

En Madrid, el 07 de abril de 2020.

**¿DURANTE EL ESTADO DE ALARMA, LA CLAÚSULA REBUS SIC STANTIBUS ES OPERATIVA PARA LIBERAR, AL COMPRADOR, DE SU OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE FORMALIZAR EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA, Y AMPARAR LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA EN LOS CONTRATOS DE ARRAS Y DE RESERVA PREVIAMENTE CELEBRADOS?**

## I. ANTECEDENTES.

El comprador de una vivienda envía, al vendedor de la misma, un burofax para resolver el contrato de arras penitenciaras, comunicándole la liberación de la formalización del contrato de compraventa, programada para el mes de abril de 2020, y solicitando la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, en concepto de reserva y de arras, con motivo de la pandemia provocada por el “coronavirus”, y que ha ocasionado la posterior Declaración de Estado de Alarma por Real Decreto 463/2020, y consigo, la falta de financiación bancaria en su favor para el cierre de la operación proyectada [1], la congelación del sector inmobiliario del que se nutre sus recursos económicos [2], y el menoscabo de su situación económica en su calidad de comprador [3]; lo que le impide llevar a puro efecto la ejecución del contrato de arras: Invoca, para ello, la doctrina “rebus sic stantibus” (“estando así las cosas”).

En el contrato de arras celebrado en enero de 2020 se penaliza **expresamente** al comprador con la pérdida de las cantidades entregadas, de no comparecer en la Notaría que a tal efecto designe y comunique al vendedor de forma fehaciente.

El problema que se nos plantea es el siguiente:

¿Durante la duración del estado de alarma, puede, la cláusula rebuc sic stantibus, liberar, al comprador, del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, como puede ser la formalización del contrato de compraventa de una vivienda, y amparar su solicitud de devolución de las cantidades entregadas a cuenta, en concepto de reserva y de arras?

## II. CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA Y COMO AFECTA A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRAS.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (en adelante, el RD 463/2020), entra en vigor en fecha de 14-03-2020, y sus modificaciones en fecha de 18-03-2020.

Conforme al art. 3 RD 463/2020, modificado por RD 465/2020, la duración del estado de alarma es de quince días naturales:

Terminó en fecha de **29-03-2020**, y se prorroga mediante Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, con las mismas condiciones establecidas en el RD 463/2020, modificado por RD 465/2020, **hasta las 00:00 horas del día 12-04-2020**. Probablemente se prorrogue hasta el 26 de abril de 2020.

Por otra parte, el art. 7 del RD 463/2020 limita la libertad de circulación de las personas a la realización de determinadas actividades, entre las que se encuentran las actividades por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.

Por su parte, el anexo del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, establece a que personas trabajadoras por cuenta ajena **no** les será de aplicación el referido RDL 10/2020, y en este bloque, el punto 17 incluye a “las que prestan servicios en las notarías y registros para el cumplimiento de los servicios esenciales fijados por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.”

Por su parte, la cláusula segunda de la Instrucción de la Dirección General de seguridad jurídica y fe pública, de 15-03-2020, sobre la adopción de medidas que garanticen la **adecuada prestación del servicio público notarial**, señala que:

“1.- Dadas las restricciones a la libertad deambulatoria establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma solo será obligatorio atender aquellas actuaciones de carácter urgente, así como las que determine el Gobierno. El notario se abstendrá de citar a interesados para actuaciones que no revistan dicho carácter.”

Y conforme al Consejo General del Notariado, será el Notario quien determine si la actuación a celebrar es de carácter urgente o no, de cara a posponerla cuando finalice el estado de alarma.

A fecha de hoy, no se tiene noticia de que el Notario haya contactado al vendedor para comunicar el carácter no urgente de la ejecución del contrato de arras, ni tampoco el comprador ha comunicado al vendedor, con una antelación mínima de 10 días a la fecha máxima propuesta para su celebración, el domicilio de la Notaría en la que formalizar el contrato de compraventa, concretado para el mes de abril del 2020, y su carácter urgente o no, a juicio del Notario.

Por otro lado, conforme al art. 14 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCI), el prestatario-comprador debe comparecer, obligatoriamente, en los diez días inmediatamente anteriores a la firma de su escritura de préstamo hipotecario, en la notaría, a fin de recibir, del prestamista, información adecuada y explicativa sobre el préstamo que va a firmar y dejar constancia de que, efectivamente, se contrata con el consentimiento debidamente informado.

Y conforme al art. 15 LCI, el notario debe verificar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1 LCI. En caso de que quede acreditado su cumplimiento, lo hará constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario, siendo que, el prestatario, o quien le represente a estos efectos, deberá comparecer ante el notario, para que este pueda extender el acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo (art. 15.3 LCI).

Por otro lado, el contrato de arras celebrado en enero de 2020 penaliza **expresamente** al comprador, con la pérdida de las cantidades entregadas, si no comparece en la Notaría que a tal efecto designe y comunique al vendedor de forma fehaciente.

Y por su parte, la Disposición Adicional cuarta del RD 463/2020, sobre suspensión de plazos de prescripción y caducidad, no se extiende a los plazos previstos en los contratos para su cumplimiento y ejecución.

Por tanto, si bien, pudiera entenderse que, eventualmente, la situación de crisis sanitaria creada por el COVID-19 pudiera configurarse, en términos jurídicos, como un elemento de fuerza mayor (en los términos establecidos en el art. 1.105 CC), determinante del incumplimiento de la obligación contractual por parte del comprador, es a éste a quien correspondería acreditar, frente al vendedor, entre otros conceptos, que el Notario, en su calidad de servicio público esencial, consideró no urgente la formalización del contrato de compraventa en la fecha indicada. Por otra parte, la aplicación del art. 1.105 CC si bien pudiera exonerar, al comprador, de su responsabilidad contractual frente al vendedor, y a la sumo, suspender, temporalmente, la exigibilidad de sus obligaciones contractuales, no le dispensa ni le libera del efectivo cumplimiento de las mismas, al no tener

efectos extintivos. Y en ese sentido, su incumplimiento contractual definitivo le penalizaría, conforme a la cláusulas contractuales expresamente pactadas con el vendedor, con la pérdida de las cantidades entregadas a cuenta, de no comparecer o comunicar, al vendedor, la Notaría en la que formalizar, aún de forma aplazada o diferida, la ejecución del contrato de arras, en tanto en cuanto, en este caso particular, el retraso contractual se contemplaría, excepcionalmente, por el vendedor, como provisional y superable.

A mayor abundamiento, el hecho de haber pactado, las partes, de común acuerdo, una condición resolutoria, cuya validez, además, no ha sido discutida, es suficientemente indicativo de la trascendencia que dieron al término del cumplimiento del contrato cuando, expresamente, confirieron un plazo determinado y en este caso, esencial, para que el comprador notificara al vendedor, la Notaría en la que formalizar el contrato de compraventa, a los efectos de su comparecencia en la misma, siendo que, conforme a la STS de 11-05-2016 que hace suya la STS 05-11-20012, “cuando de común consenso las partes estipulan de forma explícita un plazo y, además, causa de resolución por incumplimiento, no puede negarse la esencialidad”.

Desde nuestro punto de vista, **no habiendo comunicado ni acreditado**, el comprador, el incumplimiento contractual con efectos resolutorios por causa de fuerza mayor o, o si cabe, su aplazamiento por motivos eminentemente de fuerza mayor, en los términos del art. 1.105 CC en combinación con la Instrucción de la Dirección General de seguridad jurídica y fe pública, de 15-03-2020, con la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y con el Real Decreto 463/2020, el comprador quedaría penalizado con la pérdida de las cantidades entregadas a cuenta, si no compareciese, o no comunicase, al vendedor, la Notaría en que se hubiera de formalizar, aún de forma retrasada o diferida, la formalización del contrato de compraventa en los términos señalados expresamente en el contrato de arras previamente suscrito. A mayor abundamiento, ha de tenerse en cuenta el texto del contrato como *lex contractus* (art. 1.091 CC), y que dispone que la compradora deberá notificar de forma fehaciente a la vendedora, con una antelación mínimo de 10 días, la Notaría que a tal efecto designe para formalizar el contrato de compraventa, estableciendo, para ello, una fecha máxima para su celebración. Añadiendo que, de no comparecer la compradora, perderá las cantidades entregadas a cuenta, pudiendo disponer, el vendedor, del inmueble en cuestión, al quedar extinguidos los efectos jurídicos del contrato de arras previamente celebrado. Además, en favor del vendedor, podrían ser invocados los Principios de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC), de obligatoriedad de los contratos (art. 1.258 CC) y de resolución por incumplimiento (art. 1.124 CC).

### III. APLICABILIDAD DE LA DOCTRINA “REBUC SIC STANTIBUS” A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRAS.

Conforme a las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2014, 742/2014, y de 19 de diciembre de 2014, SSTS 741/2014 y 743/2014, la falta de financiación para concluir las obras por parte del promotor-vendedor no puede considerarse un factor imprevisible que legitime al comprador para la resolución de un contrato de compraventa de vivienda al amparo de la regla rebus, que es de aplicación excepcional en los contratos de tracto único, como es el de compraventa.

Por eso, en los contratos de compraventa de viviendas, y sobretodo, en aquellos cuyo precio supera los 500.000.- euros, por los compradores se tendría que tener prevista y concedida la financiación para semejante negocio, antes de crear expectativas y plazos de entrega con respecto a los vendedores afectados e interesados en el buen fin del contrato. En ese sentido, la falta injustificada o sobrevenida de financiación, por parte del comprador, no puede trasladarse al vendedor. A mayor abundamiento, en el contrato de arras no se introduce ninguna cláusula expresando que el contrato de compraventa se celebrará bajo la condición suspensiva de la obtención de financiación, y en este sentido, la compraventa no queda supeditada a la obtención, por el comprador, de financiación alguna, sin que por otro lado, el vendedor se haya obligado a garantizar financiación al comprador.

Si bien, la crisis sanitaria ha alterado el contexto social de celebración de los contratos, el Principio “pacta sunt servanda” y el Principio de conservación de los contratos siguen vigentes, y los deudores siguen obligados a cumplir sus obligaciones contractuales, siendo, la doctrina rebus sic stantibus, de aplicación excepcional. De hecho, así lo establece la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de fecha de 09-06-2019, cuando menciona que:

“[...]. 1.- Como resume la sentencia del pleno de esta sala 820/2012, de 17 de enero de 2013, la cláusula rebus sic stantibus [estando así las cosas], próxima en su fundamento a los arts. 7 y 1258 CC, trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o de las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato.

Aunque esta regla ha sido reconocida por la jurisprudencia, siempre lo ha hecho de manera muy cautelosa, dado el principio general, contenido en el art. 1091 CC, de que los contratos deben ser cumplidos. **Y más excepcional**

**aún se ha considerado su posible aplicación a los contratos de tracto único como es la compraventa.**

[...]. 2.- Respecto a la aplicación de la regla rebus sic stantibus a los contratos con incertidumbre sobre sus resultados económicos, la sentencia 626/2013, de 29 de octubre, declaró que:

"para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato **se exige**, entre otras condiciones, como señaló la sentencia de 23 de abril de 1991, **que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual**".

Es decir, la regla rebus no puede operar en contratos cuyo ámbito de aplicación propio está constituido por los supuestos en los que no resulta del contrato la asignación del riesgo a una de las partes o una distribución del riesgo de una determinada manera.

3.- Tanto en la jurisprudencia como en las regulaciones internacionales antedichas **es condición necesaria para la aplicación de la regla rebus la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo.**"

Por tanto, siendo que las partes han asumido el riesgo de que una circunstancia aconteciera – pérdida de las cantidades entregadas a cuenta por falta de notificación fehaciente, al vendedor, de la Notaría en la que formalizar el contrato de compraventa, o bien, por falta de comparecencia de la compradora en la misma-, no puede invocarse, por el comprador, la alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato, cuando tales circunstancias se encontraban previstas expresamente como riesgos normales del contrato, siendo no aplicable, en este caso, la regla rebus sic stantibus. Así lo establece la reciente sentencia del TS de fecha de 13-07-2017, al señalar que:

“De una parte, la imposibilidad sobrevenida no culpable que hace imposible el cumplimiento por caso fortuito y libera al deudor en caso de pérdida sobrevenida de la cosa específica que debía entregar (art. 1182 CC) o en caso de imposibilidad objetiva de cumplir la obligación de hacer (art. 1184 CC), no es aplicable al deudor de dinero.



De otra parte, para que la falta de acceso a la financiación pudiera valorarse como una alteración imprevisible de las circunstancias existentes en el momento de contratar y justificara una resolución liberatoria del deudor, sería preciso acreditar la **imposibilidad imprevisible de financiación**, sin que resulte suficiente alegar las dificultades subjetivas de financiación del comprador.

En el caso, el propio contrato ya contemplaba las consecuencias de que los compradores desistieran o no cumplieran las obligaciones de pago de modo que, entonces, el contrato quedaría resuelto y **los vendedores podían retener las cantidades recibidas en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Las cantidades anticipadas, de acuerdo con lo previsto en la cláusula sexta del contrato, sirvieron para confirmar el contrato de compraventa pero también permitían desistir y perderlas o recibirlas dobladas si hubiera sido la parte vendedora quien desistiera o incumpliera el contrato. En consecuencia, ni el riesgo de la falta de financiación correspondía al vendedor ni hay razón para no aplicar las consecuencias pactadas contractualmente.**”

No constando acreditado el cumplimiento de los requisitos del Principio rebus sic stantibus, sólo se podría contemplar, por esta parte, la suspensión o aplazamiento temporal de la ejecución del contrato de arras, hasta que termine el estado de alarma y sus prórrogas, previa acreditación, por el comprador, de que no ha podido llevarse a cabo el acta notarial previa a que alude la LCI, o que el acto notarial a celebrar, a juicio del Notario, no es de carácter urgente, respetándose con ello, el Principio general de Derecho de conservación de los contratos y el de pacta sunt servanda.