

El cambio de la situación urbanística de los inmuebles

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL PROBLEMA: 1. LA FALSA VALORACIÓN DE LA REALIDAD POR LAS PARTES CONTRATANTES: EL ERROR COMO VICIO INVALIDANTE DEL CONSENTIMIENTO. 2. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE CUMPLIR EL CONTRATO: A) *Introducción*. B) *Supuestos de pretendida imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio*. C) *La imposibilidad de edificar imputable a una de las partes del contrato*. D) *Supuestos en los que las circunstancias que impiden la edificación se dan ya en el momento de la celebración del contrato*. 3. LA PÉRDIDA SOBREVENIDA DE LA CAUSA DEL CONTRATO. 4. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS» A LOS SUPUESTOS DE ALTERACIÓN DE LA NORMATIVA URBANÍSTICA.—III. CONDICIONES QUE DEBEN DARSE PARA QUE LA ALTERACIÓN DE LA NORMATIVA URBANÍSTICA DESPLIEGUE EFECTOS SOBRE EL CONTRATO.—IV. POSIBLES REMEDIOS PARA LOS SUPUESTOS DE ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LA ECONOMÍA CONTRACTUAL.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Es frecuente en la práctica que se adquieran inmuebles con una determinada finalidad urbanística que no se logra alcanzar. Ello puede deberse a que es falsa la apreciación de la realidad que tuvieron en cuenta las partes, o al menos una de ellas, en el momento de contratar, por ejemplo, porque la normativa urbanística vigente en aquel momento impedía la construcción. O también porque se produce de modo sobrevenido a la celebración del contrato un cambio de la realidad. En el caso que nos ocupa, este cambio de la realidad viene determinado por una modificación sobrevenida de la normativa urbanística relativa a los inmuebles.

En ambos casos nos encontramos ante una ruptura del equilibrio de las prestaciones fijado por las partes en el contrato. Este desequilibrio puede adoptar diversas manifestaciones, por ejemplo:

- La sociedad constructora A celebra con un particular un contrato de compraventa de unos terrenos situados en una importante localidad turística. En el contrato se hace constar cuál es la superficie edificable. El precio estipulado es el normal en la zona para terrenos de estas características. Sin embargo, con anterioridad a la celebración del contrato, el Ayuntamiento de esa localidad suspende las autorizaciones para edificar en esa zona, con lo que el terreno no es edificable. Esta circunstancia afecta a la configuración de la concreta economía negocial, puesto que de haberlo sabido las partes hubieran fijado un precio más reducido para ese inmueble o incluso pudiera ser que el comprador no hubiese deseado adquirirlo.
- La empresa inmobiliaria Y celebra con un particular un contrato de permuta de solar por obra futura, en el que el vendedor se compromete a entregar además de una determinada suma dineraria, dos apartamentos de entre los que se construirán. En el momento de celebrarse el contrato, la normativa vigente impide la edificación, pero se espera que en breve se apruebe una nueva normativa que permita construir edificios hasta de 10 pisos de altura. Si la nueva normativa no permite construir la volumetría esperada, ello afecta a la economía contractual, puesto que la empresa inmobiliaria hubiera querido estipular un precio inferior.
- La sociedad X, titular de unos terrenos en una nueva zona de la ciudad, los vende a la empresa Y, dedicada a la explotación de hipermercados. La empresa Y acepta el pago de un precio relativamente alto pensando en la ubicación estratégica del solar en vistas a la captación de la futura clientela residente en esa nueva zona. Con posterioridad a la celebración del contrato se produce un cambio de la normativa urbanística que impide destinar el inmueble a la finalidad estipulada en el contrato, ya que el plan prevé que dichos terrenos deban destinarse a zona de esparcimiento y recreo y no a la actividad comercial. Como en los casos anteriores se produce una frustración del fin del contrato para una de las partes, con el consiguiente desajuste en la economía contractual.

En el tratamiento de estos problemas, la jurisprudencia recurre a fórmulas variadas, como la imposibilidad sobrevenida de cumplir el contrato, la pérdida sobrevenida de su causa entendida en sentido subjetivo, o si las circunstancias que impiden la edificación existen ya en el momento de su celebración, se habla del error en cuanto vicio invalidante del consentimiento.

Respecto del cambio sobrevenido de las circunstancias son menos numerosas las sentencias que aplican a estos supuestos la doctrina de la cláusula

rebus sic stantibus, dada la vigencia en nuestro Derecho de un principio superior como es el *pacta sunt servanda*, según el cual los contratos deben cumplirse en sus mismos términos, sin que hayan estos de alterarse por una modificación sobrevenida de las circunstancias.

Como iremos viendo a lo largo del presente trabajo, no toda alteración o falsa valoración de la realidad por las partes contratantes debe tener una consecuencia jurídica, ya que en todo contrato existe una esfera de riesgo que las partes deben soportar. En este sentido, será objeto de análisis cuáles son las condiciones que deben darse para que la alteración o la falsa valoración de la realidad urbanística de los inmuebles deba tener una consecuencia sobre el contrato, así como los posibles remedios que deben aplicarse a estas situaciones.

II. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL PROBLEMA

1. LA FALSA VALORACIÓN DE LA REALIDAD POR LAS PARTES CONTRATANTES: EL ERROR COMO VICIO INVALIDANTE DEL CONSENTIMIENTO

Una sentencia más antigua de entre las que citaré es la STS de 27 de octubre de 1964 (RJ 1964, 4735). Según se desprende de la sentencia, los actores y la entidad demandada habían celebrado, el 11 de abril de 1959, un contrato de compraventa de unos terrenos situados en Sitges. En el contrato se hizo constar cuál era la superficie edificable. Desde el 11 de agosto de 1958, el Ayuntamiento había suspendido las autorizaciones para edificar en aquella zona, de modo que el terreno no era edificable. En consecuencia, los actores reclamaban la restitución del precio. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada en la primera instancia.

En opinión del TS, la edificabilidad del terreno fue la condición principal motivadora de la compraventa de los terrenos objeto del contrato. Se trata de un supuesto de error sobre una de las cualidades esenciales del objeto. «Cuando la cosa objeto de un contrato no tiene alguna de las condiciones que se le atribuyeron y la de que carece fue la que principalmente motivó su celebración, el consentimiento prestado ha de reputarse nulo, ya que lo fue en atención al equivocado supuesto de que concurrían en el objeto sobre el que se pactó otras características, cuya importancia, así como si la convicción de su existencia era la motivación de la convención, constituyen temas que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta sala corresponden, como cuestión de hecho la una, y de interpretación de los negocios jurídicos la otra, apreciar y enjuiciar el Tribunal de instancia» (Considerando 1.º de la sentencia).

Según DÍEZ-PICAZO (1), el problema consiste en determinar si nos encontramos ante un error acerca de una de las cualidades esenciales del contrato o más bien «se trata de un caso de lo que LARENZ ha llamado como "base del negocio subjetiva", pues, en este caso, sería necesario para entender el negocio ineficaz que la representación mental o la esperanza de edificar fuera común a ambas partes. En otro caso, la ineficacia sólo podría proceder por causa de dolo. Si el vendedor, conociendo la prohibición municipal de edificar, hubiera silenciado esta circunstancia, su conducta puramente omisiva sería constitutiva de dolo». En mi opinión, en este caso, el incumplimiento por parte del vendedor del deber de informar acerca de la situación urbanística del inmueble facilita la apreciación de un error en el consentimiento del comprador, al valorarse con menos rigor el requisito de la excusabilidad.

La STS de 28 de julio de 1996 (2) resuelve el siguiente supuesto de hecho: adquirido el terreno objeto de la compraventa con la finalidad de la edificación inmediata en el mismo de una nave industrial, resultó la imposibilidad de alcanzar el mencionado fin al no reunir el inmueble la condición urbanística de solar que le atribuía el vendedor. Este hace creer al comprador la posibilidad de destinar el terreno a fines industriales. El JPI dictó sentencia estimatoria de la demanda y declaró la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre los demandados y el actor. La AP desestimó el recurso de apelación interpuesto por los vendedores demandados. El TS aprecia la existencia de un error-vicio invalidante del consentimiento. En su opinión (Fundamento de Derecho 5.º): «para que el error en el consentimiento invalide el contrato es indispensable que sea esencial y excusable; es decir, que recaiga sobre la sustancia que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado lugar a su celebración; que derive de hechos desconocidos por el contratante; que no sea imputable a quien lo padece, y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio concertado. El carácter excusable es un requisito no mencionado expresamente en el Código sino que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe, con el objetivo de proteger a quien ha padecido error, el cual pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. La inducción a error por parte del vendedor determina el carácter excusable del error padecido; en concreto, los vendedores conocían los motivos o finalidad para la que se adquirían los terrenos, siendo indudable la trascendencia jurídica de esa motivación, determinante de la prestación del consentimiento que, aunque no puede confundirse con la

(1) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1979, págs. 133 y sigs.

(2) MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario a la STS de 28 de julio de 1996», en *CCJC*, núm. 43, 1997, págs. 199 y sigs.

causa del contrato, tiene la entidad suficiente, en caso de resultar frustrada, para viciar el consentimiento prestado. El citado vicio de consentimiento es causa de anulabilidad, no de inexistencia o nulidad de pleno derecho» (3).

Merece destacarse la STS de 30 abril de 1997 (RJ 1997, 3863) que hace referencia a la figura tomada del Derecho francés del error sobre la causa. Los antecedentes necesarios para el estudio de la sentencia son los siguientes: Don Agustín Z. B. y su esposa vendieron por escritura pública de 28 de diciembre de 1988 a «Construcciones Palacios, S. A.» un terreno con superficie de 381,40 m² y una casa compuesta de planta baja y piso alto con una superficie de 33,60 m². El precio estipulado fue el de 4 millones de pesetas. El pacto cuarto de la venta dice textualmente: «Con la transmisión y dentro del precio fijado para la venta, se entienden cedidos en favor de la sociedad adquirente, cuantos permisos, licencias y autorizaciones tengan concedidos los vendedores, así como el proyecto de edificación que se pretende realizar en el conjunto de las fincas transmitidas». Con fecha 24 de junio de 1991, «Construcciones Palacios, S. A.» demandó a los vendedores alegando que el proyecto de edificación adquirido era inejecutable sobre las fincas vendidas, lo que le ha ocasionado paralización temporal de las obras hasta llegar a acuerdos transaccionales con los propietarios que fueron afectados en sus derechos al realizar tales obras según el proyecto que se le cedió. En este sentido, solicitaba que se declarase doloso el incumplimiento de los compradores a tenor del contrato de compraventa, condenándolos por ello al pago de 8.089.096 pesetas, por los daños y perjuicios sufridos durante el tiempo que estuvieron suspendidas las obras (del 15 de diciembre de 1989 al 15 de enero de 1990). El JPI desestimó la demanda. La AP, en grado de apelación, revocó la sentencia y estimó parcialmente la demanda. Contra la sentencia de la Audiencia, los demandados interponen recurso de casación, entre otros motivos por aplicación indebida del artículo 1.101 del Código Civil en relación con el artículo 1.462 del Código Civil, ya que la sentencia recurrida da como probado el que compradora y vendedores, cuando otorgaron la escritura pública de compraventa, actuaban en la creencia de que la edifica-

(3) Contrastar en cuanto a la excusabilidad del error con la SAP de Girona de 20 de septiembre de 1996 (AC 1996, 1744): las partes habían celebrado un contrato de permuta de solar en pago de las obras realizadas al cedente, el objeto del contrato se trataba de un solar o superficie edificable para la construcción de un almacén. El comprador no obtuvo la correspondiente autorización administrativa para la construcción de dicho almacén, con lo que pretende la anulación del contrato por error. La AP (Fundamento de Derecho 2.º) desestima la existencia de error invalidante del consentimiento, ya que la posibilidad de edificar se trata de un móvil subjetivo que no forma parte del contenido sustancial del contrato. En todo caso no se trataría de un error excusable, puesto que la sociedad actora se dedica al negocio de la promoción inmobiliaria. Debería haber comprobado previamente la situación urbanística de tales fincas. En definitiva, se trata de un riesgo que debe asumir la sociedad cesionaria.

ción era posible y el proyecto realizable sin adición superficial alguna. Si con posterioridad surgen incidencias desconocidas por ambas partes al contratar, no pueden ser encuadradas en modalidad alguna de contravención, ya que no se puede contravenir lo que no se conocía, concretamente que para realizar el proyecto de edificación se necesitaba más extensión de terreno. Además de que un profesional de la construcción (como es el demandante) debería haber apreciado, con absoluta claridad, la deficiencia que denunciaba. La Audiencia acepta tal valoración, diciendo en el fundamento jurídico primero, párrafo final de su sentencia: «En consecuencia, las partes actuaban en la creencia de que la edificación era posible. Mas, la imposibilidad de la construcción rápidamente se evidenció y según el informe pericial tal circunstancia es fruto de un error de cálculo en la medición total del proyecto que es de 492,54 m² y no 415 m², que era la superficie vendida, lo que hubiera sido observado, según el dictamen, por un profesional de la construcción». No obstante, considera que estamos «ante un supuesto de incumplimiento de las obligaciones contractuales, que es evidente que ha causado daño no imputable a la parte compradora, quien cumplió con sus obligaciones abonando el precio. Este incumplimiento no es otro que el de la venta de un proyecto que no era realizable en el terreno que se vendía y que él había encargado a unos profesionales, de los que debe responder, y ello aunque el proyecto lo llevaran a cabo distintos profesionales, que se limitan a ejecutar lo ya proyectado, observando, entonces la falta de terreno, por cuanto que a su edificabilidad entiende la Sala que se comprometían con la venta del mismo, tal y como se infiere del tenor literal de las cláusulas del contrato, por lo que deberá indemnizar, en base a lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, al contravenir el tenor de sus obligaciones».

Frente a ello el TS entiende (Fundamento de Derecho 2.º) que «la contradicción en los razonamientos de la sentencia de la Audiencia es ostensible, pues si por un lado admite que ha existido un error común de las partes, ambas expertas en la construcción, no es lógico que a continuación impute un incumplimiento contractual a los vendedores, responsabilizándoles por ello de los daños y perjuicios que dice la compradora haber sufrido. No hay ninguna obligación contractual asumida por los primeros respecto a la segunda garantizándole la viabilidad del proyecto, sólo una mera cesión onerosa del mismo que, por sí misma, no puede llevar implícita ninguna garantía de ejecutabilidad. Lo que ha existido es simplemente un error común de ambas partes contratantes sobre la causa de la compraventa que, según consta en la escritura pública, fue la construcción de viviendas de protección oficial sobre las fincas que se adquirirían con un determinado proyecto, lo cual no era posible con el que los vendedores habían encargado a sus técnicos, circunstancia desconocida para ellos y la compradora. No hay duda de que el error en este elemento del contrato (la causa) pudiera dar lugar a las

acciones resolutorias, anulatorias o de desistimiento contractual oportunas, pero de ningún modo cabe atribuir las consecuencias a una sola de las partes (los vendedores), pues si ellos deberían haber sabido lo que vendían, no lo es menos que «Construcciones Palacios, S. A.» podía fácilmente haber detectado el error a través de sus técnicos, como mínimo antes de comenzar las obras, como sociedad dedicada a la construcción y abstenerse de obrar. Lo que no cabe es hacerlo y descargar cualquier responsabilidad en los vendedores. Carece de todo apoyo jurídico encauzar el tema litigioso, que es, repetimos, un error común sobre la causa, acudiendo a modo de comodín al artículo 1.101 del Código Civil, que no está pensado para estos casos de vicios». Con ello, el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

En este caso el TS aprecia la existencia de un error sobre la causa del contrato, figura importada del Derecho francés. Para que exista error sobre la causa, se debe partir de un concepto de causa como «causa concreta», es decir, como las motivaciones determinantes que han llevado a las partes a la celebración de un negocio jurídico (4).

El error sobre la causa se distingue del error en los motivos, en que éstos comprenden una intelección defectuosa de hechos ajenos al esquema negocial. Este error incide sobre la sensación de necesidad que impulsa a las partes a la celebración del contrato y por lo tanto, es irrelevante. Ahora bien, si dichas motivaciones, efectivamente, se han causalizado, hay quien defiende que se debe otorgar efectos anulatorios al error sobre las mismas. De este modo se aplicaría analógicamente el artículo 1.266 del Código Civil. En realidad, el error sobre la causa no se trataría de un vicio de ésta, aunque sus efectos le podrían alcanzar, incluso en ocasiones, de una manera esencial. En consecuencia, según cierto sector doctrinal, el vicio no afectaría a la causa en su valoración integral, sino solamente a su manifestación subjetiva incorporada al esquema negocial. De esta manera, la causa se ve afectada en cuanto elemento que cohesiona los demás esenciales del contrato (5).

No obstante, en esta sentencia el Tribunal no se pronuncia acerca de los efectos que debe tener el error sobre la causa del contrato. Dice que no es posible aplicar el artículo 1.101 del Código Civil porque ello significa atribuir las consecuencias sobre una sola de las partes (los vendedores). El Tribunal apunta que en este caso se deberían aplicar las acciones resolutorias o anulatorias oportunas. Pero en ambos casos, tanto si se resuelve como si

(4) ALONSO PÉREZ, M., «El error sobre la causa», en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. III, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 57.

(5) ALONSO PÉREZ, M., «El error sobre la causa», en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. III, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 70.

se anula el contrato, también se atribuye el riesgo al vendedor, que no va a poder ver satisfechas las expectativas esperadas mediante la celebración del contrato. Cuando es cierto, como apunta la AP que el demandante-comprador, profesional de la construcción, «debería haber apreciado, con absoluta claridad, la deficiencia que denunciaba» (6).

(6) En la jurisprudencia menor se estima la existencia de un error invalidante del consentimiento, entre otras, en las siguientes sentencias: en la SAP de Madrid de 9 de marzo de 1998 (AC 1998, 4842), las partes habían celebrado un contrato de compraventa de inmueble. La AP (vid. Fundamento de Derecho 4.º) declara nulo el contrato por vicio del consentimiento, ya que sobre la totalidad del inmueble en que está ubicado el piso comprado pendía un plan urbanístico que podía conllevar tarde o temprano su expropiación, lo cual era ignorado por los compradores. Ello sin perjuicio de que los vendedores conocieran o no la situación urbanística de la finca, pues de haberlo conocido «lo único que podría determinar es también la existencia de dolo civil o, en su caso e incluso, de responsabilidad criminal (...)». Sobre la falta del deber de información, en relación con el dolo, vid. en la doctrina DE COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el Derecho Civil*, Edersa, Madrid, 1955, págs. 311 y sigs.

En el caso de la AP de Jaén de 15 de marzo de 1999 (AC 1999, 4215), el actor compró del demandado un solar de superficie de 371 m² a razón de 7.000 pesetas por m². Ante esta circunstancia de que el terreno adquirido tiene la consideración de rústico, el comprador ejercita ante el JPI demanda, interesando la anulación del contrato por error esencial sobre el objeto y causa del mismo. La AP (Fundamento de Derecho 2.º) estima la existencia de un error esencial en el consentimiento del comprador, puesto que había adquirido la finca con la finalidad de construir, sin perjuicio de que el precio pagado por el terreno sea inferior en su mitad al normal de la zona para terrenos urbanizables, ya que en todo caso, dicho precio es superior al de mercado de bienes de naturaleza rústica.

Respecto de la SAP de Córdoba de 22 de noviembre de 1999 (AC 1999, 2096), las partes habían celebrado un contrato de compraventa que tenía por objeto unos locales, estando el comprador en la creencia de que lo era de una vivienda. La AP declara (Fundamento de Derecho 5.º) que el comprador ha sufrido un error esencial. De este modo (Fundamento de Derecho 6.º), «[e]n el supuesto enjuiciado, el error existió y fue decisivo para la prestación del consentimiento por parte de la compradora, sólo queda considerar si cayó en él por su falta de diligencia en la averiguación de la calificación y posibilidad de transformación del local en vivienda, imponiéndose al respecto la contestación negativa, si se tiene en cuenta que tanto el vendedor como el hoy recurrente ocultaron al comprador la verdadera situación urbanística del inmueble y las circunstancias que le afectaban».

En este caso es importante destacar que el requisito de la excusabilidad del error decae en aquellos casos en los que se puede apreciar una conducta dolosa de la contraparte del que sufre el error (como sucede en el caso enjuiciado en el que el vendedor había ocultado la situación urbanística del inmueble). De este modo, según MORALES MORENO («El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», en *ADC*, t. XXXV, fase. III, 1982, pág. 634), «pese a la negligencia del comprador, el vendedor responde si actuó dolosamente, porque en esa valoración comparativa de las conductas de las partes que impone la buena fe, la negligencia del comprador queda superada por el dolo del vendedor. También responde si afirma o promete, en cuanto que esa afirmación o promesa permita no considerar negligente el comportamiento del comprador que ignora la imposibilidad de la promesa, sino justificarlo en la confianza despertada».

En conclusión, de las sentencias analizadas se podría deducir que la jurisprudencia tiene en cuenta una serie de circunstancias para decretar la anulabilidad del contrato, lo que supone una cierta distribución entre las partes del riesgo de la falsa valoración de la realidad. En este sentido, se valora el carácter excusable del error, es decir, no podrá invocar el error aquella de las partes que hubiera podido evitarlo empleando una diligencia media. Por ejemplo, no podría invocarlo el comprador de un inmueble cuando se trata de una empresa dedicada a la promoción inmobiliaria y después de la celebración del contrato tiene conocimiento de que no se puede construir porque lo impiden las normas urbanísticas vigentes con anterioridad a aquel momento. Un comprador diligente en ese caso hubiese realizado las oportunas averiguaciones.

También hay que tener en cuenta si el vendedor conoce o no la verdadera situación urbanística del inmueble, porque si conoce y no informa, entonces ello determina que el error del comprador sea inexcusable. Es decir, en este caso la negligencia del comprador queda superada por el dolo del vendedor.

Además, es un dato a tener en cuenta por el juzgador el precio fijado en el contrato para el inmueble, si éste es superior o inferior al de bienes de naturaleza rústica. Si es superior transmite cierta información acerca del destino urbanístico del inmueble. No obstante, habría que ver cómo se ha fijado efectivamente el precio, porque si es superior al de inmuebles de naturaleza rústica, pero inferior al de inmuebles edificables, ello puede determinar una cierta asunción del riesgo por parte del comprador de que efectivamente sea posible la edificación.

2. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE CUMPLIR EL CONTRATO

A) *Introducción*

Normalmente, en los casos en los que se plantea un problema de imposibilidad de edificación por impedimento urbanístico y administrativo, de lo que se trata es de resolver sobre quién se debe hacer recaer las consecuencias derivadas de la imposibilidad de destinar el inmueble objeto del contrato a la edificación cuando no se puede apreciar la culpa o negligencia por parte del vendedor (ni del comprador) y siempre bajo esta premisa, pues en otro caso habría incumplimiento.

Convendría distinguir entre dos hipótesis diferentes: por un lado, la compraventa de una parcela con existencia física que se entrega, pero que existen problemas para su edificabilidad; por otro lado, la compraventa de un local a construir por el propio vendedor. En este último supuesto, la adecuación a la normativa urbanística, que permite su propia existencia,

corre por cuenta y riesgo del constructor-vendedor salvo existencia de condición, caso fortuito o fuerza mayor con prueba a cargo del que incurre en la no realización de la prestación.

Como se tendrá ocasión de comprobar, no siempre el *factum principis* debe considerarse como un supuesto de fuerza mayor liberatoria. Así, no lo será cuando la diligencia exigible, según el contrato, obligue a prever a superar el impedimento. Incluso a veces si el impedimento es previsible no existe liberación cuando el deudor sea un profesional, a pesar de que éste sea insuperable.

B) *Supuestos de pretendida imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio*

En la jurisprudencia muchas veces se estima la existencia de imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio cuando en realidad no estamos ante un supuesto de tales características.

Por ejemplo, es el caso de la STS de 13 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1480). Las partes habían celebrado un contrato de permuta de solar por obra futura, sin embargo, el constructor no pudo cumplir su obligación de entrega de las viviendas pactadas que se habían de construir en dos de los bloques proyectados, ya que la construcción no pudo ni siquiera comenzarse como consecuencia de disposiciones administrativas de carácter urbanístico que, afectantes a la zona, limitaban la edificabilidad. Ni las sentencias de instancia ni el TS declaran que el deudor deba responder por el retraso en el cumplimiento, ya que la falta parcial de cumplimiento en el momento previsto en el contrato para su total realización es debida a imposibilidad inimputable al deudor no cumplidor. La existencia de normas urbanísticas supone una imposibilidad legal de cumplimiento total en virtud del artículo 1.184 del Código Civil. No obstante, podría hacerse un juicio de diligencia en torno al deudor, puesto que a éste sí que le es exigible una actividad encaminada a preservar la posibilidad del cumplimiento que se sustancie en una resistencia a dicho acto, recurriéndolo en vía administrativa o judicial. En este caso, este juicio no se hace porque de todos modos, los obstáculos administrativos han desaparecido, ya que el plan urbanístico fue declarado nulo por los tribunales, con lo que finalmente no subsisten las normas administrativas que prohíben la construcción de los dos nuevos bloques (7).

Asimismo referida a un contrato de permuta de solar por obra futura es la STS de 24 febrero de 1993 (RJ 1993, 1249). En este caso, pese a que se

(7) Cfr., al respecto, JORDANO FRAGA, F., «Comentario a la STS de 13 de marzo de 1987», en *CCJC*, núm. 13, 1987, págs. 4423 y sigs.

prevé expresamente en el contrato el riesgo de un posible cambio de la situación urbanística de las fincas, se admite la resolución con el razonamiento de que la imposibilidad sobrevenida no es imputable a las partes. Realmente lo que sucede en este caso es que existe un incumplimiento imputable a ambas partes que da lugar a la resolución del contrato.

El supuesto litigioso que resuelve la sentencia es el siguiente: una entidad constructora y unos particulares celebran un contrato de cesión de solar por obra futura en cuya estipulación segunda *in fine* se contiene la siguiente cláusula: «Si por cualquier circunstancia se construyese, más o menos, el 10 por 100 a percibir tanto en pisos como en sótano-aparcamiento será proporcional a lo construido efectivamente, y no a la cifra de m², prevista antes expresada (2.702 m² en planta de pisos y 578 en sótano-aparcamiento)». Con posterioridad, debido a la modificación del plan de ordenación urbana, sólo es posible la construcción de cuatro plantas, incluida la baja (cuando en el momento de la celebración del contrato las alturas permitidas eran 10). Tanto el JPI como la AP estiman la pretensión de la constructora de que el volumen edificado a entregar no puede ser el mismo, pues no es igual pactar un porcentaje fijo sobre diez plantas que sobre cuatro.

En opinión del TS (Fundamento de Derecho 5.): siendo cierto que «si las recíprocas prestaciones contractuales se hubieran cumplido de inmediato, no se hubieran visto afectadas por la imposibilidad sobrevenida (...) la demora no es únicamente imputable a incumplimientos de la actora —ya se ha dicho que los retrasos producidos tuvieron su causa también en la situación jurídica de la finca, que sólo podía ser corregida por los demandados— y, por tanto, la resolución del contrato fue bien declarada, sin que haya lugar a indemnización de los eventuales perjuicios que pudo sufrir cada una de las partes. En resumen, lo acontecido es que la imposibilidad sobrevenida de la prestación, por la modificación de la normativa urbanística —en principio, no imputable a ninguna de las partes—, en la medida que pudiera atribuirse a la demora habida en la consumación del contrato de 3-8-1974, sería consecuencia de incumplimientos de ambas partes, y, en consecuencia, no es pertinente el abono de indemnización alguna, salvo lo antedicho sobre reposición a la situación originaria y abono de determinados gastos» (8).

(8) También referidas a contratos de permuta de solar por obra futura en las que se declara resuelto el contrato por imposibilidad sobrevenida, al no obtenerse la licencia pertinente para la construcción, son las SAP de Jaén de 27 de septiembre de 1996 (AC 1996, 1831) y SAP de Cantabria de 12 de julio de 1999 (Eider, 1999, 32164).

En el caso de la primera sentencia, en el contrato celebrado se fijaban una serie de condiciones y pactos entre los que se encontraba la resolución del contrato si el señor F., cesionario, no lograba adquirir el resto de los derechos hereditarios sobre la herencia, como era su intención, en el plazo de tres meses, prorrogables potestativamente por las cedentes si se acreditase que el retraso no era imputable al cesionario; fijándose también un plazo de 36 meses a partir del momento en que se adquirieran estos derechos, para

Por otro lado resultan, a mi juicio, criticables una serie de sentencias referidas a una situación fáctica similar que tiene su origen en la existencia de un Plan General de Ordenación Urbana en la ciudad de Burgos que impide la construcción de naves industriales con superficie inferior a 500 m². En estas sentencias, los Tribunales declaran la existencia de imposibilidad sobrevenida liberatoria [STS de 7 de febrero de 1994 (RJ 1994, 917), STS de 23 de febrero de 1994 (RJ 1995, 683), SAP de Burgos de 9 de septiembre de 1998 (AC 1998, 8800)].

En el caso de la STS de 7 de febrero de 1994 (RJ 1994, 917) «Transmet, S. A.» vende a don José María P. P. los módulos 11 y 13 de la nave industrial que dicha entidad iba a construir. En el indicado contrato se contenía una cláusula, la séptima, que establecía lo siguiente: «En caso de que no se pudieran llevar a cabo las escrituras por culpa de los vendedores, siempre y cuando sea justificado, éstos devolverán el dinero con los intereses correspondientes». El Ayuntamiento denegó la licencia de obras en los términos solicitados por contrariar el proyecto el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos, que impide la división de la nave en parcelas para su venta inferiores a 500 metros de superficie. En el caso enjuiciado, los dos módulos que se venden al señor P. no exceden, entre los dos, de 429 metros. Como consecuencia, «Transmet, S. A.» entra en negociaciones con el comprador, que no dieron resultado, razón por la cual el 16 de mayo de 1989 requiere fehacientemente, a través de Notario, al comprador, a los efectos de

el cumplimiento de la obligación de entrega del piso. El cesionario no cumple lo estipulado en el contrato, alegando imposibilidad sobrevenida al no haberse concedido la licencia municipal pedida. En opinión de la AP, el cesionario debe quedar liberado de su obligación en virtud del artículo 1.184 del Código Civil al no existir culpa o negligencia en éste. Además de que no cabe la indemnización de daños y perjuicios al no existir culpa o negligencia (art. 1.101 del Código Civil).

En el caso de la segunda sentencia también se incluía una cláusula en el contrato en cuya virtud, si en el plazo de cinco años y medio no se hubiese realizado la contraprestación, se hará entrega a los hermanos de la cantidad de 100 millones de pesetas en concepto de indemnización por los daños y perjuicios. Además se hará entrega a los mencionados hermanos de los metros construidos y aparcamientos en el estado en el que se encuentren en el momento en que se requiera a la indicada sociedad. El 2 de noviembre de 1993 se decreta la nulidad de las normas subsidiarias del planeamiento municipal de Arnauero que hubieran posibilitado la edificación prevista. En opinión de la AP (Fundamento de Derecho 4.), «la entrega de determinada parte del complejo inmobiliario ha devenido jurídicamente imposible (...). Es una sentencia del TSJ de Cantabria, la que anula las normas subsidiarias del planeamiento municipal, sin que tenga nada que ver la conducta de la demandada (ninguna falta de diligencia cabe advertir en ella). En consecuencia, las partes vienen obligadas a restituirse lo que hubiesen obtenido del contrato. La sociedad demandada debe restituir a los hermanos demandantes las fincas o la parte que de las mismas conserve, indemnizándoles por el valor de las porciones transmitidas a terceros protegidos. Una vez deshecho el entramado de derechos y deberes, deviene ineficaz la cláusula penal calificada como condición especial de contrato de permuta».

resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida, a la vez que consignaba la cantidad recibida a cuenta del precio y los intereses legales correspondientes, solución no aceptada por el comprador. Como consecuencia de ello, «Transmet, S. A.» vende a «Casple, S. A.» los mencionados módulos.

Con posterioridad, el Ayuntamiento de Burgos resolvió modificar el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos respecto del mínimo de 500 metros, dada la situación de fuerte demanda y presión social para la obtención de naves industriales de menor tamaño que el máximo permitido para parcelaciones de 500 metros.

En opinión del TS (Fundamento de Derecho 3.º), «nos hallamos en presencia del "cumplimiento imposible" de un contrato de compraventa por causas no imputables a ninguno de los en él intervinientes como vendedor y comprador, lo que origina la posibilidad de "Transmet, S. A." de interesar la resolución del mismo al no ser el causante de su incumplir por aplicación del artículo 1.184 del Código Civil, ya que cuando en el mismo se hable de "imposibilidad legal", la doctrina viene entendiendo que dentro de este último término pueden comprenderse no sólo las disposiciones estatales (Leyes, Decretos, Reglamentos, etc.), sino también las de otro origen y, por tanto, las Ordenanzas Municipales».

Siguiendo a REBOLLEDO VÁRELA, que comenta esta sentencia (9), hay que tener en cuenta que en el caso enjuiciado no nos encontramos ante un supuesto imprevisible, ya que no se produce un cambio de la normativa urbanística, sino que existe contravención de las normas que impiden la construcción y la entrega efectiva del objeto vendido, y dicha contravención debería tener efectos en el ámbito de la responsabilidad. Efectivamente, en este caso, un mínimo de diligencia por parte de la entidad promotora le hubiese permitido conocer que, de acuerdo con el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos, la construcción proyectada y el objeto vendido vulneraba dicha normativa urbanística, por lo que si la vendedora concertó la venta sin haber obtenido previamente la licencia a ella, únicamente es imputable y ha de correr con el consiguiente riesgo de no obtenerla.

Por todo ello, en este caso, la no posibilidad de la construcción y entrega por denegación no se puede calificar de caso fortuito o fuerza mayor, derivado de problemas administrativos de carácter urbanístico, sino de un verdadero incumplimiento contractual imputable a la vendedora, ya que ésta se comprometió a la realización de una prestación que no estaba en condiciones de ejecutar, al carecer de la oportuna licencia de obras. Ello permitiría al comprador ejercitar la acción resolutoria prevista en el artículo 1.124 del Código Civil.

(9) REBOLLEDO VÁRELA, A., «Comentario a la STS de 7 de febrero de 1994», en CCJC, núm. 35, 1994, pág. 505 y sigs.

Aunque es cierto que también el comprador incurre en negligencia, ya que al tener acceso a la información urbanística puede conocer igual que el vendedor la existencia de la irregularidad; no parece adecuado que deba asumir el riesgo junto con el vendedor. Normalmente el comprador será un particular que contrata con una inmobiliaria o constructor, por tanto, merecedor de protección frente al profesional que alega ignorancia de lo que en su oficio es de conocimiento imprescindible.

La cuestión litigiosa es semejante en el caso de la STS de 23 de febrero de 1994 (RJ 1995, 683). Asimismo el TS (Fundamento de Derecho 2.º) entiende que: «no es posible imputar a "Transmet, S. A." una actuación culposa excluyeme de su liberación obligacional, sino que la dificultad presentada por la denegación fue de tal entidad que resulta suficiente para determinar una imposibilidad determinante de la aplicación del artículo 1.184 del Código Civil. Ello a pesar de que las circunstancias concurrentes revelen la eventualidad de una futura posibilidad de que la vendedora diese cumplimiento a sus obligaciones contractuales. Esto no obsta a la certeza de la imposibilidad existente en el momento en que se instó la resolución, imposibilidad que, como se ha dicho, no es imputable a negligencia de aquélla, a quien no es procedente imponer un retraso indefinido en el cumplimiento de su prestación sin certeza alguna sobre que pudiera llevarse a efecto alguna vez, ya que, de lo contrario, quedaría roto el equilibrio contractual con evidente perjuicio para la vendedora. Además, un cierto grado de previsibilidad de que podían sobrevenir circunstancias que hicieran imposible la prestación, no debe excluir la operatividad de lo dispuesto en el artículo 1.184 del Código Civil, sino que lo esencial es que realmente se produzca la imposibilidad objetivamente sin culpa del deudor y que no haya incurrido éste en morosidad, como acontece en este caso, por lo que ha de perecer el motivo».

Una sentencia más criticable referida a la misma situación fáctica es la SAP de Burgos de 9 de septiembre de 1998 (AC 1998, 8800). Según la AP, el contrato celebrado debe reputarse un supuesto de contrato inexistente, por faltar uno de los elementos constitutivos o esenciales, cual es el objeto del contrato, al ser imposible la prestación de entrega de la nave industrial A3 [1], por ser su superficie de 303,51 m², inferior a la exigida por el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos, vigente a la fecha del contrato.

Esta sentencia no me parece acertada, ya que tratándose de hechos existentes en el momento de la celebración del contrato, éstos no son imprevisibles. Además, como sucede en este caso, si la imposibilidad es inicial y una de las partes tiene conocimiento de tal imposibilidad y no informa a la otra, o incluso si tiene posibilidad de conocer y no lo hace, está obligada a indemnizar en virtud de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*.

C) *La imposibilidad de edificar imputable a una de las partes del contrato*

Por otro lado, existen casos en los que la edificación no es posible por contravenir la normativa urbanística. Sin embargo, ello es imputable a una de las partes, con lo que ésta incurre en responsabilidad contractual.

En el caso de la STS de 23 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8038), una entidad dedicada a la construcción adquiere del Ayuntamiento de Barcelona un solar que ocupaba parte de un sobrante de vía pública, otorgándosele posteriormente licencia para la edificación. Dicha entidad adquirente efectúa la venta de los terrenos a «Promociones Berman, S. A.». La licencia de edificación fue suspendida definitivamente por el Ayuntamiento por no adecuarse las obras que se venían ejecutando al Plan General metropolitano aprobado con posterioridad a la adquisición. La mencionada empresa ejercita ante el JPI demanda de resolución de contrato junto a la solicitud de indemnización de los daños y perjuicios. El JPI estima parcialmente la demanda. Dicha sentencia se recurrió por ambas partes, recayendo sentencia parcialmente estimatoria del de la parte actora y desestimando el de la demandada. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado Ayuntamiento de Barcelona, contra la sentencia de la AT, que es revocada en parte, reduciendo la cuantía de su condena económica en la suma de 14.468.254 pesetas.

En opinión del TS (Fundamento de Derecho 2.º), «sin dudar que la actitud posterior del demandado es debida a la imposición de un mandato público que le fija el nuevo Plan General Metropolitano de 19-7-1976, y que por eso le condiciona todo su posterior comportamiento en orden a anular todas las actuaciones precedentes referidas a la cesión de la parcela y concesión primitiva de la licencia de construcción, y en las que, se repite, inexistente voluntad irregular merecedora de reproche legal alguno (...) se otorga a la causante de la actora, una licencia de construcción (...) respecto a un solar que ocupaba parte de un sobrante de vía pública, y, por tanto, permitiéndole la construcción sobre el mismo, el cual, incluso, después en 10-11-1975 se le adjudica por el precio de 680.000 pesetas, cantidad que se abona al Ayuntamiento en 3-2-1976, y, por ello, esta Corporación en 27-2-1976, autoriza a la entidad causante de la actora (...) la reanudación de las obras. (E)n consecuencia con lo anterior, por la entidad privada se inicia la ejecución de la obra cuya licencia le ampara al efecto, y, es más, acatando lo dispuesto en 27-2-1976 por el Ayuntamiento demandado, ejecución que, como se acredita, le supuso unos gastos concretos de 20.500.000 pesetas; de consiguiente, es evidente que carece de relieve alguno a los efectos del conflicto las alegaciones de los artículos del Código Civil, que se citan sobre extinción de las obligaciones por imposibilidad sobrevenida, o no culpa, o caso fortuito o fuerza mayor, o falta de mora en lo concerniente a la conducta

del Ayuntamiento que, se repite, valen sólo para justificar su proceder posterior de denegación definitiva de licencia y no otorgamiento de escritura de cesión por imposición del nuevo Plan, pero no sirven para exonerarle de su conducta previa».

En cuanto a la cuantía de la indemnización (Fundamento de Derecho 3.º), «al «resultar imposible» el cumplimiento de lo pactado (en lo concerniente al otorgamiento de la escritura pública de cesión y adjudicación del terreno por la observancia de lo ordenado en el nuevo Plan y con ello, evidentemente, impedir la continuación de la obra ya ejecutada, que viene a suponer la frustración del designio del contrato u obtención del fin económico perseguido por la demandante, que es uno de los efectos que deben subsumirse en la órbita del artículo 1.258 *in fine*) y sin precisar recurrir a los expedientes de desaparición de la base del negocio o alteración básica de las circunstancias de partida, habrá de atraerse como fundamento de aquel resarcimiento, la cuarta causa de ese artículo 1.101 o «contravención de cualquier modo de tenor de la obligación», en el bien entendido que si ello explica la atribución de la correspondiente responsabilidad económica a la indemnización por los gastos cuantificados por la obra ya adjudicada, no obstante, no es posible proyectar esa condena en las probables expectativas económicas que se habrían de producir si se hubiera culminado la obra —en concreto la partida referenciada por la sentencia recurrida de «pérdida de edificabilidad» por 14.468.254 pesetas—, ya que al referirse a un concepto de futuro menoscabo cuando la edificación estuviese realmente terminada, no cabe imputar la causa de ese menoscabo al Ayuntamiento demandado, ya que, se repite, entonces, su comportamiento se ajustó al acatamiento de cuanto le impuso otro ente público superior, por lo que, en ese sentido, habrá de admitirse, en lo atinente, el motivo declarado, la correspondiente reducción de la cuantía determinada en la recurrida, y sin que ello suponga que se disocie la entidad del daño —*damnum emergens*— de la del perjuicio —*lucrum cesans*— que conjuntamente procede por imperativo del artículo 1.106, sino que, por la singularidad de la conducta del deudor relatada, que no puede permitir esa futura continuación de la obra, en cuya fase acontecería el evento del agiotaje por la mayor o menor edificabilidad, tampoco es responsable de sus consecuencias —juego analógico del art. 1.107-1.º del Código Civil—, todo lo cual conduce a la estimación en parte del recurso, sin que proceda abono de los intereses establecidos en el artículo 921 *in fine* de la LEC, en razón a particular conducta ya valorada de la demanda en torno al cumplimiento de lo pactado».

Desde mi punto de vista, en este caso el Tribunal acaba distribuyendo el riesgo entre ambas partes contratantes, por un lado el comprador adquiere un solar que ocupaba parte de un sobrante de la vía pública (con lo que asume cierto riesgo, dada la ubicación del solar); por otro lado, el Ayunta-

miento vendedor no debe responder del todo del cambio de circunstancias, puesto que la denegación de la licencia definitiva de obras le viene dada por orden de una instancia superior. Al margen de que si en este caso se apreciase imposibilidad sobrevenida de la prestación del deudor, éste quedaría exonerado de responsabilidad. Ello no le parece adecuado al TS y por eso acude al artículo 1.101, causa 4.^a, haciendo referencia a la frustración del fin del contrato en relación con el artículo 1.258 del Código Civil. De este modo, el Ayuntamiento debe indemnizar, si bien el *quantum* de la indemnización se valora de acuerdo con el artículo 1.107-1.º del Código Civil, considerándose al Ayuntamiento deudor de buena fe.

En el caso de la STS de 19 de junio de 1996 (RJ 1996, 5102), existe un incumplimiento contractual por parte del cesionario. El retraso en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la constructora, que no solicita en plazo la licencia de obras, determina la imposibilidad de llevar a cabo la edificación, dado que el Ayuntamiento decide suspender la expedición de licencias.

Doña Amparo M. Z. y la entidad mercantil «Amijer» habían celebrado un contrato de permuta de solar por obra futura en el que se estipuló que para la ejecución de todo el edificio, la entidad cesionaria disponía de ocho años a partir de la aprobación del Plan, con la posibilidad de una prórroga de tres años más si en el plazo de seis años estaba construido el 50 por 100 del volumen edificable. Se establecía una cláusula resolutoria en el sentido de que, si en dichos plazos no se ejecutaba la totalidad de la construcción, la cedente devendría dueña de todo el suelo y la obra existente sobre los terrenos de las parcelas. El Plan Parcial fue aprobado y su publicación oficial tuvo lugar con fecha de 17 de noviembre de 1979. Con fecha 13 de febrero y 3 de agosto de 1981 se formalizan las escrituras de venta de dos parcelas a favor de la entidad «Amijer, S. A.». Hasta el año 1985, las obras realizadas no superaban el 50 por 100 del volumen total establecido para evitar la operatividad de la cláusula resolutoria prevista en el contrato. Con fecha 5 de diciembre de 1985 tiene lugar el requerimiento del artículo 1.504 del Código Civil, dándose por resuelto el contrato básico al alegarse incumplimiento por parte del demandado. El JPI dicta sentencia estimando parcialmente la demanda. La AP estima parcialmente el recurso de apelación. El TS revoca la sentencia de la AP confirmando la del JPI. En opinión del TS (Fundamento de Derecho 3.º): «el problema básico de esta litis, consistente en la resolución contractual postulada en la demanda y contradicha en la contestación-reconvención; problema que reducido a sus líneas fundamentales, se ha de concretar en la posible existencia de un incumplimiento contractual por parte del demandado, que frustre las expectativas del contrato, y la también posible concurrencia de otros incumplimientos por parte de la actora (...). El plazo para ejercitar la acción resolutoria (...) empezaba a

correr a partir del día 17 de noviembre de 1985, para el caso de que en esta fecha no estuviera construido el 50 por 100 del volumen total edificable. Esta circunstancia, evidentemente, se produjo (...). Restaba por analizar si ese claro incumplimiento fue debido a circunstancias extrañas, o también a la conducta obstruccionista e incumplidora de la parte demandante. Se han alegado de contrario dos tipos de razones: 1.^ª) El Ayuntamiento de Puig acordó revisar el Plan Urbanístico General y suspendió la expedición de licencias, hecho ocurrido en el mes de enero de 1985; causa que carece de relevancia en el caso presente, pues consta documentalmente que en esa fecha no estaba pendiente ninguna petición de licencia solicitada por «Amijer, S. A.», ni en los diez meses que restaban para la finalización del plazo era presumible que se pudiera realizar el volumen de obra que faltaba para llegar al 50 por 100 exigido; y 2.^ª) La entidad demandada requirió notarialmente a la señora M. con fechas 9 de marzo de 1984 y 13 de septiembre de 1985 para que ésta procediera a escriturar a su nombre la totalidad de las parcelas que aún figuraban sin transmitir, y que tales requerimientos no fueron debidamente atendidos. (...) [L]a no titulación de los terrenos no fue en todo caso determinante de la paralización de las obras, pues algunas de las edificaciones se construyen sin haberse efectuado la pretendida cesión (parcelas P y Q). Todo ello conduce a coincidir con el Juzgado cuando afirma y declara probado que se trata de un incumplimiento contractual achacable a la sociedad demandada, que frustra las expectativas normales de la contratación, y que procedan por tanto las consecuencias resolutorias previstas en el contrato».

El supuesto litigioso en la STS de 24 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9364) toma como punto de referencia el contrato celebrado con fecha 13 de octubre de 1989 de permuta de solar por obra futura. En virtud de dicho contrato, los adquirentes se comprometían, en contraprestación, a entregar determinada parcela, de entre las de un conjunto en que se integraba aquel terreno, debidamente urbanizada y construida con vivienda unifamiliar. El incumplimiento de dicho contrato por parte de los adquirentes obligaría a éstos al pago, en concepto de indemnización, de la cantidad de sesenta millones de pesetas expresamente pactada con ese exclusivo fin, independientemente de lo pactado como pena por cada mes de retraso en el cumplimiento.

El TS desestima el recurso de casación. Según el TS (Fundamento de Derecho 2.^º): «La fuerza mayor como causa justificativa del incumplimiento en los contratos ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido *a posteriori* de la convención, haciendo inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado. (...) Parece que el compromiso partía de la operación urbanizadora y constructora que se llevaría a cabo en terrenos del urbanizador y constructor o promotor. El necesario Plan Parcial

de Urbanización fue aprobado por el correspondiente ayuntamiento, pero aquel compromiso —que ha llevado ya consigo la efectiva cesión de unos terrenos de cultivo, libres de arrendamiento que sobre ellos gravitaba— se asume sin mayor comprobación de posibilidades, como se pone de manifiesto en el escrito de recurso, porque el Proyecto de Urbanización y consiguiente obtención de licencia para su realización se presentan e interesan sin contar con el agua necesaria y red de alcantarillado, lo que determina que la petición de licencia no encuentra la respuesta deseada de concesión, impidiendo toda realización. Tal acaecer no puede estimarse constitutivo de fuerza mayor impositiva del cumplimiento del contrato, como se invoca, porque la situación carencial era perfectamente previsible antes del contrato mediante una simple consulta o comprobación del tema y esa omisión —como conducta más benévolamente calificable dentro de las posibles— que no ha impedido, a quien la observa, contratar en los términos en que lo hace, le es imputable al mismo, no es ajena en la producción de la situación actual y debe tenerse como integrante en la realidad del incumplimiento y era suficiente para hacer desistir del contrato y de la transformación de aquellos terrenos rústicos —hoy inservibles para el cultivo—, procurando no llevar adelante lo que tenía que haberse previsto como frustrante absoluto del contrato, por irreversible en la situación con ese hacer creado. Lo posible de fácil comprobación y la evitación de las consecuencias no deseadas, dependientes de la misma voluntad, no pueden constituir el justificante del incumplimiento contractual por causa de fuerza mayor y el motivo de casación, así articulado, ha de ser desestimado».

En este caso estimo acertada la decisión del TS: por un lado, existe una asunción expresa del riesgo por parte del cesionario, al incluirse en el contrato el deber de indemnizar en la cantidad de 60 millones, sin que se incluya excepción alguna a ese deber de indemnizar (por ejemplo, podría haberse excluido para el caso de existencia de impedimentos urbanísticos, ya que ésta no es una circunstancia imprevisible, máxime siendo la cesionaria una entidad constructora). Por otro lado, los efectos que sobre el contrato tiene el cambio de circunstancias (no concesión de licencia) son imputables a la cesionaria, ya que los terrenos a edificar no contaban con el agua necesaria y red de alcantarillado. No se obtiene licencia porque el proyecto no reúne los requisitos necesarios.

En el caso de la STS de 19 de abril de 2000 (RJ 2000, 3185), doña Isabel S. V., don Fernando R. T. R., don Fernando S. V., doña Gloria L. F. y don Carlos S. V. promovieron demanda contra «Algesa, S. A.» sobre cumplimiento de contrato. Las partes habían celebrado un contrato de permuta de solar por obra futura. Los cedentes tenían derecho de elección conforme a los planos del local. Después de la elección se construyó una escalera que dividía e inhabilitaba el local. Los cedentes interpusieron demanda ante el

JPI, que fue estimada, condenando a la demandada a que indemnizase a la actora en una cantidad equivalente al valor actual del local comercial litigioso en las condiciones en que fue en su día elegido. La AP dicta sentencia confirmando la de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

En opinión del TS (Fundamento de Derecho 3.º) «por la parte actora se solicitó el cumplimiento del contrato, calificado de permuta por el Tribunal de instancia, y tal pretensión se apoyaba en el artículo 1.124 del Código Civil y ante la imposibilidad de cumplimiento, aplicó el párrafo segundo de dicho precepto, por constituir la escalera un elemento estructural no susceptible de destrucción. El citado precepto sustantivo permite escoger entre el cumplimiento del contrato o la resolución con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos, autorizando asimismo solicitar la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible. (...) En cualquier caso, la alternativa cumplimiento-resolución debe entenderse, no obstante la petición de cumplimiento, la otra en los supuestos de imposibilidad de aquél y por ello hay que concluir que la sentencia *a quo* no ha cambiado la naturaleza de lo pedido, porque si la doctrina de esta Sala ha negado la aplicación del precepto en los casos de conocimiento previo de las limitaciones de edificabilidad de lo vendido —sentencia de 18 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2557)— debe afirmarse por el contrario, como en este caso en que se han silenciado por la entidad demandada a la actora las imposiciones urbanísticas y normas del Ayuntamiento.

Debe también desestimarse la infracción de los artículos 1.096, 1.098 y 1.101 del Código Civil (Fundamento de Derecho 7.º): «Efectivamente, la recurrente incumplió el contrato, tanto en el objeto como en el tiempo, habiéndose producido la elección en 1991 en base a unos planos de local y si luego el Ayuntamiento obligó a modificar, tales extremos ni fueron informados, ni participado a los demandantes, que no tuvieron parte ninguna en ello y siquiera fueron notificados de la tramitación de las licencias».

Efectivamente en este caso nos encontramos ante un claro incumplimiento contractual que da lugar a la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios al no ser posible el cumplimiento específico del contrato.

La no obtención de los permisos urbanísticos oportunos se considera un incumplimiento contractual en la STS de 10 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3107). Las entidades mercantiles «Carboneras, Empresa Auxiliar de la Construcción, S. L.» y «Colina Mar, S. A.» habían celebrado un contrato de compraventa de vivienda en contrucción. El JPI dicta sentencia declarando resueltos los contratos privados celebrados. La AP confirma la sentencia de instancia. Se interpuso recurso de casación, entre otros motivos por infracción del artículo 1.124 del Código Civil. El TS declara no haber lugar al

recurso de casación interpuesto. En opinión del TS (Fundamento de Derecho 2.º): «El párrafo primero del artículo 1.124 del Código Civil regula lo que doctrinalmente se denomina como condición resolutoria tácita, que supone una facultad para la parte que ha cumplido frente a la incumplidora en todo contrato sinalagmático. Y esta facultad resolutoria es la que pretende destruir la parte recurrente, por mor de determinar que si no ha cumplido con lo que le correspondía, ha sido por causas ajenas a su voluntad, en concreto la no obtención de los permisos administrativos procedentes para poder realizar la edificación a la que se había comprometido. Sin embargo, en la sentencia de primera instancia cuyos fundamentos han sido aceptados y asumidos, en la sentencia ahora recurrida, establece un claro y definitivo incumplimiento que destruye la tesis casacional de la parte recurrente. Y es el momento de traer ahora a colación la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que establece que el problema del cumplimiento o incumplimiento del contrato es una *questio facti* y que la determinación de quien dejó de cumplir lo estipulado corresponde determinarla al juzgador de instancia. Pero es más, esta Sala tiene dicho para la presente cuestión que no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte y que haya un incumplimiento inequívoco. Pues una dogmática matizadora, social y jurídicamente lógica ha de impedir frustrar los legítimos derechos de los constantes cumplidores».

En la sentencia no se pueden apreciar los hechos que determinan que la conducta de la constructora sea determinante de incumplimiento. Lo cierto es que el TS estima ajustado imputar a aquélla la no obtención de los permisos administrativos pertinentes. En consecuencia, la resolución no es por imposibilidad sobrevenida, sino por incumplimiento contractual.

En el caso de la STS de 22 de diciembre de 2000 (La Ley, 2001, 1216), la Comunidad de Propietarios interpuso demanda ante el JPI contra la entidad «Construcciones Gimont, S. A.». La sociedad constructora demandada había incluido en su proyecto la construcción de una piscina, ofertada contractualmente con la venta de las viviendas. Resultó que la construcción de la piscina no era posible porque el terreno donde se iba a construir era de dominio público. La AP desestimó el recurso de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso (Fundamento de Derecho 2.º): «El segundo motivo que denuncia la infracción del artículo 1.184 del Código Civil tampoco puede prosperar, pues el hecho de que la parcela en que iba a ser construida la piscina fuera de dominio público y, por tal razón evidente no pudiera ser construida, no excusa del deber de indemnizar por cumplimiento imposible, ya que en ninguna culpa o dolo incurrieron los adquirentes y sí, en cambio, la recurrente que, al menos, debió cerciorarse de la posibilidad de lo que prometía, promesa que influyó, sin duda, en el aumento del precio de las viviendas que ofertaba y en su facilidad de venta».

No cabe duda de que, en este caso, existe un incumplimiento contractual por parte de la constructora, que debió asegurarse antes de ofertar en su proyecto la construcción de una piscina, de que ello era posible.

D) *Supuestos en los que las circunstancias que impiden la edificación se dan ya en el momento de la celebración del contrato*

En estos casos, cuando las circunstancias que impiden la edificación se dan ya en el momento de la celebración del contrato, no podemos hablar de imposibilidad sobrevenida de cumplir, ya que falta el requisito de la superveniencia y por ende, el de la imprevisibilidad, ya que lo que existe se puede conocer.

En el caso de la STS de 29 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4072), las partes habían celebrado un contrato de compraventa de determinadas fincas urbanas destinadas a la futura edificación. Con posterioridad a la celebración del contrato quedan fuera de urbanización determinadas parcelas objeto de contrato, pasando a ser zona forestal. En el contrato de compraventa la parte compradora manifiesta conocer la situación urbanística de las fincas vendidas y acepta el coeficiente de conservación y mantenimiento que se fijará en su día en el Reglamento General de la Urbanización. En opinión de la AP: «el vendedor del que traen causa los hoy demandados debió de proceder a la elaboración del Plan Parcial del sector y obtener la aprobación del mismo antes de proceder a la parcelación y venta tal como previene la Ley del Suelo, y prever, como no previo, pudiendo hacerlo que la actuación administrativa posterior calificara alguna de tales parcelas como no urbanas y, por tanto, no edificables, como así sucedió, lo que pone de manifiesto que aquél omitió la diligencia que le era exigible conforme al artículo 1.104 del Código Civil que presupone la culpabilidad en la responsabilidad contractual».

No obstante, según el TS (Fundamento Jurídico 2.º): «el tenor literal de la escritura de compraventa de 27 de mayo de 1982, no contiene mención alguna al posible cambio en la calificación urbanística de las parcelas vendidas, calificación que dicen los compradores conocer, ni para hacer tal cambio presupuesto de la compraventa ni para configurarlo como una condición suspensiva o resolutoria del contrato, "cláusula de tal importancia en la vida en un negocio jurídico que debe contenerse expresa y claramente en el texto de ésta o inferirse de manera concluyente si es implícita" (sentencia de 29 de julio de 1996 [RJ 1996, 6408]); en el caso, resulta indiscutido que al momento de otorgarse la referida escritura pública, el contrato de compraventa estaba, no sólo perfeccionado (art. 1.450 del Código Civil) sino que las partes habían ejecutado sus correspectivas obligaciones de entrega de la cosa vendida por

el vendedor y de pago del precio por los compradores y manifestando éstos que conocían la situación urbanística de la fincas vendidas (situación urbanística resultante del Plan de Actuación Urbanística aprobado provisionalmente por el Ayuntamiento en 18 de julio de 1980 y de forma definitiva en 13 de mayo de 1982 —varios días antes del otorgamiento de aquella escritura— y según el cual el suelo tenía la calificación de urbanizable programado), no puede imputarse al vendedor negligencia alguna en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sean las expresamente asumidas o aquéllas a que vendría sujeto por aplicación del artículo 1.258 del Código Civil, ya que no puede imponerse al vendedor de una finca el deber de prever que en un futuro, más o menos lejano, y una vez consumado el contrato, pueda cambiar su calificación urbanística por una decisión administrativa basada en criterios de oportunidad y discrecionalidad».

Además (Fundamento de Derecho 4.º), «la consecuencia jurídica de ese posterior cambio de la calificación jurídica de las parcelas no sería, en ningún caso, la de esa sustitución del objeto de la compraventa, como se pide en la demanda y se acuerda en la sentencia recurrida, sino que tales consecuencias serían las restitutorias e indemnizatorias propias de la resolución contractual, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, así la sentencia de 24 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1249), con cita de la de 19 de enero de 1990 (RJ 1990, 16), que a su vez, se remite a otras anteriores, dice que "se ajusta a la doctrina jurisprudencial expresiva de que se produce causa de resolución contractual cuando por impedimentos urbanísticos y administrativos, el fin único (con categoría de motivo causalizado) para el que los compradores adquirieron la finca y para el que el vendedor la enajenó, no puede ser cumplido", y la sentencia de 11 de octubre de 1995 (RJ 1997, 6360) señala que "el artículo 1.460 regula el supuesto de pérdida de la cosa producida al tiempo de perfeccionarse la compraventa ('si al tiempo de celebrarse la venta...', dice el precepto) y no el caso de pérdida de su objeto sobrevenida posteriormente, como sería el caso que nos ocupa, cuyo régimen, en la que ahora interesa, sería el establecido en el artículo 1.184 del Código Civil, ello sin perjuicio de apreciarse la evidente culpa imputable a la vendedora"; resolución contractual no planteada en este litigio».

Entiende el TS que en este caso es el comprador el que debe soportar el riesgo del cambio de la normativa urbanística, ya que tuvo la posibilidad de prever (manifiesta que conoce la situación urbanística del inmueble) y sin embargo, no incluye una cláusula en el contrato para prevenirse de tal riesgo. Hay que tener en cuenta que el otorgamiento de escritura pública tiene lugar el 27 de mayo de 1982, momento en el que ya se encontraba aprobado el Plan de Actuación Urbanística (aprobado definitivamente el 13 de mayo de 1982). Además, no se trata de un contrato pendiente de ejecución, sino que

las partes ya habían cumplido sus recíprocas prestaciones. Por lo tanto, una vez consumado el contrato es un riesgo que debe asumir el comprador no poder destinar el bien adquirido al fin previsto.

En la STS de 3 de octubre de 2000 (Act. C. 2001, 93), las partes litigantes habían celebrado un contrato de compraventa que tenía por objeto una parcela sobre la que el comprador tenía previsto edificar. El JPI desestimó la demanda de resolución del contrato de compraventa. La AP, con revocación de la sentencia de instancia, estima la resolución. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto.

Denuncian los recurrentes, como primer motivo casacional, la infracción del artículo 1.461 del Código Civil, en relación con los artículos 76 y 178 de la Ley del Suelo, al entender que, efectivamente, se cumplió la obligación de entrega de la cosa vendida [una parcela edificable de 1.054 m²] frente a la posición que mantiene el órgano *a quo*, conforme a la cual la parcela que se entregó a los compradores no era edificable (sobre este motivo resuelve el TS en el Fundamento de Derecho 1.º), «La discrepancia surge al estimar la sentencia recurrida que de tales 1.054 m², 534 tienen naturaleza rústica. Tampoco considera claras las razones por las cuales el Ayuntamiento de Almuñécar otorgó a los vendedores una licencia de obras para construir en dicha parcela una vivienda unifamiliar con arreglo a determinado proyecto técnico que aquéllos presentaron. Estas contradicciones en los hechos probados de la sentencia parten de la confusión entre parcela edificable y parcela totalmente edificable. No cabe admitir que sean sólo parcelas edificables las que cabe construir en toda su superficie, sin que sean también edificables, aunque en el volumen que permitan las ordenanzas, las parcelas que exigen una extensión mínima sobre la que se construye una determinada porción dentro de la misma. La referida confusión viene alentada, también, por el hecho de haber adquirido el mismo ya y en la misma escritura otra parcela rústica (no litigiosa) que como tal se vendió a los mismos compradores. La referencia a las razones o motivaciones que pudieron llevar al Ayuntamiento de Almuñécar, a explicar, en otra ocasión, que la parcela no era edificable, no empece el hecho cierto y demostrado que al tiempo de la venta el Ayuntamiento había otorgado la correspondiente licencia de obras para construir una vivienda unifamiliar en la citada parcela, vendida como edificable» (el motivo se estima).

En opinión del TS (Fundamento de Derecho 2.º): «resulta acreditado suficientemente que cuando se efectúa el primer contrato, es decir, el privado de compraventa, el comprador señor M., se informó previamente en el Ayuntamiento de Almuñécar sobre las ordenanzas aplicables a la urbanización donde compra las dos parcelas y resulta plausible que también se informara, lógicamente, sobre la licencia de obras que sobre esos terrenos se había concedido, ya que tenía conocimiento de su concesión, como se desprende del contrato privado en el que se menciona expresamente y que

la recibiría, además, sin hacer desembolso alguno, de modo que en aquella fecha efectivamente recibió una parcela que era edificable».

En este caso, el TS estima oportuno atribuir al comprador el riesgo de la menor edificabilidad de la parcela, puesto que se ha informado previamente a la celebración del contrato de la situación urbanística de la finca. En consecuencia, a mi juicio, en la medida en que es posible prever (parece ser que, efectivamente conoce, aunque no está claro en la sentencia), pudo haber incluido una cláusula en el contrato para prevenirse de tal riesgo.

En la STS de 30 de abril de 2002 (Act. C. 2002, 600), las partes celebraron, con fecha 29 de abril de 1992, un contrato de permuta de solar por obra futura por el cual los cedentes hacían entrega de un inmueble, a cambio los cesionarios debían, previo derribo de la casa existente, levantar un nuevo edificio y entregar a los cedentes tres pisos del mismo y dos plazas de garaje. La entrega debería realizarse en un plazo de treinta meses desde la toma de posesión por los cesionarios del inmueble cedido. A falta de tal entrega, los cesionarios estaban obligados a entregar a los cedentes la suma de 15.000 pesetas diarias hasta que tuviese lugar tal entrega. Realizada la entrega del citado inmueble y obtenida la correspondiente licencia municipal de obras, los demandados demolieron la casa existente en el solar cedido y comenzaron a levantar el nuevo edificio proyectado comenzando por la obra de excavación y cimentación, hasta que con fechas 26 de abril y 3 de mayo de 1993, tales obras fueron paralizadas como consecuencia de providencias dictadas en sendos procedimientos interdictales de obra nueva, siendo posteriormente dicha suspensión o paralización ratificada por las sentencias interdictales dictadas en la primera instancia que recurridas a su vez fueron confirmadas por las dictadas en segunda instancia, siendo la causa de tal suspensión acordada en los procedimientos interdictales la existencia en el subsuelo del inmueble objeto de la cesión de dos bodegas pertenecientes a los promotores de los interdictos con el consiguiente peligro que la prosecución de las obras conllevaba para su existencia. Ello provocó que, expirado el plazo de treinta meses desde la toma de posesión del inmueble cedido por los cesionarios, las obras no estaban concluidas con la consiguiente imposibilidad de entrega de la contraprestación pactada. Por lo tanto, los cedentes exigieron, por medio de requerimiento notarial de 9 de noviembre de 1994, el abono de una indemnización de 15.000 pesetas diarias hasta la entrega de la citada contraprestación, a lo cual se negaron los cesionarios, alegando la imposibilidad de proseguir las obras iniciadas por estar paralizadas judicialmente. El JPI dicta sentencia estimatoria de la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la AP confirma la sentencia de instancia. Los demandados interponen recurso de casación.

El TS en el Fundamento de Derecho 7.º de la sentencia se ocupa del problema de la posible infracción de los artículos 1.272 y 1.184 del Código

Civil. En opinión de los recurrentes, la edificación es imposible debido a la existencia de una carga consistente en dos bodegas ubicadas en el subsuelo de la finca de propiedad ajena; no es posible un proyecto incompatible con el compromiso adquirido; no se ha podido imponer dicha exigencia al arquitecto autor del proyecto y la paralización de las obras como consecuencia de la interposición del interdicto de obra nueva.

En opinión del TS, los motivos deben ser desestimados, porque no concurre la situación fáctico-jurídica de imposibilidad de la prestación que pueda servir de aplicación a los preceptos mencionados, cuyos supuestos normativos responden, el del artículo 1.272 del Código Civil a una imposibilidad existente en el momento de la perfección contractual (fase de formación del contrato) en tanto el del artículo 1.184 del Código Civil a una imposibilidad sobrevenida —con posterioridad a la perfección y antes de estar constituido el deudor en mora— (por todas, sentencia de 10 de abril de 1956); y cuyos efectos jurídicos son, en el primer caso, el de la nulidad contractual (art. 1.272 en relación con el 1.261.2, ambos del Código Civil), y en el segundo el de la liberación de la prestación.

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal son los siguientes: «La llamada "carga o gravamen" (que técnicamente no tiene carácter, como ya se dijo) consistente en la existencia de las bodegas, era conocida y asumida, y, por otro lado, no impide edificar. La posibilidad del proyecto urbanístico alternativo, o una modificación que permita construir en la finca, se afirma con meridiana claridad en la instancia. Y en ambas resoluciones judiciales se razona ampliamente acerca de por qué no cabe estimar que los procesos interdictales sean causa de imposibilidad, pues los efectos de la suspensión se pudieron evitar previniendo o garantizando los eventuales daños (que constituyen la razón de ser de los interdictos) a que pueda dar lugar la obra, aparte de no haberse intentado el procedimiento legalmente posible para su continuación. De ahí que quepa concluir, como hace la resolución recurrida, que los demandados podían haber cumplido el compromiso asumido de observar la diligencia exigible y adoptado el comportamiento que requerían las circunstancias del caso.

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 1.272 y 1.184 (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar ex art. 1.182, sentencias de 21 de febrero de 1991, 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 (*impossibilia 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 mayo de 1992, 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 de 1987) —que sólo 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 1994, 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, 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 urbanísticas 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 y, 8. Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad (art. 1.182 y sentencia de 23 de febrero de 1994).

De la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta resulta con meridiana claridad la inaplicabilidad de la normativa sobre la imposibilidad de la prestación recogida en los artículos 1.184 y 1.272 del Código Civil al caso de autos, y, por ende, el decaimiento de los motivos examinados».

Además, en este caso debe entenderse que existe una cierta asunción contractual del riesgo, al establecerse en el contrato una cláusula de liquidación anticipada del daño que el incumplimiento puede causar a la parte cedente.

Esta última sentencia citada me parece muy interesante porque se ocupa detenidamente de los requisitos necesarios para la aplicación de la imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio.

En cuanto a la relación de dicha institución con el problema del cambio sobrevenido de la situación urbanística de los inmuebles, tendríamos que decir que, efectivamente, se exige que se produzca un cambio y no una falsa apreciación de la realidad por las partes en el momento de la celebración del contrato. Además, que el deudor no incurra en culpa o negligencia, ello será así cuando el acontecimiento sobrevenido sea imprevisible e irresistible, asimismo cuando no resulte provocado por él o le sea imputable. Por lo tanto, existe culpa cuando se conoce la causa o se podía conocer o era previsible, aunque el grado de previsibilidad depende del contenido del contrato.

3. LA PÉRDIDA SOBREVENIDA DE LA CAUSA DEL CONTRATO

Existen sentencias que enfocan el problema del cambio de la situación urbanística del inmueble como un supuesto de pérdida sobrevenida de la causa del contrato entendida en sentido subjetivo.

Por ejemplo, una sentencia en la que la posibilidad de edificar se considera un motivo causalizado es la STS de 30 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6620). Las partes habían celebrado un contrato de compraventa en cuya virtud, una de ellas entregaba a la otra dos parcelas de terreno urbano, a cambio la otra debía satisfacer un precio de 4 millones de pesetas: 500.000 debían satisfacerse en el momento de la firma, 1.500.000 en el momento en que se obtengan las autorizaciones pertinentes para construir, 1.000.000 que se com-

putará con el valor de uno de los apartamentos que se construirán junto con un local depósito para utensilios marítimos y el restante millón en el plazo de dos años desde que se obtengan los correspondientes permisos.

Además, para el caso de que se denegase el permiso de obras, el comprador podría optar por la resolución del contrato en un plazo de 30 días con la consiguiente devolución por el vendedor de las cantidades recibidas.

Con posterioridad a la conclusión del contrato surgieron dificultades para la obtención del permiso, con lo que las partes celebraron nuevos contratos aclaratorios del primero, novándolo en cuanto al plazo para el ejercicio del derecho del comprador. El vendedor alega que el ejercicio de este derecho se ha realizado extemporáneamente por parte del comprador e interpone demanda ante el JPI, que es desestimada. El demandante en primera instancia interpone recurso de apelación ante la AT que lo estima. El demandado en primera instancia interpone recurso de casación. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto y vuelve a la solución dada por el JPI, el comprador debe devolver al vendedor el dinero recibido y a cambio, éste debe devolver la finca litigiosa en el estado en que la recibió además de indemnizarle los daños y perjuicios ocasionados.

En el Fundamento de Derecho 3.º entiende el TS que, aunque las partes otorguen al contrato celebrado el nombre de compraventa, en realidad no se trata de tal contrato, puesto que la finalidad de los contratantes no es el simple cambio de cosa por precio, sino más bien la construcción de unos apartamentos, hasta el punto que viene a configurarse como la verdadera causa del contrato. La definición de causa que hace el artículo 1.274 del Código Civil tiene un sentido objetivo, ajeno a la finalidad de los contratantes; no obstante, es compatible con la posibilidad de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición o de modo, viniendo a constituir parte de aquélla a manera de causa determinante e impulsiva, siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes.

En opinión del TS, en su Fundamento de Derecho 4.^u, en este caso las partes habían elevado la finalidad particular perseguida a causa del contrato, en consecuencia, la validez y licitud del pacto dependía de que, efectivamente, se pudiese llevar a cabo la construcción, y no siendo así, el contrato no produce efectos por tener causa ilícita no cabiendo más remedio que la resolución.

A juicio de CLAVERÍA (10) es bastante desafortunada la expresión del TS, según la que la causa del contrato celebrado es ilícita, lo habría sido si en

(10) CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H., «Comentario a la STS de 16 de mayo de 1984», en CCJC, núm. 5, 1984, págs. 3387 y sigs.

el momento de la celebración del contrato ya hubiera estado prohibida la edificación por el Tribunal Contencioso-Administrativo (una vez firmes los recursos administrativos interpuestos). En su opinión, se trata de una ineficacia debida a la frustración del presupuesto del negocio, o de su base o fundamento, pero más ligada al consentimiento. En este sentido, sería posible la resolución del contrato.

Sin embargo, según CLEMENTE MEORO (11), en este caso realmente se debe apreciar un supuesto de imposibilidad sobrevenida, en virtud de la que cabe la resolución.

En el caso de la STS de 11 de julio de 1984 (RJ 1984, 3939) es, al contrario, la no posibilidad de edificar lo que constituye el motivo causalizado de la compraventa. El supuesto litigioso de la sentencia es el siguiente: Don Juan O. G. había celebrado un contrato de compraventa de una finca con el Ayuntamiento de San Roque, con fecha de 25 de octubre de 1974. Con anterioridad, en 1970, el vendedor había proyectado construir un edificio sobre la finca matriz de la que se segregó la que es objeto de compraventa. Este proyecto no se pudo llevar a cabo al no conceder el Ayuntamiento (ahora comprador) las oportunas autorizaciones, alegando la defensa de los valores paisajísticos. En sesiones de 21 de octubre de 1971 y 10 de noviembre de 1972, se acordó comprar a don Juan O. el citado solar, accediendo don Juan O. a la venta. La representación de don Juan O. G. formuló ante el JPI demanda contra el Ayuntamiento de San Roque sobre nulidad de contratos y otros extremos. El JPI dictó sentencia por la que estimó la excepción formulada por el Ayuntamiento de San Roque de prescripción de la acción de nulidad de contrato ejercitada por la parte actora, y en su consecuencia, sin entrar en el conocimiento del fondo del asunto, desestimó la demanda formulada por el actor. Apelada la sentencia por la representación del actor, la Audiencia dictó sentencia desestimando la demanda. La representación del demandado apelante interpuso recurso de casación por infracción de Ley. El TS declaró haber lugar al recurso interpuesto.

A juicio del TS se debe afirmar «que la compraventa objeto de controversia tuvo como motivo determinante, y que es la esencia de su otorgamiento, la no posibilidad de construcción en la zona en donde el solar en cuestión radicaba, como consecuencia de valores paisajísticos, y en su virtud que la causa de la compraventa convenida en las condiciones pactadas, concretamente en el precio fijado, fue aquella circunstancia y a los expresados fines de no construcción en tal solar para mantener, y por ende no alterar, ese valor paisajístico, con la consecuencia de que el Ayuntamiento adquirente no los pudiese alterar y respetase dicha circunstancia de no posibilidad de edifi-

(11) CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 67.

car». Entiende el TS que se ha infringido el artículo 1.124 del Código Civil, ya que la no posibilidad de edificar se trata de un motivo causalizado incorporado por las partes a la común declaración inspiradora del negocio, «el Ayuntamiento de San Roque, que edificó en el indicado solar vendido, no respetando, en consecuencia, la prevista defensa de los valores paisajistas, crea una situación de incumplimiento por parte de aquella Corporación compradora que lleva a la solución resolutoria instada al amparo del artículo 1.124 del Código Civil, por el vendedor demandante don Juan O. G., ahora recurrente, por vulneración de la causa impulsiva y determinante, condición motriz de la base que se asentaba con trascendencia causal de supeditación de la existencia del contrato a una finalidad especial, ofreciendo así al convenio de una causa adicional impulsiva y determinante de la relación jurídica establecida, al lado de la causa típica de compraventa».

Esta sentencia es una manifestación de la doctrina jurisprudencial, según la que se debe reconocer beligerancia a las circunstancias externas al acto contractual, siempre que hayan sido conocidas por ambas partes y puedan considerarse incorporadas a la común intención inspiradora del contrato (12). En el caso enjuiciado, el recurrente vende la finca porque no va a poder edificar en ella, al haber declarado el Ayuntamiento de interés paisajístico ese solar. En consecuencia, de acuerdo con la sentencia analizada, no estamos ante un simple motivo, sino ante la verdadera causa del contrato.

En opinión de RUBIO TORRANO, en nuestro Derecho esta cuestión es confusa debido a la falta en nuestro Código Civil de una regulación legal sobre la causa del contrato o los motivos determinantes del mismo. En el Derecho Romano se daba la *condictio causa data causa non secuta* cuando la causa que el contratante había tenido a la vista para obligarse no se seguía. En nuestro Derecho, este supuesto va más ligado a la resolución de la relación contractual que a la cuestión de la causa de la obligación. Parte de la doctrina señala como un supuesto de falta sobrevenida de causa únicamente el de imposibilidad sobrevenida de alcanzar el fin del contrato, lo que se denomina con terminología ya clásica como frustración del fin del contrato (13).

En el supuesto enjuiciado no existe una verdadera obligación modal, así como tampoco una verdadera obligación accesoria de la prestación principal. En consecuencia, ¿dónde hay que buscar el fundamento de la resolución del contrato? Según el TS, hay que buscarlo en el incumplimiento de una obligación, si bien esta expresión le viene dada en el suplico de la demanda en el que se habla de resolución contractual por incumplimiento de la

(12) RUBIO TORRANO, E., «Comentario a la sentencia de 11 de julio de 1984», en *CCJC*, núm. 6, 1984, pág. 1949.

(13) RUBIO TORRANO, E., «Comentario a la sentencia de 11 de julio de 1984», en *CCJC*, núm. 6, 1984, pág. 1951.

obligación que le incumbía al Ayuntamiento de San Roque. No obstante, sería discutible la existencia de un incumplimiento contractual en este caso. Más bien, en la línea de la sentencia anteriormente analizada de 30 de junio de 1948, esa resolución la fundamenta el TS en el fallo sobrevenido de los mecanismos causales del negocio, aunque también podía haber buscado apoyo en el principio de buena fe contractual del artículo 1.258 del Código Civil.

Según CLEMENTE MEORO (14), la decisión del TS no es demasiado acertada. A su juicio, la solución correcta hubiera sido decretar la anulación del contrato por vicio del consentimiento, por error e incluso por dolo, o por falsedad de la causa. Sin embargo, la resolución de la relación obligatoria no cabe en este supuesto porque las prestaciones de ambas partes ya han sido ejecutadas, además de que sin incumplimiento no es posible la resolución (de ahí que el Tribunal hable del incumplimiento de una obligación negativa y modal).

La STS de 19 de enero de 1990 (RJ 1990, 16) admite la resolución del contrato al no haberse podido realizar el fin contractual, que en este caso sería la edificación sobre el inmueble adquirido. Es destacable que el TS, a la hora de determinar ese fin contractual único, no se fija solamente en datos de tipo subjetivo, o declaraciones de las partes, sino también de tipo objetivo, como «la enorme diferencia entre el precio de adquisición de la finca, como rústica, por el actor, y el de su venta por éste a los esposos demandados».

Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: Don Gerardo M. de D. formuló ante el JPI demanda contra don Antonio M. N. y su esposa doña Araceli L. G. en solicitud de que se condenara a los interpelados a satisfacerle diez millones de pesetas como parte impagada del precio estipulado en el contrato de compraventa y para el caso de incumplimiento que se declarara resuelto el contrato con indemnización por daños y perjuicios. Ambas partes habían celebrado un contrato de compraventa de una finca que los compradores adquirieron para edificar sobre ella. El vendedor era consciente de esa voluntad, puesto que les facilitó cédula de calificación urbanística que tenía el terreno en 1980 y cooperó con ellos a la obtención de las licencias necesarias para construir.

Los demandados se opusieron y formularon reconvenición interesando se declarara el contrato nulo, o subsidiariamente resuelto y, en último término, que al haberse alterado esencialmente la base económica del negocio, el precio de la compraventa debía ser el de 2.707.487 pesetas, condenando en todo caso al actor reconvenido a indemnizarles por daños y perjuicios.

El JPI dictó sentencia que declaró resuelto el contrato y condenó al vendedor a la devolución de una parte de la cantidad ya percibida a cuenta

(14) CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 64.

del precio. Interpuestos sendos recursos de apelación por ambas partes, la AT revocó parcialmente la sentencia impugnada, declaró resuelto el contrato con devolución de la finca y la parte del precio percibida y entregada, y condenó al actor reconvenido a indemnizar a los demandados reconvinentes en 596.515 pesetas, más intereses legales desde la contestación a la demanda. El demandante interpuso recurso de casación. El TS declara no haber lugar al recurso.

A juicio del TS (Fundamento de Derecho 3.): «la Sala de apelación, como antes había hecho el órgano de primer grado, ponderando y atendiendo a los actos de los contratantes, anteriores, coetáneos y posteriores al contrato, conforme le autoriza el artículo 1.282 del Código Civil, ha llegado a la conclusión de que la finca objeto de litis fue adquirida por los compradores y enajenada por el vendedor bajo el supuesto inexcusable, con categoría de motivo causalizado, de que la misma iba a poder ser destinada para edificar sobre su terreno (como así lo evidencian la profesión de constructor del esposo adquirente; la enorme diferencia entre el precio de adquisición de la finca, como rústica, por el actor, aquí recurrente, y el de su venta por éste a los esposos demandados, aquí recurridos; el valor actual, muy inferior al pactado en el contrato litigioso, si sólo se atiende a la naturaleza rústica de la finca vendida; la afirmación hecha por el demandante-vendedor de que la calificación urbanística de dicha finca permitía edificar sobre su terreno; la colaboración posterior al contrato que el vendedor, aquí recurrente, ofreció y prestó a los compradores para tratar de obtener las necesarias licencias administrativas, que no pudieron ser conseguidas), cuyo criterio exegético de la Sala de apelación ha de ser mantenido en esta vía casacional, por no adolecer el mismo de ninguno de los ya señalados defectos que lo harían rechazable, siendo, por otra parte, plenamente ajustada a Derecho la resolución contractual acordada, así como las ya dichas consecuencias restitutorias e indemnizatorias, al no haber podido alcanzarse, por impedimentos urbanísticos y administrativos, el fin único (con categoría de motivo causalizado) para el que los compradores adquirieron la finca y para el que el vendedor la enajenó».

En la STS de 28 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3806), el TS admite la resolución del contrato al no ser posible la realización del fin único o motivo causalizado (la edificación sobre el inmueble) para el que fue adquirida la finca. Sin embargo, en este caso existe un verdadero incumplimiento por parte del vendedor, ya que éste se comprometió expresamente a obtener la certificación que haría posible la edificación, otorgando al comprador la facultad de resolver en otro caso.

Los antecedentes de hecho necesarios para el estudio de la sentencia son los siguientes: Mediante documento privado de fecha 21 de agosto de 1981, la entidad mercantil «Inmobiliaria Formentor, S. A.» vendió a don Fouad

Mikhael M. y don Joseph E. M. una parcela de terreno de 8.810 m² de superficie, procedente del predio Formentor, por el precio total 37.500.000 pesetas, el 15 por 100 de cuyo precio lo pagaron los compradores a la vendedora en el acto de la firma de dicho contrato. En la cláusula 1.^a b) del mismo, se estipuló lo siguiente: «b) El resto del precio, es decir, la cantidad de 31.875.000 pesetas se abonarán dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de recepción por los compradores de la certificación del Ayuntamiento de Pollensa, acreditativa de la aprobación inicial del Plan General de Ordenación, según el cual se permita la construcción de viviendas unifamiliares con servicios en parcelas de un mínimo de 4.000 m² en la zona de Formentor. Los promotores se comprometen a presentar dicha certificación antes del día 15 de enero de 1982. En caso de incumplimiento de la condición mencionada, los compradores podrán optar entre rescindir el presente contrato, recuperando la cantidad recibida por los vendedores a cuenta del precio, o bien podrán prorrogar el contrato a su elección durante un mes a partir del transcurso de dicha fecha». Ante la certificación del Ayuntamiento de Pollensa de que la parcela objeto del contrato de compraventa está en un área forestal de paisaje protegido, «Marketing and Construction Company (International) Limited», «Arwa Limited», don Joseph M. y don Fouad M. M. formularon demanda contra «Inmobiliaria Formentor, S. A.». El JPI dictó sentencia desestimando la demanda. En grado de apelación, la AP dictó sentencia confirmando la del Juzgado. El TS estima el recurso de casación.

El TS se refiere al fin del contrato en el Fundamento Jurídico 5.^a de la sentencia: «que habiendo ellos adquirido la parcela litigiosa con la única finalidad de construir en ella dos viviendas unifamiliares y habiéndose la entidad vendedora obligado a obtener del Ayuntamiento de Pollensa la autorización correspondiente para dicha construcción, a cuya obtención se dejó supeditada la efectividad del contrato de compraventa, al no haber obtenido la referida autorización, la entidad vendedora ha incurrido en un incumplimiento del contrato, que ha determinado que quede frustrado el fin con el que los compradores lo celebraron».

Uno de los típicos y característicos supuestos que, según reiterada y notoria doctrina de esta Sala, integran la facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas o bilaterales es aquél en que el incumplimiento por uno de los contratantes de la obligación que le incumbe frustra el fin del contrato para la otra parte (que ha cumplido la que a ella le corresponde), lo que ocurre en el presente caso litigioso, en el que los compradores señores M. y M. compraron la litigiosa parcela de 8.810 metros cuadrados con la única y exclusiva finalidad (motivo causalizado) de construir en ella dos viviendas unifamiliares (una por cada 4.000 metros cuadrados de extensión superficial), para lo que la entidad vendedora se obligó expresamente, en el apartado b) de la cláusula primera del contrato (que ha sido transcrita lite-

raímente en el apartado 1." del Fundamento Jurídico primero de esta Resolución) a obtener del Ayuntamiento de Pollensa la autorización correspondiente, haciendo depender de ello la efectividad del contrato, cuya autorización no ha sido obtenida, con lo que la vendedora ha incurrido en un patente incumplimiento de dicha obligación que, en cuanto frustrante del fin único para el que los compradores habían adquirido la parcela litigiosa, ha de determinar la resolución del contrato que, además, fue pactada expresamente para dicho evento, que aquí se ha producido, lo que ha de comportar la estimación del presente motivo (15).

En mi opinión, esta última sentencia trata más bien de un supuesto de responsabilidad contractual por incumplimiento que de pérdida sobrevenida de la causa del contrato.

Desde mi punto de vista, si las partes no incluyen en el contrato una condición o incorporan de algún modo al contrato el propósito perseguido, la causa, tal y como está regulada en el Código Civil, como requisito para la celebración de un contrato válido (arts. 1.274 y sigs.) no sirve para resolver los problemas derivados del cambio sobrevenido de las circunstancias del contrato. La llamada por la jurisprudencia, pérdida sobrevenida de la causa, es una incidencia que afecta al cumplimiento y que está relacionada con la resolución contractual más que con la nulidad. Por lo tanto, el fundamento jurídico de la pérdida sobrevenida de la causa del contrato, entendida en sentido subjetivo, no habría de buscarse en el artículo 1.274 del Código Civil, sino en el artículo 1.124.

4. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS» A LOS SUPUESTOS DE ALTERACIÓN DE LA NORMATIVA URBANÍSTICA

Algunas sentencias enfocan el problema objeto de estudio como un tema de pérdida de la base del negocio o de cláusula *rebus sic stantibus*. Como se verá, en la mayoría de las sentencias se reconoce la vigencia de la cláusula en nuestro Derecho, pero se acaba descartando su aplicación al caso concreto al no darse alguno de los rigurosos requisitos exigidos por la jurisprudencia.

Los antecedentes de hecho necesarios para el estudio de la STS de 21 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7595) son los siguientes: Mediante escritura pública de 12 de abril de 1976, «General Eléctrica Española, S. A.» firmó

(15) En la jurisprudencia menor, cfr. la SAP de Las Palmas de 23 de junio de 1999 (Eider, 1999, 23836), el Ayuntamiento de Pajara y «Urbanizadora C, S. A.» habían celebrado un contrato de compraventa de determinadas fincas sobre las que la compradora tenía la intención de edificar. Con la aprobación de la Ley de Declaración de Espacios Naturales de Canarias, dicha finalidad deviene imposible. La AP accede a la resolución del contrato por desaparición de su causa (Fundamento de Derecho 2.").

un contrato con «Société Générale de Banque en Espagne», según el cual la primera vendía a la segunda la finca urbana conocida con el nombre de «Palacio de Gamazo». En el contrato se expresaba que la mencionada finca se adquiriría con el fin de proceder a su demolición y construir un edificio destinado a oficinas, la superficie resultante había de ser de 5.259,40 m². En el contrato se incluyen las siguientes condiciones resolutorias: en primer lugar, la de resolución del contrato en el caso de que no se obtuviese la licencia municipal de demolición de la finca; y la otra, que antes del 30 de diciembre habría de obtener la vendedora licencia definitiva de obra del nuevo edificio, en la que se autorizase como mínimo la superficie reseñada. Iniciadas las obras de demolición por la compradora, la Administración estatal incoó expediente para la declaración de monumento histórico-artístico del palacio de Gamazo, lo que impidió a la actora obtener antes del 30 de diciembre de 1976, la licencia municipal de obras para el edificio proyectado. En consecuencia, la parte compradora notificó la resolución del contrato de compraventa. No obstante, con fecha de 3 de julio de 1980, con un cambio total de postura, la compradora notifica a la vendedora su decisión de cumplir el contrato con devolución de parte del precio ya pagado en base a los metros edificables previstos en el contrato y los realmente construidos (finalmente es posible adaptar el palacio al fin previsto en el contrato: la construcción de oficinas). El JPI estima parcialmente la demanda, mientras que la AP revoca la sentencia del JPI y absuelve a «General Eléctrica Española, S. A.» de todas las peticiones contra ella deducidas. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. En opinión del TS (Fundamento de Derecho 2.º): «Estando el contrato consumado, mediante la entrega de la cosa y pago del precio, no puede intentarse, al amparo de la teoría de la presuposición o de la desaparición de la base del negocio, una modificación del mismo, pues la previsión de una eventual disminución del precio se había establecido para supuesto distinto del contemplado y el mero cambio de circunstancias no basta para dejar sin efecto las estipulaciones convenidas cuando el contratante pudo precaverse de tal cambio y no lo hizo; 3.º) La actora debía haber sido consecuente con sus propios actos, solicitando la resolución contractual, conforme a lo pactado, al no haber admitido la licencia para la construcción del nuevo edificio, pero no negociar una solución urbanística con la Administración sin el conocimiento ni el consentimiento de la vendedora». En esta sentencia, el TS no niega la posibilidad dogmática de la figura, pero sí su aplicabilidad práctica al supuesto contemplado, «denunciando un giro radical en la postura del recurrente, que pudo resolver el contrato al poco tiempo (unos meses) de su celebración, manifestándolo así en reiteradas ocasiones, para después actuar por su cuenta y riesgo, pactando como propietario y prescindiendo del vendedor hasta llegar a un acuerdo con la Administración Central, momento

en el que opta por el cumplimiento del contrato, pero sobre unas bases fácticas no contempladas en el mismo; y construye; y guarda silencio; y no demanda hasta finales del año 1982, es decir, falta a la buena fe exigida por el artículo 1.258, que no es la subjetiva (creencia o situación psicológica), sino la objetiva, como comportamiento honrado y justo»).

Por otro lado, la situación litigiosa que resuelve la STS de 31 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10664) tiene su origen en el contrato de opción de compra celebrado entre «Hoteles Mallorquines Asociados, S. A.», y don Nicolás R.-M. L. La entidad «Hoteles Mallorquines Asociados, S. A.» interpone demanda ante el JPI, solicitando la resolución del contrato por incumplimiento de la parte demandada. El JPI estima la demanda al no estar el demandado en condiciones de poner a disposición de la optante los terrenos situados en Alcudia, Urbanización Lago Menor, en las condiciones urbanísticas descritas y detalladas en el contrato. En consecuencia, el demandado debía restituir a la entidad actora, la cantidad de 50.000.000 pesetas que había recibido como precio de una opción. Dicha sentencia es recurrida ante la AP, que dicta sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la entidad «Hoteles Mallorquines Asociados, S. A.». El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Hoteles Mallorquines.

En opinión del TS (Fundamento de Derecho 4.º), «no existe la posibilidad de hacer aplicación de la denominada cláusula *rebus sic stantibus* al requerir, según exigencia de la doctrina de la Sala, manifestada, entre otras, en las sentencias de 16-6-1983 (RJ 1983, 3632) y 13-3-1987 (RJ 1987, 1480), la concurrencia de "hechos extraordinarios, imprevisibles e imprevistos por las partes" y capaces de provocar el desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato, requisitos que, ciertamente, no se desprenden de los presupuestos probatorios de que se hizo mención, y que mal se compaginarían, desde luego, con el contenido y alcance del acuerdo 4.º del contrato de opción (que hacía constar expresamente la posibilidad de una disminución de la edificabilidad general)».

Otra sentencia en la que se invoca la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en un supuesto de cambio de la situación urbanística es la STS de 24 de junio de 1993 (RJ 1993, 5382), cuyos antecedentes de hecho son los siguientes: «Somosaguas Sur, S. A.» formuló demanda sobre resolución de contrato privado contra «Urbanizadora Somosaguas, S. A.». Por su parte, esta última sociedad formuló demanda contra «Somosaguas Sur, S. A.» solicitando la nulidad del contrato. Esta demanda fue acumulada a la expuesta en primer lugar. «Somosaguas Sur, S. A.» formuló reconvención. El JPI dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por «Somosaguas Sur, S. A.» por estimar la excepción perentoria de incumplimiento contractual y estimando parcialmente la interpuesta por «Urbanizadora Somosaguas, S. A.», declaró resuelto el contrato privado denominado de compromiso de compra-

venta existente entre las partes, con restitución a «Somosaguas Sur, S. A.» de la suma de 450.000.000 de pesetas. Apelada la anterior resolución por «Somosaguas Sur, S. A.», la AP estimó parcialmente el recurso. Según la sentencia de la AP con la resolución, además de la suma de 450.000.000 de pesetas, se abonarán también los intereses pactados en el contrato resuelto. «Somosaguas Sur, S. A.» interpuso recurso de casación. El TS declara no haber lugar al recurso.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación tuvieron por resuelto el contrato, señalando que se trataba de un problema de interpretación, relacionado con los institutos de la condición y el plazo. La última sentencia dejó sentado que: *a)* todos los intervinientes en el acto fundacional de «Somosaguas Sur, S. A.» estaban perfectamente enterados de las actividades previas al contrato, como de la adquisición al contado y en firme de una finca, quedando las otras —núcleo del litigio— sometidas a una condición suspensiva (aprobación definitiva del proyecto de compensación) y por ello se hizo constar ese conocimiento y el interés en la adquisición.

Según el TS (Fundamento de Derecho 5.º): «la recurrente pretende que se considere infringido por no aplicación el artículo 1.258 del Código Civil, en el sentido de que, producida una nueva situación urbanística y pendiente pronunciamiento judicial sobre su pretensión de que se declarase cuál era el precio que había de satisfacerse, las circunstancias ajenas al contrato permitiesen aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, por lo que ejercitó el derecho de opción adecuándolo a la circunstancia sobrevenida de estar *sub iudice* el importe del precio, favoreciéndose, de no estimarse así, la mala fe de la parte vendedora. (...) la cláusula dicha siempre se ha considerado como peligrosa, que ha de observarse con cautela, requiriéndose de modo inexcusable para ser tenida en cuenta: *a)* una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; *b)* una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; *c)* que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles; y *d)* que se carezca de otro medio para salvar y remediar el perjuicio [sentencias, entre otras, de 6-10-1987 (RJ 1987, 6720), 16-10-1989 (RJ 1989, 6927), 26 de octubre y 10 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 8049 y RJ 1990, 9927), 23 de abril y 8 de julio de 1991 (RJ 1991, 3023 y RJ 1991, 5376)]. Cuanto se lleva expuesto lleva a la desestimación del motivo de modo obligatorio, no sólo por no haberse destruido la base fáctica de la sentencia recurrida, con lo que la misma permanece incólume e inconcusa, sino también por no darse los presupuestos necesarios para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En efecto: a lo largo de toda la sentencia recurrida, por figurar en el contrato y por el examen de la prueba

practicada, se sienta que «Somosaguas Sur, S. A.», tenía un perfecto y detallado conocimiento de la situación urbanística de las fincas objeto del contrato, asumiendo cierta alea o albur, cuyos efectos se tratan de paliar con la condición suspensiva, la devolución en caso de no consumarse la compraventa de la cantidad entregada, con un 11,75 por 100 de interés anual durante el primer año y el Mibor más 0,50 puntos durante el resto del período hasta su devolución (lo que constituye el fallo de la sentencia recurrida), a más de la posibilidad de ejercitar el derecho de opción hasta el 1-2-1988, abonando el día de su ejercicio 1.960 millones de pesetas (resto del precio), con facultades resolutorias explícitas hasta el 31-12-1989, para cuyo supuesto también se especifican las consecuencias, todo lo cual revela que no puede hablarse de verdadero derrumbamiento del contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, ni de sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, ni de que se carezca de medios para salvar el perjuicio, pues lo que se pretende realmente es un nuevo contrato al solicitar que se fije nuevo precio y que valga la opción ejercitada de modo diferente a lo convenido, con alteración del principio *pacta sunt servanda* y de la seguridad jurídica, dejando el cumplimiento del celebrado al arbitrio de uno de los contratantes, razones todas que obligan a contemplar la cláusula *rebus sic stantibus* con gran cautela».

En opinión del TS, el cambio de la normativa urbanística simplemente implica un evento que debe integrarse dentro del área o riesgo que supone cualquier operación realizada a plazo, como ocurre con esta operación de futuro, ya que en caso contrario, si las condiciones urbanísticas provocan un aumento del valor de los inmuebles, no sería de recibo otorgar al concedente de la opción una acción para la reclamación de diferencias.

También referida a un supuesto de modificación sobrevenida de la normativa urbanística es la STS de 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9881). En este caso, doña Luisa M. V. demandó a don Manuel A. P. y a su esposa doña María del Carmen R. de A., alegando que por documento privado de 30-8-1988, adquirieron de la actora, y por el precio de cincuenta millones de pesetas pagaderos en la forma que se estipuló, la planta primera y parte de la segunda de un edificio que proyectaba construir en parcela de su propiedad. Tal adquisición se efectuó según plano confeccionado que ambas partes declararon conocer. La Comisión Territorial del Patrimonio Histórico-Artístico de Lugo, en 23-9-1988, se opuso a la aprobación del proyecto, siendo confirmado su criterio por la Dirección General de Patrimonio Artístico y Documental de la Consejería de Cultura y Deportes de la Junta de Galicia por Resolución de 31-7-1989, resolviendo el recurso de alzada que la actora interpuso contra el acuerdo de la Comisión Territorial. Como resultado de ello, el Ayuntamiento de Monforte de Lemos denegó la solicitud de licencia por Acuerdo de 20-9-1989. La actora solicitaba, con ese

fundamento fáctico, «que se declarase nulo y, consiguientemente, resuelto, el contrato de compraventa de 30-8-1988», condenando a los demandados a estar y pasar por esa declaración y a recibir la parte de precio que han entregado, con sus intereses, y al pago de las costas. El JPI desestimó la demanda porque la alteración de las circunstancias lo único que originaba era una modificación del contrato, y no la resolución pretendida, con imposición de costas a la actora. La Audiencia, en grado de apelación, confirmó el fallo, pero negando que concurriesen las circunstancias para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, imponiendo las costas de la alzada a la actora-apelante. Contra la sentencia de la Audiencia interpuso recurso de casación doña Luisa M. V. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

Según el TS (Fundamento de Derecho 3.º donde se resuelve acerca de la posible infracción del art. 1.261 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial de la base del negocio): «En su fundamentación se expone con buena voluntad la doctrina de la base del negocio, y en su aplicación al caso litigioso afirma que el propósito de las partes fue establecer un precio sobre el presupuesto de que las plantas a construir fueran cuatro y no tres por limitaciones urbanísticas; que esta limitación repercute notoriamente en el precio asignado a cada planta, que habría de resultar superior.

El motivo, con un desarrollo reiterativo y confuso, se desestima, ya que la doctrina de la base del negocio no puede ser aplicada a la situación fáctica que se enjuició. Aunque no se puede saber por esa confusión si se refiere a la desaparición de la base del negocio entendida subjetivamente o a la base del negocio objetiva, no concurren las circunstancias precisas para su acogida en cualquiera de esas modalidades. La primera consiste en las representaciones de las que las partes en un contrato han partido para sus estipulaciones, en una común representación mental por la que ambas se han dejado guiar al fijar el contenido contractual. La segunda, en un conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia son necesarias para lograr que se alcance el fin del contrato o para que las prestaciones pactadas no resultan desequilibradas con grave onerosidad si se cumplen de modo que se destruya la relación de equivalencia entre ellas. En el caso de autos no consta más que un contrato privado de compraventa, en el que se vende la planta primera y parte de la segunda de un edificio cuya construcción se proyecta «de acuerdo con el plano confeccionado al efecto y que es bien conocido de las partes», y por un único precio y cerrado de cincuenta millones de pesetas, pagaderos en la forma que se estipuló. Ciertamente que en el momento de la firma del contrato existía un informe de la oficina técnica del Ayuntamiento de Monforte de Lemos, en el que daba su conformidad al proyecto de edificación, pero advirtiéndole que, en lo que respecta a la estética, la Comisión Territorial del Patrimonio Histórico-Artístico, por estar ubicada

parte de la parcela dentro del conjunto histórico-artístico de la ciudad, había de dictaminar. Así las cosas, es evidente que la representación mental de la vendedora fue la de que el proyecto se llevaría a cabo, pero es gratuito suponer que la de los compradores también fue la misma, es decir, que si ello no sucedía no hubieran celebrado el contrato; no hay ninguna prueba en ese sentido. Lo que querían, en realidad, era adquirir la planta primera y parte de la segunda, no subordinar su adquisición a que todo el proyecto se realizase. Tampoco hay prueba de que el precio se hubiese fijado mutuamente de acuerdo con las cuatro plantas proyectadas. En consecuencia, no es posible aplicar la doctrina de base del negocio subjetiva, ni tampoco la objetiva; la resolución administrativa no impide la edificación, sino sólo el cuarto piso del edificio proyectado y ático retranqueado (y lo vendido por ella a los recurridos no era eso); no hay la más mínima prueba sobre la repercusión cuantitativa de la denegación de la licencia, por lo que sería infundado sostener que se ha destruido la relación de equivalencia entre las prestaciones o que el cumplimiento de la vendedora supone una onerosidad excesiva».

En el Fundamento de Derecho 4.º, el TS se pronuncia acerca de la posible vulneración del artículo 1.266 del Código Civil y las sentencias sobre la cláusula *rebus sic stantibus*. El motivo se desestima, ya que «para que pueda tener viabilidad (la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*) se requiere como requisito esencial que hayan sobrevenido circunstancias totalmente imprevistas y una alteración extraordinaria en el equilibrio de las prestaciones pactadas, de modo que haga excesivamente oneroso su cumplimiento para la parte que invoca la cláusula. La denegación de la aprobación no es algo imprevisto, se debió tener presente al contratar, dado el estado del proyecto en cuanto a su tramitación administrativa. De la alteración en su aspecto cuantitativo no se ha hecho la más mínima prueba en el pleito».

En esta sentencia, la doctrina de la base del negocio y de la cláusula *rebus sic stantibus* se presentan como dos doctrinas diferenciadas. En este caso entiende el TS que es la vendedora la que debe soportar el riesgo que representa no obtener la ganancia esperada mediante la realización de la operación económica proyectada y no la parte compradora. La vendedora pensaba obtener una ganancia mayor del conjunto de la operación económica proyectada (creía que podría construir hasta cuatro alturas y un ático, cuando en realidad sólo puede construir tres alturas), pero esta circunstancia no se hace constar en el contrato, por lo que no cabe trasladar el riesgo al comprador.

En la STS de 4 de julio de 1996 (RJ 1996, 5881), don Javier C. C. y doña María Teresa S. Q. habían celebrado con la compañía mercantil «Gabrielsa, S. A.» un contrato privado de compraventa con fecha de 8 de agosto de 1987, que tenía por objeto una casa unifamiliar que tenía solicitada la califi-

cación como vivienda de Protección Oficial para obtener las correspondientes bonificaciones. Los compradores ejercitan demanda de cumplimiento de contrato, el vendedor ejercita reconvención, demandando la resolución del contrato. El JPI estima parcialmente la demanda y condena a la demandada a elevar a escritura pública el contrato privado de compraventa de fecha 8 de agosto de 1987, así como a terminar la construcción de la vivienda y desestima la reconvención. La sentencia del Juzgado fue confirmada íntegramente por la AP. La parte recurrente en casación pretende que se resuelva el contrato de compraventa de vivienda. El TS desestima el recurso.

En opinión de los recurrentes, es indudable que el cumplimiento del contrato, en los términos establecidos en su día, genera un evidente desequilibrio entre las prestaciones que corresponden a cada una de las partes, ya que se había producido una supresión de las ayudas oficiales a la construcción de viviendas, hecho imprevisible que tuvo como resultado un encarecimiento por parte del coste de construcción.

El TS rechaza la aplicación en este caso de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* (Fundamento de Derecho 4.º), «puesto que el contrato se limitó a "hacer constar que la casa unifamiliar tiene solicitada la calificación como vivienda de protección oficial para obtener las correspondientes bonificaciones", lo cual, no cabe entender que implique una condición resolutoria con el efecto consiguiente de originar la ineficacia del contrato si no se consigue esa calificación, ni entender, tampoco, que la falta de semejante calificación pudiera merecer la consideración de hecho imprevisible, aparte de que la obtención de aquélla, por su índole administrativa, dependía, más bien, de la parte vendedora, que, por otro lado, ni ha alegado las causas de su denegación». En consecuencia, señala el TS que la denegación de la calificación de vivienda de protección oficial es una circunstancia de la que debe responder el vendedor, al encontrarse, por otro lado, dentro de su esfera de riesgo.

Se deniega la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el caso enjuiciado en la STS de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9214). Las partes habían celebrado un contrato de compraventa de un solar sobre el que el comprador pensaba construir. Sin embargo, esta finalidad se ve impedida porque en un momento posterior al de la perfección del contrato tiene lugar una recalificación urbanística de los terrenos comprados que limitan la edificación.

Ante el impago del precio, el vendedor interpone demanda ante el JPI, que dicta sentencia estimando la pretensión del demandante, con lo que condena a la mercantil EMASA al pago del precio estipulado en el contrato de compraventa. Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación que es desestimado. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo.

El TS rechaza que a este caso sea de aplicación la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que el vendedor debió cumplir con su obligación de

pago del precio el día 12 de octubre y la recalificación de los terrenos no tuvo lugar hasta el 28 de enero siguiente. En este sentido, se debe tener presente que no puede solicitar la aplicación de la mencionada cláusula aquella de las partes que se encuentra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En todo caso, no se acreditó que la calificación fuese definitiva (parece que fue recurrida). Además, en opinión del Tribunal, «(r)esulta inconcebible que una empresa constructora como la recurrente con dedicación al negocio inmobiliario no haya previsto la variabilidad urbanística de tales terrenos, que no puede decirse que tenga carácter imprevisible, en cuanto suceso imposible de prever o inevitable».

Además el contrato celebrado entre las partes es de tracto único, con lo que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a estos supuestos es todavía de carácter más excepcional. En definitiva, según el Tribunal, se trata de un normal *periculum emptoris* no incardinable en la citada cláusula.

Por otro lado, en el caso de la STS de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 1650), la actora vendió a la demandada una parcela con lo edificado en ella, sobre la que se había iniciado un expediente de parcelación. En el contrato se incluyó una cláusula que supeditaba la validez y el cumplimiento del contrato a que se autorizase finalmente el mencionado expediente. Sin embargo, transcurridos varios años, aquél no llegó a aprobarse, mientras que la demandada disfrutaba de la parcela sin haber entregado más que una parte del precio. En consecuencia, la sociedad actora solicitó la resolución del contrato. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró resuelto el contrato por haber transcurrido en exceso el plazo previsto para el cumplimiento de la condición consistente en que se aprobara el expediente de parcelación. Interpuesto recurso de apelación, la AP revocó la sentencia apelada desestimando totalmente la demanda. Según el Tribunal de apelación, la obtención de la autorización del expediente de parcelación aún puede tener lugar, por lo tanto, mientras aún sea posible, las partes han de esperar al cumplimiento de la condición o a que sobrevenga su imposibilidad. Tampoco cabe la posibilidad de resolver el contrato debido a la alteración sobrevenida de las circunstancias que se tomaron como referencia en el momento de la celebración del contrato, ya que falta el elemento de la imprevisibilidad, además de que las partes aceptaron durante mucho tiempo la incertidumbre derivada de los avatares de la actuación administrativa. Por otro lado, se descarta la pretensión de modificar al alza el precio estipulado, ya que es normal el continuo e incesante incremento de los precios del mercado inmobiliario.

El TS (Fundamento Jurídico 4.º) rechazó asimismo la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a este supuesto. El TS se muestra de acuerdo con la doctrina de la sentencia recurrida, «ni la más mínima consideración dedica

la recurrente a la impecable línea de razonamiento de la sentencia recurrida sobre la improcedencia de apreciar alteración sobrevenida de las circunstancias que presidieron la celebración del contrato a la vista de la posterior conducta de ambas partes contratantes y teniendo en cuenta la normalidad de los fuertes incrementos de los precios del mercado inmobiliario, de modo que ante semejante silencio esta Sala no puede sino afirmar la absoluta corrección de esa línea argumental, especialmente si se atiende al dato de la entrega de la finca por mutuo acuerdo de las partes, posterior al contrato litigioso, o a la evidente conciencia de ambas partes de que subsistía el vínculo contractual entre ellas hasta nada menos que siete años después de celebrado el contrato, signo inequívoco de que la demora en varios años nunca fue considerada por la vendedora hoy recurrente, hasta el momento de la interposición de la demanda, como circunstancia que eliminara la base del negocio o alterara extraordinariamente, en su exclusivo perjuicio, el equilibrio de las prestaciones.

Y en tercer lugar, a lo largo de la exposición argumental de estos motivos, la recurrente prescinde de algo tan elemental como el perjuicio que la demora en la tramitación administrativa del expediente de parcelación causaba también a la parte compradora, impedida a lo largo de los años para disponer de la finca comprada y, con ello, para beneficiarse en el momento que más le conviniera del mismo incremento de los precios que ahora quiere aprovechar la vendedora recurrente buscando la resolución del contrato o la revisión al alza del precio pactado.

Si a lo antedicho se une el rigor impuesto por la jurisprudencia de esta Sala para modificar lo pactado en virtud de circunstancias sobrevenidas, exigiendo que la alteración sea extraordinaria, que el equilibrio de las prestaciones resulte «aniquilado» por darse una «desproporción exorbitante» y que las circunstancias sobrevenidas sean «radicalmente imprevisibles», todo lo cual entraña una excepcionalidad todavía más acusada en los contratos de tracto único (SSTS de 23-1-1996 [RJ 1996, 639] y de 15-11-2000 [RJ 2000, 9214], con cita de otras muchas), así como la necesidad de que quien pretende la modificación de lo acordado pruebe todos esos requisitos «en forma racionalmente conveniente y decisiva» (STS de 17-11-2000 [RJ 2000, 9343], también con cita de muchas otras), fácil será comprender que nada pueden estos dos motivos frente a una sentencia que, lejos de infringir, se ajusta por completo a la doctrina de la Sala invocada en ambos» (16).

(16) En la jurisprudencia menor, vid. SAP de Segovia de 12 de marzo de 1997 (Eider, 1997, 2858), que tiene su origen en el contrato de compraventa celebrado entre una empresa constructora y un particular de compraventa de vivienda en construcción. La construcción de la edificación no se inició hasta aproximadamente cuatro años después de la suscripción del contrato, dado que fue suspendida la licencia de obras por el Ayuntamiento. Años más tarde, el vendedor comunica a los compradores la necesidad

III. CONDICIONES QUE DEBEN DARSE PARA QUE LA ALTERACIÓN DE LA NORMATIVA URBANÍSTICA DESPLIEGUE EFECTOS SOBRE EL CONTRATO

Como se ha visto, la jurisprudencia viene exigiendo una serie de requisitos para la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Veremos en general en qué consisten estos presupuestos para concretarlos después a la alteración sobrevenida de la normativa urbanística que impide la edificación en las condiciones estipuladas en el contrato.

En primer lugar, es preciso que la relación obligatoria sea de tracto sucesivo o siendo de ejecución instantánea su cumplimiento haya sido diferido para un momento futuro, a menos que la normativa aplicable al caso disponga otra cosa.

Normalmente en los casos de desequilibrios contractuales generados por una modificación de las normas urbanísticas, nos encontramos ante contratos de tracto único en los que se ha aplazado el cumplimiento de una o de ambas partes para un momento futuro. Algunas veces se pretende la aplicación de la mencionada cláusula aun cuando nos encontramos ante un contrato que ya ha sido cumplido por ambas partes. Por ejemplo, el comprador ya ha satisfecho el precio y el vendedor entregado la cosa, pero con posterioridad a ese momento se aprueba un nuevo plan urbanístico que impide la construcción. En este caso hemos de entender que es un riesgo que debe asumir el comprador el no poder destinar la cosa objeto del contrato al fin que tenía previsto.

En segundo lugar, debe producirse una alteración sobrevenida de la base del negocio. Ello es posible porque, o bien la relación de equivalencia se destruye, o bien la finalidad común del negocio resulta inalcanzable. En última instancia, la frustración de la finalidad del contrato determina en cierto modo una alteración del equilibrio entre las prestaciones fijado por las partes en el contrato. En concreto, en los supuestos que estamos analizando, la frustración del fin del contrato consiste en la imposibilidad de edificar en absoluto o en menor medida de lo inicialmente previsto en el contrato. Está claro que la frustración de esa finalidad afecta a la configuración de la concreta economía contractual, ya que de haberlo sabido el comprador no hubiese estado de acuerdo en la fijación de un precio más elevado en atención a las cualidades urbanísticas del inmueble.

de incrementar las cantidades fijadas en el contrato debido a un desfase de los costes. Sin que los compradores manifestasen su voluntad de resolver el contrato, la empresa constructora transmite la mencionada vivienda a terceros. La AP declara no aplicable al caso la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* para incrementar el precio fijado para el inmueble.

En tercer lugar, la desaparición de la base del negocio debe considerarse excepcional e imprevisible en el momento de la celebración del contrato. En este sentido, no cabe la aplicación de la mencionada cláusula cuando el riesgo sea un elemento del contrato o cuando la alteración sobrevenida forme parte del riesgo asumido por una de las partes, según el negocio de que se trate. Este requisito nos obliga a realizar determinados juicios valorativos acerca de la posibilidad de prever que tienen las distintas partes contratantes. Por ejemplo, si el comprador es una empresa que se dedica normalmente a la actividad de la construcción, se trata de un profesional al que se debe exigir un nivel de diligencia superior a lo que sería exigible a un particular (en el sentido de no profesional) que cede un solar de su propiedad a cambio de obtener un número determinado de viviendas construidas. En este sentido, si existe la posibilidad de prever cabe la inclusión de cláusulas para prevenirse frente al riesgo. Por ejemplo, la fijación del precio se habría de realizar en función del cumplimiento de la finalidad que una de las partes (la que satisface el precio) piensa obtener del contrato. Así, cláusulas del tipo «el vendedor manifiesta conocer y está de acuerdo con la situación urbanística del inmueble», no ayudan al comprador, ya que implican una cierta asunción del riesgo contractual (17). Sería más conveniente la inclusión de cláusulas de adaptación del precio en función de la posibilidad efectiva de construir en el momento de la perfección del contrato. Incluso sería posible la introducción de cláusulas de indemnización preventiva (18) en la que se fija ya en el contrato una liquidación anticipada de los daños y perjuicios que pueda sufrir una de las partes (por ejemplo, para el caso de que no se pueda construir en el inmueble objeto del contrato).

En último lugar, la alteración sobrevenida de las circunstancias debe provocar un perjuicio de acuerdo con el sistema de responsabilidad establecido para la obligación, por ejemplo, no puede invocar la aplicación de la mencionada cláusula aquella de las partes que se encuentre en mora. V. gr., no podría invocar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* el comprador cuando una vez vencida su obligación de pago del precio no la cumpliera porque al no poder construir, ya no tiene ningún interés en la adquisición del inmueble.

Así como tampoco podría valerse de la cláusula *rebus sic stantibus*, aquella de las partes que con su comportamiento imprudente ha provocado el cambio de circunstancias. Por ejemplo, las partes celebran un contrato de compra-

(17) Ante una cláusula de este tipo se podría interpretar que ya que el comprador conoce y por tanto, puede prever, debe asumir el riesgo si no introduce en el contrato mecanismos de distribución del mismo como, por ejemplo, cláusulas de adaptación del precio en función de la situación urbanística del inmueble vigente en el momento de la perfección del contrato.

(18) Sobre este tema, vid. RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», en *ADC*, t. XLVI, fase. II, 1993, págs. 537-542.

venta de vivienda con la calificación de vivienda de protección oficial. Con posterioridad a la celebración del contrato, el vendedor exige un incremento del precio al haber variado las condiciones que se daban en aquel momento, ya que finalmente no se pudo conseguir la calificación de vivienda de protección oficial. El juez desestimaría la pretensión del vendedor si ha sido su comportamiento negligente el que ha ocasionado el hecho de que no se haya podido conseguir la calificación de vivienda de protección oficial.

IV. POSIBLES REMEDIOS PARA LOS SUPUESTOS DE ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LA ECONOMÍA CONTRACTUAL

Si la fijación de los presupuestos relevantes para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es una cuestión compleja, todavía lo es más determinar cuáles deben ser sus consecuencias jurídicas.

En la jurisprudencia impera la máxima según la que en cuanto a los efectos, «hasta el presente (caso) se le han negado sus efectos rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones u obligaciones» [v. gr., STS de 17 de mayo de 1957 (RJ 2164, 1997); STS de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6927); STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991, 3023)].

No obstante, entre el escaso número de sentencias que admiten la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, algunas acceden a la resolución del contrato, mientras que otras optan por su modificación (19).

En la doctrina, las opiniones al respecto son más bien variadas. Según DÍEZ-PICAZO, se debe optar por la resolución en los supuestos de desaparición de la base del negocio cuando la relación obligatoria es sinalagmática. En consecuencia, la parte perjudicada por el evento sobrevenido puede optar entre cumplir el contrato en sus propios términos o demandar su resolución. Por otro lado, el reajuste o la revisión judicial del contrato, que lo reconduzca a la equidad, puede ser excepcionalmente aplicado en las relaciones obligatorias simples o con obligaciones a cargo de una sola de las partes (20).

(19) Con efectos modificativos, vid. STS de 11 de junio de 1951 (RJ 1951, 1649), STS de 23 de noviembre de 1962 (RJ 1962, 5005), STS de 9 de julio de 1984, STS de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9226), STS de 4 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7032). Por otro lado, optan por la resolución del contrato las siguientes sentencias: STS de 28 de enero de 1970, STS de 23 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2228).

(20) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Tecnos, 5.^a ed., Madrid, 1996, pág. 885, y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La cláusula *rebus sic stantibus*», en AA.VV., coordinados por Ferrándiz Gabriel, J. R., *Extinción de obligaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 686.

Esta opinión no es unánimemente admitida. Así, entiende LACRUZ que la consecuencia jurídica principal en estos casos debe ser la adaptación del contrato para adecuar sus términos a la nueva situación, para que de este modo siga desplegando las consecuencias queridas por las partes (21). Por otra parte, también parece suscribir esta tesis algún sector de la doctrina más reciente (22).

Desde mi punto de vista, la resolución del contrato no es siempre la mejor de las soluciones en los supuestos de alteración de la economía contractual. En este sentido cabría, por ejemplo, la reinterpretación del contrato con base en los artículos 1.281.II y 1.283 del Código Civil. Se trata de un instrumento útil cuando las bases para la realización de la adaptación se pueden deducir sin dificultad del contrato (23). El juez, teniendo en cuenta el contenido del acuerdo, deberá extraer de él mecanismos que permitan poner remedio a la nueva situación (24). Esta solución es distinta a la reforma del contrato, ya que esta última está encaminada a la redacción de un nuevo contrato. La reforma del contrato presenta el inconveniente de que el juez no puede imponer su propia voluntad frente a la voluntad de las partes, es decir, el juez no está facultado para redactar contratos en lugar de las partes.

Por otro lado, el Juez también podría integrar el contenido del contrato de acuerdo con las exigencias impuestas por la buena fe, según el artículo 1.258 del Código Civil. En este sentido, el contrato bilateral presupone la existencia de un equilibrio entre prestación y contraprestación (ex art. 1.289 del Código Civil) y el restablecimiento del equilibrio destruido es una de las consecuencias a las que obliga, según la buena fe (del art. 1.258 del Código Civil) la naturaleza del contrato bilateral (25).

(21) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de obligaciones*, ed. revisada por Rivero Hernández, F., Dykinson, Madrid, 1999, pág. 518.

(22) Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *La modificación del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1992, págs. 81 y sigs. DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *Frustraciones y desequilibrios contractuales*, Comares, Granada, 1994, págs. 92 y sigs.

(23) Cfr. PAZ-ARES, C. y SÁEZ LACAVE, M. I., «Los contratos pendientes de ejecución en la fusión», en *RDM*, 2002, pág. 59.

(24) Por ejemplo, en algunas sentencias en las que una de las partes pretende la resolución por imposibilidad sobrevenida, el juez propone una modificación racional del contenido del contrato para cumplir su finalidad de otra forma. Es el caso de la STS de 30 de abril de 2002, en la que el Tribunal estima posible un proyecto urbanístico alternativo o una modificación del mismo que permita construir en la finca. Hay que tener en cuenta que la modificación del contrato es posible siempre que no suponga un desequilibrio entre las prestaciones, tal y como fue fijado por las partes en el contrato.

(25) En este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., «La cláusula *rebus sic stantibus* (comentario a la STS de 17 de mayo de 1957)», en *ADC*, t. XI, fase. IV, 1958, pág. 1270. Más recientemente también a favor de la posibilidad de acudir a la integración del contrato en los supuestos de alteración de la economía contractual, también se encuentra DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *Frustraciones y desequilibrios contractuales*, Comares, Granada, 1994, págs. 124 y sigs.

Las nuevas tendencias del Derecho contractual europeo prefieren la adaptación del contrato antes que la resolución.

Tanto los PECL (26) como los Principios UNIDROIT han introducido el concepto de la adaptación del contrato en los supuestos de profunda alteración del equilibrio que ocurre (o deviene conocido) después de la conclusión del contrato que no había podido preverse ni controlarse por la parte afectada, y que por lo tanto, no se encuentran dentro de la esfera de riesgo de aquella parte. Por otro lado, la CISG (27) no regula este problema porque en el momento de elaboración del texto era muy fuerte la presión de aquellos países que estaban en contra de que el cambio de circunstancias hubiese de tener algún efecto sobre el contrato. Para tratar estas situaciones, según la CISG, se tiene que aplicar el artículo 79, considerándolo como un supuesto de imposibilidad en sentido económico, del mismo modo que sucedía en la primera jurisprudencia alemana sobre estos problemas (28).

En el Derecho alemán, la institución de la pérdida de la base del negocio, rechazada por los redactores del BGB, pronto empezó a aplicarse por los tribunales, debido a los efectos de la importante inflación que afectó a este país en la primera mitad del siglo pasado.

Hoy se trata de una institución dotada de regulación, introducida por la reforma del Derecho de obligaciones (29). Se trata del nuevo § 313 BGB (30), que sin embargo, presenta algunas diferencias en relación con los PECL o los Principios UNIDROIT. Mientras que los PECL exigen un cambio de circunstancias después de la celebración del contrato, § 313 [2] BGB permite la adaptación del contrato también en los casos de falsa valoración de la reali-

(26) *Principios de Derecho Europeo de Contratos* redactados por la Comisión Lando.

(27) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

(28) Vid. SCHLECHTRIEM, P., *The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe*, <http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem2.htm>.

(29) «Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26-11-2001», publicada en el *Bundesgesetzblatt*, núm. 61, con fecha 29-11-2001, que entró en vigor el 1 de enero de 2002.

(30) Según esta norma: «1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no lo hubiesen concluido o no con ese contenido si hubieran podido prever ese cambio, se puede solicitar la adaptación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al mismo teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo. 2. El cambio sobrevenido de la realidad es equivalente a la falsa valoración por las partes contratantes de la realidad que forma parte de la base del negocio. 3. Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte en desventaja puede solicitar la resolución del contrato. En los contratos de tracto sucesivo, en vez de la resolución, las partes tienen el derecho a denunciar el contrato».

dad por las partes en el momento de su celebración. Así como los Principios establecen como primer paso que la parte en desventaja exija la renegociación, § 313 BGB no establece este requisito, ya que permite a la parte en desventaja solicitar la modificación del contrato aun cuando no hayan existido anteriormente negociaciones entre las partes. Más importante todavía es que, mientras que los Principios permiten a los tribunales la modificación del contrato a su discreción, § 313 BGB establece que la parte que exija la adaptación solicite una concreta modificación del contrato, que el Tribunal puede aceptar o rechazar. Por último, el § 313 [3] BGB prevé la resolución del contrato en estos casos como un remedio excepcional, sin embargo, los Principios dejan a la discreción de los tribunales la modificación del contrato o la resolución del mismo.

En nuestro Derecho, al no existir regulación expresa de la figura, no se puede exigir a las partes la renegociación del contrato en los supuestos de desequilibrio sobrevenido entre las prestaciones. Ahora bien, si en el contrato se hubiese incluido una cláusula de renegociación, ésta habría de considerarse válida al estar en consonancia con el artículo 1.258 del Código Civil, que impone el deber de actuar de buena fe en la ejecución del contrato.

La solución más extrema es la resolución del contrato que la jurisprudencia parece relegar a los casos más graves, incluso se ha considerado como la mejor de las soluciones en los casos de frustración del fin del contrato (31).

Luz M. MARTÍNEZ VELENCOSO

Doctora en Derecho

Magister Legum Humboldt-Universität Berlin

(31) PAZ-ARES, C. y SÁEZ LACAVE, M. I., «LOS contratos pendientes de ejecución en la fusión», en *RDM*, 2002, págs. 62-63.