra, Thomson-Civitas (pág. 697).

¹⁵ Salvo, dice ALBALADEJO (2011), *Derecho Civil*, Tomo II, 14.^a ed., Madrid, Edisofer (pág. 196), que el deudor pruebe que la cosa se habría destruido igual en poder del acreedor, esto es, aunque la hubiese entregado a tiempo.

¹⁶ LASARTE, C. (2011), *Principios de Derecho Civil, II: Derecho de Obligaciones*, 15.^a ed., Madrid, Marcial Pons (pág. 155).

¹⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et. al.* (2011), *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 1.^o, 5.^a ed., revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ. Madrid, Dykinson (pág. 187).

¹⁸ LASARTE, C., *ob. cit.* (pág. 152).

¹⁹ En esta línea, LASARTE (*ob. cit.*, pág. 154) considera que el criterio del buen padre de familia en nuestro Código no representa más que una previsión de carácter complementario introducida cautelarmente por el legislador para el caso de que «*la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento*». Mas si se tiene en cuenta que la diligencia concreta se deriva de la naturaleza de la prestación y de las circunstancias concretas de la relación obligatoria, difícilmente podrá darse tal resultado. Por otra parte, no debe olvidarse que el cumplimiento exacto, íntegro e indivisible de la prestación constituye el fin último de la obligación y, por tanto, es natural que el deudor haya de adecuar su diligencia a dicho cumplimiento.

²⁰ GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (1991), «Comentario al artículo 1182», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, vol. 1.^o, Madrid, Edersa (págs. 258 y 259); DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *ob. cit.* (pág. 123).

²¹ La doctrina que se ha ocupado de esta cuestión mantiene la misma opinión: ERDOZAÍN LÓPEZ, J. C. (2009), «Comentario al artículo 1184», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters (pág. 1423); DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *ob. cit.* (pág. 440), dice que la imposibilidad «no debe serle imputable al deudor, y sobre este particular conviene recordar que la jurisprudencia ha reiterado en multitud de resoluciones que no cabe equiparar imposibilidad a dificultad (SSTS de 12 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/982), 12 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/1742), 20 de mayo de 1997 (*RJ* 1997/3890), debiéndose aplicar criterios objetivos en su apreciación y no el propio que tenga el deudor (...)). Así, no lo será cuando debió haberlas previsto (por ejemplo, problemas de financiación, denegación de licencias, cambio de calificación de terrenos), cuando se debe a su previo incumplimiento de otras obligaciones de tipo administrativo o tributario (...) se puede cumplir con un esfuerzo de voluntad del deudor (...) o si no ha realizado todo lo posible para vencerla y ha agotado todas las vías posibles de cumplimiento (...))».

²² La demandada alega una precaria situación laboral: concluyó sus estudios de odontoesomatología en el año 2008, y desde entonces solo tuvo contratos de corta duración como autónoma; y en tales circunstancias, le ha sido absolutamente imposible atender a los pagos parciales pactados en el contrato, y mucho menos obtener financiación bancaria para conseguir el dinero necesario para acudir al otorgamiento de la escritura pública como acredita por la denegación por parte de la entidad Caja Madrid en fecha 11 de febrero de 2010, de la subrogación en el préstamo hipotecario.

²³ SAP de Jaén (Sección 2.^a), de 19 de marzo de 2010: «(...) el trabajo que desempeñaba (la actora-compradora) como auxiliar de enfermería en el Hospital San Juan de la Cruz al tiempo de la suscripción del contrato y por el que se obligaba al pago de 156.263,15 euros más

IVA, como precio de la vivienda que adquiría, era de carácter temporal al ser su situación de interinidad, por más que ella confiara en una eventual permanencia por la causa de la baja de la compañera a la que sustituía, de modo que el cese poco más de cinco meses después, no se puede mantener como se insiste en que se trataba de algo totalmente imprevisible, como suceso totalmente ajeno a su voluntad en el que no interviniese culpa alguna de la misma, porque el adquirir tamaño compromiso en la situación descrita lo que demuestra a las claras es una falta de previsibilidad o si se quiere de diligencia y prudencia lo suficientemente relevantes como para excluir el caso fortuito y la fuerza mayor, porque lógicamente no se puede calificar aquella como una situación económica estable (...) no se puede obviar la alta probabilidad de que en tales condiciones dicha subrogación no fuese autorizada, debiendo como mínimo en el actuar diligente de una persona media, haber procedido a una consulta previa antes de comprometerse y es así que no lo hizo (...).

²⁴ La STS de 10 de diciembre de 2012 (RJ 2013/914), no plantea la cuestión de la denegación de financiación como causante de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, pero rechaza también unas pretensiones semejantes de los cónyuges compradores de una vivienda en una urbanización de la costa razonando que la propia ambigüedad de su planteamiento impedía dilucidar si en verdad les interesaba o no la financiación del pago del precio mediante un préstamo hipotecario: «*resulta materialmente imposible saber si en verdad le interesaba o no subrogarse en un préstamo hipotecario contratado por la parte vendedora, ya que inicialmente consideró nulas las cláusulas sobre la subrogación, luego apeló por haberse declarado nulas y privársele de financiación y ahora impugna la sentencia que las declara inaplicables pero aportando la información sobre el préstamo de la que en su demanda decía carecer por completo, dando así la impresión de que precisamente cuando se le comunicaron las condiciones del préstamo y la inminente firma de la escritura pública fue cuando decidió desvincularse del contrato por cualquier medio*».

²⁵ Los hechos enjuiciados en la STS de 17 de enero de 2013, son los siguientes: El 28 de abril de 2008, doña A. y don J. P. compraron en documento privado a una compañía mercantil dedicada a la promoción inmobiliaria una vivienda unifamiliar todavía en construcción; en el contrato se contemplaba la decisión de la parte compradora de «subrogarse al préstamo del promotor», pero también la posibilidad de que la entidad de crédito denegara la subrogación. El 5 de noviembre de 2008 la mercantil vendedora comunicó a los compradores la obtención de la licencia de primera ocupación de la vivienda, invitándoles a concertar fecha para el otorgamiento de la escritura pública; el siguiente día 24 los compradores comunicaron a la mercantil vendedora su intención de «rescindir» el contrato y recuperar la cantidad entregada a cuenta del precio. Ante la negativa de la vendedora, los compradores presentaron demanda de resolución alegando la imposibilidad de obtener financiación, aportando un documento de Bancaja en el que esta entidad hacía constar que a uno de los cónyuges demandantes le había sido denegada la concesión de un préstamo hipotecario «por la situación financiera actual de nuestro cliente, debido a su alto endeudamiento». La compañía mercantil demandada se opuso a la demanda, pidiendo su desestimación, y además formuló reconvenión para que se condenara a los compradores a cumplir el contrato y a pagar la parte pendiente del precio. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvenión. La Audiencia provincial de Castellón revocó la sentencia apelada, estimó la demanda y desestimó la reconvenión. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la vendedora, casa la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia.

²⁶ Continúa señalando nuestro Alto Tribunal que, si bien la sentencia recurrida se funda formalmente en los artículos 1182 a 1184 del Código Civil, que guardan una estrecha relación con el caso fortuito contemplado en su artículo 1105, materialmente aplica la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Y analiza la posible aplicación de esta cláusula, cuestión a la nos referiremos *ut infra*.

²⁷ Sin embargo en el Fundamento Jurídico 10.^º dice: «*No podemos pasar por alto lo antes indicado a propósito de las circunstancias cambiantes que se han vivido en nuestra sociedad en cuanto a la situación de crisis económica, con desplome radical del mercado*

inmobiliario y reducción drástica de la financiación que hasta entonces habían tenido particulares y empresas, cuestión esta que por su notoriedad no precisa prueba y a la que ha de ser permeable este Tribunal, sino para hablar de imposibilidad sobrevenida —tal y como antes se ha recogido—, si para entender que el incumplimiento en que ha incurrido la parte compradora tiene un componente al que ha sido ajeno, y por más que pudiera indicarse que se trata de riesgos de la actividad empresarial, la caída en picado de ese mercado y la financiación por más que tenga su víctima más señalada en este caso a los compradores, no puede decirse que resulta extraña también a los vendedores, cuando menos a la hora de dulcificar o mitigar el grado de incumplimiento que cabe imputar a los compradores, lo que posibilitaría, a juicio de esta Sala, la moderación de la cláusula penal prevista en el contrato, respetando con ello el anterior criterio jurisprudencial».

²⁸ Los hechos resueltos en la STS (Sala de lo Civil), de 18 de enero de 2013, son los siguientes: Don I. y doña B. compraron en documento privado el 28 de abril de 2008 una vivienda en construcción. Para el caso de que los compradores no cumplieran la prestación de pagar la parte aplazada del precio, los contratantes pactaron, a favor de la vendedora, la facultad de optar por resolver la relación, con pérdida por los incumplidores de una parte de la suma ya entregada, o por exigir el cumplimiento de la deuda pendiente. La misma opción fue expresamente reconocida a los compradores, para el caso de que fuera la vendedora la que no cumpliera la prestación a su cargo, esto es, no entregara la vivienda en el tiempo establecido para ello. La crisis en el funcionamiento de la relación contractual se produjo al tomar los vendedores la decisión de «rescindirla» y comunicar a la vendedora su voluntad en tal sentido con reclamación de la devolución de la parte del precio que ya habían abonado. La vendedora no aceptó en ningún momento esa voluntad de desistimiento y requirió a los compradores para que estuvieran en disposición de recibir la vivienda y de hacer efectivo simultáneamente el pago del precio adeudado. Los compradores interpusieron demanda en la que pretendieron la resolución del vínculo. Dicha pretensión resolutoria la basaron en la cláusula octava del contrato, que no es otra que la que facultaba a la vendedora, en caso de impago del precio, a resolver la relación o exigir el cumplimiento de lo debido.

Sin embargo, en el hecho séptimo del mismo escrito, también alegaron que su negativa a concurrir al otorgamiento de la escritura pública de venta no respondía «a un simple capricho», sino a «la imposibilidad de obtener financiación para el pago del préstamo hipotecario resultante». Para demostrar esa imposibilidad, presentaron dos documentos librados por dos entidades de crédito en el que constaba la negativa a prestarles el dinero interesado. El vendedor presentó reconvenCIÓN en la que pedía el cumplimiento del contrato. En la primera instancia fue desestimada la demanda y estimada la reconvenCIÓN. En la segunda instancia el resultado de la decisión del conflicto fue el opuesto. Consideró el Tribunal de apelación que el cumplimiento de la obligación de pagar el precio había devenido imposible para los compradores, ante «la falta de entidad bancaria que financiara la operación».

²⁹ Los hechos que se enjuiciaron en la SAP de Murcia (Sección 1.^a), de 26 de abril de 2012, son los siguientes: El comprador, que tiene la condición de consumidor, pactó con la promotora la compra de una vivienda el 16 de diciembre de 2004, vinculándose eficazmente al íntegro clausulado del contrato, en el que consta que el resto del precio (tras escriturar el pacto) será satisfecho por el adquirente con el importe del préstamo hipotecario, a 25 años de duración, que a tal efecto tiene solicitado o solicitará el vendedor, y en el que se subrogará la parte compradora por el mero hecho de la firma del contrato, por cuyo motivo la parte compradora faculta a la parte vendedora para percibir de la entidad de crédito dicha cantidad. La vendedora, tras un retraso justificado, insta al comprador a escriturar la venta en 9 de octubre de 2009, tiempo en el que el comprador —que había venido cumpliendo con el pago de parte del precio concertado— esgrime una insuficiencia dineraria sobrevenida para atender la parte del precio aún sin abonar ante el fracaso de sus gestiones para que alguna entidad bancaria le conceda una hipoteca sobre la propia vivienda y con la entidad financiera que había concedido el préstamo hipotecario a la constructora, en el que habría de subrogarse al tiempo de elevar a público el contrato el comprador. La AP confirma la sentencia

del juzgado de primera instancia estimando la demanda «*al apreciar que ha existido una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento en el comprador por no haber podido obtener el crédito que le permitiera subrogarse en el préstamo hipotecario del vendedor*». Entiende que no hay ningún incumplimiento imputable al comprador, existiendo imposibilidad sobrevenida de obtener financiación, y ha sido el vendedor quien no ha podido conseguir —tal como se daba a entender en el contrato— que la compradora se subrogase en el préstamo hipotecario: «*el contrato es de 16 de diciembre de 2004 y la posibilidad de elevarlo a escritura pública no se ofreció al comprador hasta transcurridos cinco años (23 de octubre de 2009), con lo que las circunstancias económicas habían cambiado y se había restringido el crédito dando lugar a la ya imposibilidad sobrevenida para el señor Jesús Luis de obtener la financiación adecuada, tal y como se demuestra por los documentos aportados relativos a la propia entidad de crédito que otorgó el préstamo y a otra dos distintas (documentos 2,3 y 4). No existe por tanto ningún incumplimiento atribuible al comprador, siendo la promotora la que no ha podido conseguir, tal y como se daba a entender en el contrato, que la compradora pudiera subrogarse en el préstamo hipotecario, lo que permite dar por resuelto el contrato tal y como pedía el demandante y lo acuerda la sentencia de instancia*».

³⁰ En la SAP de Murcia (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2011, se estima el recurso de apelación, lo que supone la estimación de la demanda y en consecuencia la resolución del contrato de compraventa en base a la interpretación de los términos del contrato a favor del consumidor. El tribunal parte de la condición de consumidor de que goza el comprador y bajo el amparo de la normativa de protección al consumidor (art. 10.2, párrafo segundo de la Ley 1984, y art. 80, párrafo último del Real Decreto-ley 1/2007), adopta la regla de interpretación en virtud de la cual las dudas en la interpretación de las cláusulas, condiciones o estipulaciones se resolverán en el sentido más favorable al consumidor. En este caso, el contrato se elabora por la promotora, de manera que a ella debe perjudicar toda oscuridad (interpretación *contra proferentem*). Oscuridad que estima existe en la cláusula segunda del contrato, pues en ella la promotora da a entender al comprador que no va a existir problema alguno con la subrogación de la hipoteca. Incluso se establece que es en ese momento en que se suscribe el contrato de compraventa, cuando la compradora se subroga en la hipoteca y la compradora faculta a la vendedora para percibir de la entidad de crédito la cantidad correspondiente, de manera que cuando se va a firmar la escritura, la compradora actúa en la confianza de que el resto del precio lo va a pagar con la hipoteca constituida o que se constituya por la propia promotora sobre la vivienda y en la que ya, de hecho, con la firma de ese contrato, se ha subrogado.

Se considera que el comprador puede ejercitar la acción resolutoria a pesar de que no puede pagar el precio por denegación de subrogación en el préstamo hipotecario concertado por la promotora-vendedora, pues no es sujeto incumplidor, sino que ha cumplido («...*que ningún incumplimiento existió por parte de la compradora...*»), y el incumplidor es el vendedor (...*siendo la promotora quien no ha podido conseguir, tal y como se daba a entender en el contrato, que la compradora pudiera subrogarse en el préstamo hipotecario...*). No hay incumplimiento de la compradora, sino de la vendedora, aunque no interviniere culpa. Concluye que realmente, más que incumplimiento hay imposibilidad sobrevenida de cumplimiento al amparo de lo dispuesto en el artículo 1184 del Código Civil.

³¹ Los hechos enjuiciados en ambas se recogen *ut supra* II.-2.B.

³² Las dos sentencias tienen un voto particular del magistrado Andrés Pacheco Guevara. En la SAP de Murcia (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2011, considera que habría que confirmar la sentencia impugnada que desestimó demanda en la que se ejercitaba por el comprador la acción resolutoria. Dice que los términos del contrato, en relación a la subrogación, son normales en el sector inmobiliario y carentes de una especial connotación abusiva del derecho de la parte más fuerte, que es lo único que puede originar la nulidad de tales estipulaciones. En la SAP de Murcia (Sección 1.^a), de 26 de abril de 2012, en la misma línea que en la anterior, afirma que no se ha probado el hecho que provoca la imposibilidad de cumplir la obligación de pago del precio, esto es la denegación de la subrogación. Estima probado que el comprador habría cumplido cabalmente con las sucesivas entregas de parte del precio concertado

hasta el momento de elevar el contrato a escritura pública, viéndose compelido a solicitar la resolución del contrato al carecer de financiación para atender las obligaciones mediante el mismo asumidas. Sin embargo no ha cumplido *«la obligación que asumió de subrogarse precisamente en el préstamo hipotecario concertado por la constructora en una oficina de La Caixa de Murcia, sin que pueda saberse con certeza si esa oficina le rechazó su pretensión, algo que convierte en inacogible la maniobra auspiciada para aparentar una insuficiencia económica y aparecerse del compromiso adquirido, el mismo de obligada observancia ex artículo 1091 del Código Civil»*. Es decir, solicita la resolución del contrato de compraventa porque carece de financiación, pero no ha probado si la oficina que había concertado el préstamo hipotecario con la constructora realmente rechazó su pretensión de subrogarse. De acuerdo con las pruebas presentadas, la entidad no deniega su solicitud de subrogación a favor del comprador, sino que deniega su solicitud de préstamo hipotecario tramitada en otra sucursal y en otra localidad. En definitiva no se ha probado el hecho constitutivo de la imposibilidad sobrevenida. La facultad resolutoria que dimana del artículo 1124 del Código Civil, exige que el sujeto que pide la resolución sea cumplidor y reclame la resolución frente al incumplidor, pero aquí no se ha probado que el vendedor incumpliese palmarmente el plazo para entregar la casa vendida, dando así lugar a que las entidades financieras se negase al otorgamiento del préstamo hipotecario previsto. El magistrado denuncia que, como está sucediendo en otros casos, puedan *«los adquirentes urdir una trama para aparentar una insolvencia que, conforme al artículo 1105 del propio Código Civil, les permita liberarse de lo pactado (...)»*.

³³ Señala que es hecho notorio, que por tanto no es necesario probar de acuerdo con el artículo 281.4 LEC, *«que la crisis económica que alcanzó a nuestro país se produjo entre 2007 y 2008, lo que tuvo consecuencias en el ámbito jurídico, especialmente en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria y en la aceptación de subrogaciones en los que habían sido concedidos con anterioridad»*.

³⁴ En el caso enjuiciado en la SAP de Murcia (Sección 4.^a), de 14 de octubre de 2010, la condición resolutoria pactada establece que en caso de no obtenerse la subrogación del comprador en la garantía hipotecaria del promotor o en el caso de no obtención de otro crédito hipotecario por el comprador, la compradora goza de dos opciones: por un lado se obligaría a pagar a la parte vendedora en el plazo de treinta días el total importe previsto para dicho préstamo, cuyo incumplimiento determinaría la existencia de causa de resolución a instancia del vendedor; la segunda opción facultaría al comprador para resolver el contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta. La parte compradora eligió esta segunda opción formulando la correspondiente acción resolutoria en base a la no obtención del mencionado préstamo hipotecario, aportando al efecto, certificación de una entidad bancaria en que se deniega la citada petición crediticia. Sin embargo, el tribunal, confirmando el criterio de la sentencia de primera instancia, desestima la pretensión de resolución contractual pues estima que se trata de *«un caso de imposibilidad sobrevenida como causa de justificación del no cumplimiento de lo acordado en el contrato de compraventa suscrito entre las partes, conforme a lo dispuesto en los artículos 1182 a 1184 del Código Civil. Como tiene declarado de forma reiterada el TS, la imposibilidad sobrevenida puede ser física o legal, pero en todo caso ha de ser objetiva, absoluta y duradera, y excluye la liberación del deudor cuando resulta provocada por él o le es imputable»*. Y se estima que, en este caso, la no obtención de la financiación hipotecaria no puede calificarse como imposibilidad sobrevenida, en los términos señalados, y por tanto no reúne entidad suficiente en orden a sustentar con éxito la resolución contractual pretendida por la parte compradora pues la denegación por la entidad bancaria del correspondiente crédito hipotecario respondía a que el comprador lo había solicitado por una cantidad muy superior a la que le restaba por pagar a la firma de la escritura.

³⁵ En la SAP de Zaragoza (Sección 4.^a), de 17 de marzo de 2010, la compradora ejercitó acción solicitando la resolución del contrato en base a la cláusula tercera, y por no haberle sido concedido el préstamo hipotecario según certificación de una entidad bancaria, que también aportaba y en relación al artículo 1.254 del Código Civil. La cláusula mencionada establece: *«el comprador podrá optar por la resolución del contrato en el momento en que conozca la*

no conformidad de la entidad financiera con la subrogación o la no concesión del préstamo solicitado, con devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en el mismo plazo previsto en el párrafo anterior». La vendedora se opuso a la demanda por considerar que, a pesar de que la parte actora había optado por subrogarse en el préstamo hipotecario concertado por la vendedora, no había justificado que no se le concediera el préstamo por esa entidad, pues el certificado aportado era de la denegación del préstamo hipotecario de otra entidad bancaria que no justificaba la resolución. La Audiencia considera que la cláusula establece un derecho de opción a la resolución del contrato sujeto a la condición de la no concesión del préstamo solicitado. Por tanto solo prosperará la resolución si se prueba la denegación (art. 1114 CC). Y en este caso no se ha probado el hecho en que consiste la condición pues la compradora debió justificar que concurrió en ella una verdadera voluntad de obtener el préstamo y que si no fue concedido fue por causas ajenas a ella. La concesión o denegación del préstamo depende de una previa solicitud de la parte compradora que es la que informa a la entidad de su situación para que sea evaluada. Pero se desconoce cual fue el presupuesto en base al cual fue denegado, sin que haya sido explicada la no concesión. En resumen, el documento presentado prueba que no se ha concedido el préstamo pero el demandado ha cuestionado la realidad de la manifestación reflejada en el documento y la parte actora no ha justificado lo contrario.

³⁶ En el supuesto enjuiciado en la SAP de Sevilla (Sección 5.^a), de 8 de noviembre de 2011 (JUR 2012/68388), el comprador, una entidad mercantil, compra dos viviendas con sus respectivos garajes y trasteros. Se dice en el contrato que «*no obstante, el comprador podrá optar por la resolución del contrato, en el momento en que conozca la no conformidad de la entidad financiera con la subrogación o la no concesión del préstamo solicitado, con devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en el mismo plazo previsto en el párrafo anterior*». La entidad que había concedido el crédito hipotecario a la vendedora denegó a la compradora las dos operaciones de subrogación hipotecaria solicitadas, por lo que la entidad actora comunicó a la vendedora su voluntad de resolver el contrato por dicha circunstancia. Ante la negativa de la vendedora interpone demanda el comprador, solicitando la resolución del contrato por cumplimiento de la condición resolutoria.

Hay que tener en cuenta, para valorar esta sentencia, que la entidad vendedora no contestó a la demanda, por lo que no pudo oponer frente a las pretensiones deducidas en la demanda los hechos que revelasen una conducta o actitud por parte de la compradora pasiva u omisiva, tendente a no acreditar o reunir ante la entidad financiadora de la compra los requisitos de solvencia necesarios que determinasen la voluntad de la entidad de crédito de aceptar la subrogación hipotecaria. Por tanto, el tribunal solo puede tener en cuenta los hechos alegados por el demandante que hayan sido debidamente acreditados. La Audiencia entiende que se acredita la denegación de las dos operaciones de subrogación solicitadas: «*Cierto es que las facultades resolutorias del contrato son siempre excepcionales, se han de interpretar restrictivamente, y las partes están obligadas a actuar con diligencia y buena fe para llevar a debido cumplimiento aquellas prestaciones a las que se comprometieron y conseguir el fin del contrato. Pero la buena fe se presume siempre, y quien sostenga lo contrario tiene la obligación, primero, de alegar en el proceso los hechos de los que resulte un comportamiento no conforme con la buena fe contractual, y en segundo lugar, la carga de acreditarlos. En el presente caso la demandada nada alegó en el momento procesal en que lo tenía que haber hecho, ni ha conseguido practicar prueba alguna de la que pueda desprendese un comportamiento contrario a la buena fe contractual por parte del comprador del que resultase que si la condición no se cumplió fue debido única y exclusivamente a su voluntad*».

³⁷ La condición general tercera, apartado 3.3 del contrato establecía: «*No obstante, el comprador podrá optar por la resolución del contrato, en el momento en que conozca la no conformidad de la entidad financiera con la subrogación o la no concesión del préstamo solicitado, con devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en el mismo plazo previsto en el párrafo anterior*». Se consideran acreditados los presupuestos exigidos para el

ejercicio de la facultad resolutoria, pues los compradores desplegaron la diligencia exigible para llevar a cabo la efectividad de la subrogación, porque tras denegarse la subrogación hipotecaria, solicitaron con la misma finalidad un préstamo, pero se les denegó ya que el actual nivel de ingresos del conjunto de los titulares hacía totalmente inviable un mayor incremento de sus cargas financieras y gastos. No se considera probada la mala fe alegada por el vendedor. La buena fe se deriva del hecho de que entregaron a cuenta del contrato de compraventa una importante cantidad de dinero y no existen datos para afirmar que ocultaron a las entidades financieras datos económicos o ingresos con la finalidad de que les fuera denegada la subrogación y la solicitud de un préstamo y poder ejercitarse así la facultad resolutoria que preveía el contrato.

³⁸ Como destaca ÁLVAREZ LATA, N. (2012), «La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato? Notas con ocasión de la SAP Madrid (Sección 19.^a), de 6 de febrero de 2012 (*JUR* 2012/109064)», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (pág. 100). [En línea], núm. 4/2012, disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/143/120>, la cláusula de subrogación del comprador en la hipoteca que el promotor-constructor para financiar la construcción puede constituirse en una facilidad para el comprador en ciertos casos —despreocuparse en la búsqueda de financiación, con el consiguiente ahorro de costes, comodidad, etc.—, pero también conlleva el peligro de someter al comprador a condiciones de crédito más gravosas de las que pudiera obtener al margen de la financiación ofrecida, tanto en los intereses pactados como en los plazos de amortización. Por eso las cláusulas que imponen al comprador la subrogación en el préstamo del vendedor se entendieron pronto por la jurisprudencia como una limitación para los derechos del adquirente de acceder a un préstamo en mejores condiciones. Además, muchas cláusulas subrogatorias, aun cuando no eran imperativas, trasladaban al consumidor los gastos de cancelación u otras comisiones si el comprador no se subrogaba. Esta práctica se consideró abusiva en tanto que eran gastos a los que debía hacer frente el promotor. La Ley 44/2006, de modificación de la LGDCU, en línea con esta jurisprudencia, determinó que fueran consideradas abusivas en la compraventa de viviendas tanto la cláusula que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario como la que imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación (art. 10.11 LGDCU 1984). Estas previsiones en la actualidad se encuentran en el artículo 89.3 TRLGDCU: «*En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:*

- a) *La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).*
- b) *La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.*
- c) *La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.*
- d) *La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando esta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.*

Por lo tanto, en la actualidad es nula por abusiva, la cláusula que impone la subrogación en el préstamo hipotecario del promotor-vendedor y también la que establezca cualquier penalización en caso de que no lo haga y la que le repercuta gastos que corresponden al vendedor (señaladamente los de gastos de cancelación) en el caso de las hipotecas para financiar su construcción.

³⁹ En este sentido, señala CASTILLA BAREA, M., *ob. cit.* (pág. 229): «Puede decirse que la imposibilidad sobrevenida excluye o hace innecesario el recurso a la teoría de la excesiva onerosidad, o a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, por ejemplo, porque cada una de ellas parte de realidades diferentes: en el caso de la imposibilidad sobrevenida, como es bien sabido, es esencial que la prestación ya no pueda realizarse; en los casos a que tratan de dar respuesta las doctrinas que tiene en cuenta la alteración sobrevenida de las circunstancias, la prestación continúa siendo realizable, pero su cumplimiento es susceptible de producir algún resultado rechazable por el Ordenamiento jurídico, en atención a razones esencialmente de justicia o equidad».

⁴⁰ Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003), *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, Tirant lo Blanch (pág. 19).

⁴¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.* (pág. 29).

⁴² Destaca DEL OLMO GUARIDO, N. (2004), *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Navarra, Thomson-Aranzadi (pág. 139), que «es preciso considerar tanto la prestación que se ve afectada por el cambio de circunstancias como la contraprestación que le sirve de causa, de modo que no basta considerar la variación que sufre aquella desde el momento de la constitución de la relación obligatoria hasta el momento del cumplimiento, sino que, es preciso que las circunstancias de carácter extraordinario e imprevisible incidan sobre el valor de una de las prestaciones en relación con la otra provocando así, una verdadera ruptura del equilibrio contractual».

⁴³ DEL OLMO GUARIDO, N., *ob. cit.* (págs. 140 y 141).

⁴⁴ DEL OLMO GUARIDO, N., *ob. cit.* (pág. 142).

⁴⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.* (págs. 236 y 237).

⁴⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.* (págs. 237 y 238).

⁴⁷ También se plantea la posible aplicación de esta cláusula por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.^a), en su sentencia de 6 de octubre de 2010 (*JUR* 2011/232077), pero la considera inaplicable, pues fue alegada en el recurso pero no se ha pedido en la demanda una modificación del contrato, y el demandado solo pidió una absolución de la demanda. Es importante tener en cuenta que la Ley 493 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en su párrafo tercero, dispone: «*Cuando se trate de obligaciones a largo plazo o trácto 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*».

⁴⁸ Artículo 6.2.2 Principios Unidroit: «Cuando el cumplimiento del contrato ha devenido más oneroso para una de las partes, dicha parte está obligada a cumplir su obligación según lo previsto en esta norma».

Destaca SÁNCHEZ MARTÍN, C. [(2013), «La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Aplicación a los supuestos de imposibilidad de financiación en la compraventa de viviendas. Comentario a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera el 17 de enero de 2013», en *Diario La Ley*, núm. 8077] que «en el artículo 6.2.2 se define el fenómeno denominado *hardship* que se produce cuando un evento altera el equilibrio del contrato bien porque el coste del cumplimiento de una de las partes se ha visto incrementado o bien porque el valor de la prestación se ha devaluado. Es necesario que dicho acontecimiento sea conocido por la parte perjudicada en el momento de la conclusión del contrato, que esté fuera de su control y, por último, que la parte no haya asumido el riesgo de tales acontecimientos. En cuanto a los efectos de este fenómeno, el artículo 6.2.3 establece que la parte perjudicada está legitimada para exigir una renegociación, que por sí sola no suspende el cumplimiento de sus obligaciones. En el caso de falta de acuerdo se puede acudir a los tribunales para que se decida la controversia. Si se estima la existencia de *hardship*, el Tribunal puede poner fin al contrato en el momento y en los términos que estime oportunos o bien adaptar el contrato con el fin de restaurar el equilibrio».

⁴⁹ Artículo 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL: «1. Una parte está obligada a cumplir sus obligaciones incluso si el cumplimiento ha devenido más oneroso, bien porque se ha incrementado el coste del cumplimiento o bien porque ha disminuido el valor de la prestación.

2. Sin embargo, si el cumplimiento del contrato deviene excesivamente oneroso como consecuencia de un cambio de circunstancias, las partes están obligadas a celebrar negociaciones con vistas a la adaptación o finalización del contrato, con la condición de que:

- a) el cambio de circunstancias ocurra después de la celebración del contrato,
- b) la posibilidad de un cambio de circunstancias no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el momento de la celebración del contrato,
- c) el cambio de circunstancias no es un riesgo que debe asumir una de las partes según el contrato.

3. Si las partes no logran alcanzar un acuerdo dentro de un periodo razonable, el tribunal podrá:

- a) poner el fin al contrato con determinadas consecuencias,
- b) adaptar el contrato para distribuir entre las partes de un modo justo y razonable las ganancias y las pérdidas derivadas del cambio de circunstancias».

⁵⁰ Artículo 1213 de la Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta 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 esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

(Trabajo recibido el 8-7-2013 y aceptado para su publicación el 16-9-2013)