

Actos arbitrarios del comprador de vivienda al amparo de la Ley 57/68. Interpretación racional y lógica

por

PATRICIA VELASCO DOMÍNGUEZ
Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA LEY 57/1968: FUNDAMENTO Y FIN DE SU EXISTENCIA.
- III. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA LEY 57/68:
 - A) RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.
 - B) RESCISIÓN DEL CONTRATO.
- IV. EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES.
- V. *EXCEPTIO DOLI*.
- VI. EJECUCIÓN DEL AVAL O CAUCIÓN.
- VII. PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO Y SEGURIDAD JURÍDICA.

I. INTRODUCCIÓN

Son muchos los autores que desde hace años claman ante el ataque frontal que está sufriendo la seguridad jurídica en España, y en último término el Estado de Derecho. Renombrados juristas —Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Aurelio MENÉNDEZ, Antonio PAU PEDRÓN, Landelino LAVILLA y un largo etcétera—, han denunciado una y otra vez esta situación, provocada en último término, por la tamaño proliferación legislativa huérfana de toda técnica de regulación (1).

(1) Por todos, *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Director: A. MENÉNDEZ; Director adjunto: A. PAU PEDRÓN; Prólogo: R. MARTÍN VILLA, Colegio libre de Eméritos, Thomson Cívitas, 2004.

Estamos, afirma GARCÍA DE ENTERRÍA (2), ante una invasión progresiva de la actividad normativa del Estado, que, de producir Códigos perfectos permanentes o al menos estables, dispara cada día, en los proclives Boletines Oficiales, decenas y decenas de normas, como una ametralladora. De garante de la libertad, hoy la norma escrita, con su profusión, con su imperfección técnica, con su arbitrio, cuando no arbitrariedad, se ha convertido en una verdadera amenaza para la libertad. La fácil disponibilidad de los poderes normativos, la generalización de las llamadas «Leyes ómnibus», de las que son ejemplo característico las Leyes llamadas de Acompañamiento de las anuales de Presupuestos, o de Medidas Fiscales, Administrativas, de Orden social, como respuesta a la voluntad imperiosa de cambiar las Leyes eludiendo el lento y formal procedimiento parlamentario por Comisiones especializadas, la multiplicación de centros con poderes normativos, tanto en el espacio nacional (3) como en el transnacional, el apoderamiento de la función de crear Derecho por burocracias más sensibles a veces que a los valores de fondo del Derecho a las simples comodidades de gestión de sus servicios, todo esto ha situado al inerte ciudadano ante una verdadera granizada de Leyes, de Reglamentos, de Instrucciones, Circulares, de normas de varia condición y efectos, que, inevitablemente, le atribulan y le desconciertan (4).

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA, Contestación al discurso en su recepción pública como Académico de Número del Excmo. Señor don Landelino LAVILLA ALSINA, *Seguridad Jurídica y Función del Derecho*, Madrid, 1999, págs. 108 y 109.

(3) GUILARTE ZAPATERO, *Actualidad y Perspectivas del Pluralismo Legislativo en el Derecho Civil Español*, Lección Inaugural del Curso 1993-1994, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1993, pág. 65, señalaba ya entonces, la necesidad de realizar una interpretación racional y lógica del pluralismo legislativo consagrado en la Constitución Española: «el texto de 1978 consolida la pluralidad legislativa y la fragmentación de nuestro ordenamiento jurídico civil que le confiere una característica singular, y, a mi entender, poco propia de los tiempos que corren y de los venideros. Pero, disiento, modestamente y con todo respeto, de quienes consideran tal pluralidad, *no ya como un problema, sino como un bien enriquecedor*. Pues la enrevesada fórmula del artículo 149.1.8 no persigue la unidad legislativa pero tampoco se opone a ella (...) por lo que, en un plazo incierto, no es impensable llegar a una uniformidad material, plasmada, eso sí, en textos legislativos emanados de distintas fuentes de creación normativa.

(4) Frente a este legalismo desbocado, paradójicamente, en la contratación mercantil, las corrientes neoliberales, *que abanderan la nueva lex mercatoria*, relegan el Derecho a fijar las reglas de juego a los operadores del mercado. Son reacias a la expansión del intervencionismo público y propugnan la máxima reducción de las funciones del Estado, en aras al libre funcionamiento del mercado. Parece por ello, que habría que tildarles, más que de juristas, de economistas, no por su titulación, sino por sus afirmaciones, pues llegan a conclusiones no contrastadas y hacen creer a quien no las comparte que es porque no saben matemáticas. Cfr. PASQUAU LIAÑO, *Código Civil y Ordenamiento Jurídico*, Comares, 1994, pág. 140 y sigs.; de su existencia y de sus maneras de proceder ya nos previno hace varias décadas el profesor DE CASTRO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *ADC*, págs. 1055 y 1056, así como de afirmaciones olvidadas del comisionado danés, O. LANDO (*sic*), «¿Por qué proteger al débil? si su desventura

Ciertamente, cae fuera de este caos actual la Ley de 27 de julio de 1968. Ya desde un principio, indicamos que es del todo impensable que esta ley del 68, de carácter netamente administrativo, persiguiera —y persiga— regular un supuesto de rescisión o resolución contractual automática, esto es, aplicable por los Tribunales por el simple hecho de entregar la vivienda comprada, una vez superado el plazo fijado tanto en el contrato como en la garantía prestada. Ello supondría prescindir de todos y cada uno de los principios fundamentales de nuestro Derecho de la contratación, excepción, que resultaría tan extraordinaria, que tendría necesariamente que haber sido objeto de un desarrollo detallado que lo justificara, y no lo ha sido. Pero incluso, admitiendo lo dicho, a efectos meramente dialécticos, su razón de ser resultaría absurda. Como de hecho, absurdo resulta tildar a una Ley española de 1968, de «Pionera en la Defensa de los Consumidores», como afirma algún artículo de revista (5).

II. LA LEY 57/1968: FUNDAMENTO Y FIN DE SU EXISTENCIA

La compra de una vivienda sobre plano obliga generalmente al comprador a adelantar unas cantidades de dinero a cuenta del precio, antes o durante la construcción de la misma. Precisamente la Ley 57/1968, de 27 de julio, se redacta para imponer la exigencia al promotor vendedor de garantizar la devolución de tales cantidades obligándole a prestar un seguro de caución o aval bancario, protegiendo al comprador frente a situaciones en que la construcción «no llegue a buen fin», es decir, frente a la posible estafa del promotor.

Este y no otro es el fin que persigue esta Ley, evitar aquellas situaciones en las que desaparezca la sociedad vendedora promotora con el dinero adelantado de los compradores debajo del brazo; o que no teniendo voluntad de construir el vendedor, disfrute durante largo tiempo de un dinero que no es suyo sin pagar interés alguno; o un retraso voluntario y tan intenso en la entrega de la vivienda que llevara a frustrar el fin del contrato.

resulta de su descuido (...)), en *Le clausule contractuali inguste nel Diritto di paesi nordici*, en *Le Condizioni generali*, a cura di Massimo Bianca, Milano 1979, pág. 262.

(5) «Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas», en *Revista Jurídica de Sevilla*, «*La Toga*», núm. 174, julio de 2009. Es de resaltar que los derechos del consumidor se defendieron públicamente, y por primera vez, en 1962, cuando J. F. Kennedy se dirigió al Congreso de Estados Unidos con un discurso en cuya parte central defendía al consumidor y sus cuatro derechos fundamentales, siendo famosa la frase: «Por definición, los consumidores somos todos nosotros (...)». Por tanto, se hace impensable que una Ley aprobada por las Cortes españolas en 1968 y firmada por el Jefe del Estado, Francisco Franco, seis años después de aquel discurso, sea la *pionera en la Defensa de los Consumidores* en España.

Afirmaba VILLAR PALASÍ, que el principio de Seguridad Jurídica: «es multívoco, pero apunta en esencia a la necesaria protección por medio de los Tribunales frente al acto arbitrario» (6).

Pues bien, ante esta situación de crisis mundial en la que nos encontramos inmersos, los promotores vendedores de viviendas sobre plano, ven con paroxismo cómo los compradores, que hace varios años firmaron un contrato, perfecto, válido y vinculante, resuelven y/o rescinden caprichosamente el contrato, al ser sorprendidos *in fieri* por un mercado depresivo de precios, asistiendo de este modo las promotoras, a la retirada masiva de compradores, quienes tomando pretexto en la apariencia de incumplimiento, tratan de zafarse del contrato, con el fin de obtener pingües ganancias, a través de un nuevo negocio, merced al mercado paralelo montado al abrigo de miles de empresas que ofertan desesperadas la venta de inmuebles a la baja para evitar su desaparición causada por la falta de liquidez mundial.

No han faltado sentencias, que ante dicha situación han interpretado la Ley 57/68, concluyendo que cualquier incumplimiento en la entrega de la vivienda sobre plano (también el retraso de un día), faculta al comprador para apartarse de la compraventa, resolviendo y/o rescindiendo la misma, sin que el juzgador pueda entrar a valorar la gravedad del incumplimiento y debiendo incluso de obviar la concurrencia de circunstancias que merecen el calificativo de caso fortuito y que coadyuvaron al citado retraso.

Así lo afirma la SAP de Alicante, Sección 8.^a, de 14 de enero de 2009 (EDJ 2009/19340), en la que, si bien, valorada en su conjunto, resulta acorde con la justicia material, sin embargo realiza, accesoriamente, una interpretación de la Ley del 68 absolutamente errónea y descabellada al afirmar en su Fundamento de Derecho Segundo, párrafo último (*sic*): «*En conclusión, para estimar la acción de resolución de las compraventas no debemos estar al carácter grave del incumplimiento ni a la frustración de las expectativas de los compradores ni al carácter esencial del término para la entrega de la vivienda, sino a los datos objetivos referidos, de un lado, al pago por parte de los compradores de todas las cantidades anticipadas pactadas en contrato y, de otro lado, a la expiración del plazo convenido para la entrega de la vivienda sin haberlo realizado por parte de la promotora. Hasta tal punto se confiere al comprador el derecho a la resolución del contrato cuando concurren las circunstancias antedichas que la Ley 57/1968 impone al promotor la obligación de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas mediante aval o seguro.*».

Tras esta interpretación, no se han hecho esperar otras sentencias que amparan verdaderos actos arbitrarios de los compradores, realizando aquéllas

(6) VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1968, pág. 546 y sigs.

una desviada interpretación sesgada y consecuencista de la Ley del 68 y prescindiendo, como prescinden para ello, de todos y cada uno los principios fundamentales de la contratación en nuestro Derecho e incluso de la propia Ley, apoyándose en la transcrita SAP de Alicante.

III. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA LEY 57/68

Ante un supuesto de hecho como en el que nos encontramos, de retraso en la entrega de la vivienda en virtud de contrato de compraventa sobre plano con entrega de cantidades adelantadas a cuenta del precio, antes o durante la construcción, entendemos que teóricamente podrán ejercitarse por el comprador tanto la acción resolutoria como la acción rescisoria, ahora bien, en caso de litigio, sólo deberá verse estimada tal pretensión si, en el caso concreto, concurren los presupuestos exigidos por nuestro Ordenamiento Jurídico.

A) RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Esta Ley de corte administrativo no pretende, ni regula, otra *facultad especial de resolución de contrato*, que no sea la propia recogida en el Código Civil y los principios generales de la contratación (*ex art. 1.124 CC*). La Ley no atribuye al comprador, pasado un día de la fecha de la entrega, la facultad de solicitar la devolución de las cantidades y con ello la resolución del contrato.

El artículo 1.124 del Código Civil faculta al contratante cumplidor, en los contratos sinalagmáticos, a exigir su cumplimiento o resolver el mismo, pero sólo para el caso de concurrir un incumplimiento propio y verdadero que frustre el fin del contrato. Únicamente, entonces, se deberá estimar la resolución contractual solicitada.

Los compradores, fraudulentamente, se sirven de la letra de esta Ley 57/68 y del aval prestado al comprador por el banco para alcanzar una finalidad bien distinta: obtener buenos beneficios. Para ello solicitan la restitución de las cantidades adelantadas, que (*iura novit curia*) sólo podría ser interpretada como el contenido de una acción resolutoria, por el hecho de haberse cumplido el plazo fijado para la entrega de la vivienda y de este modo verse liberados de un contrato al amparo de una ley, que repetimos, se dictó exclusivamente para evitar estafas de las promotoras.

Llamamos la atención del Juzgador, pues no estamos ante un retraso en la compraventa de un traje de novia o de un ataúd para el difunto, estamos ante una compraventa de vivienda sobre plano en la que concurren todo un sinfín de circunstancias, algunas imponderables que acarrea la edificación.

Los compradores, comunican fehacientemente la resolución extrajudicial al vendedor y solicitan la devolución de las cantidades, en contra de los dictados, espíritu y finalidad de la Ley 57/68 y del propio aval, en la que precisamente se fundan, con el único fin de verse liberados de cumplir un contrato que les vincula y que en principio es de obligatorio cumplimiento.

La Exposición de Motivos de la Ley indica su finalidad: «(...) *establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto*».

Afirma la SAP de Barcelona, Sección 16.^a, de 20 de julio de 2007 (*EDJ* 2007/146431), que la Ley 57/1968: «(...) *precave a los compradores de viviendas en construcción que hubieran entregado cantidades a cuenta del precio, no contra todo riesgo de incumplimiento del vendedor (defectos de acabado, meros retrasos en la entrega, vicios rehidibitorios o ruinógenos), sino únicamente contra el más grave riesgo consistente en la absoluta falta de entrega de la finca*».

El artículo 3 de la citada Ley exige *unos presupuestos fácticos especialmente establecidos, para que la referida Ley proceda a ser aplicada*:

- «Expiración del plazo de iniciación sin que éste hubiera tenido lugar».
- «Expiración del plazo de entrega sin que ésta hubiere tenido lugar».

Es el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de junio de 1986 (*EDJ* 1986/3909), el que señala respecto de la aplicabilidad de la Ley 57/68 que: «*El supuesto de la Ley es el de total o práctica inexistencia de la vivienda para que se produzca la ejecución de los avales*» (*sic*).

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de octubre de 1999 (*EDJ* 1999/33641), interpreta dichos presupuestos fácticos exigidos por la ley para que la misma pueda entrar en aplicación. Así y respecto de la expresión: «expirado el plazo de entrega de las viviendas» afirma en su Fundamento de Derecho Primero: «(...) *ha de atenderse a las situaciones de retraso intenso determinante de entrega notoriamente tardía*» (*sic*).

Por tanto, no estaríamos ante el presupuesto fáctico que posibilita comunicar la resolución contractual y la devolución de cantidades, en el caso de que la construcción de la vivienda estuviera prácticamente construida, este supuesto caería fuera del ámbito contemplado por la Ley para exigir dicha devolución, porque nada hace temer al comprador de cara a que las viviendas no lleguen a ser entregadas, que precisamente, es la única contingencia que la Ley del 68 viene a garantizar.

Esto se advera con el propio artículo 3.1 de la Ley, al exigir:

«(...) el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por 100 de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción “y” entrega de la vivienda».

Por tanto es la propia Ley la que parte del presupuesto fáctico de que la construcción de las viviendas va extraordinariamente retrasada, tan retrasada, que precisa de la fijación no sólo de un nuevo plazo para entregar la vivienda, sino también de otro nuevo para terminar su construcción.

Los avales, en sus *cláusulas*, conceden un *periodo* amplio de garantía, iniciándose la cobertura de la misma al día siguiente de la fecha fijada en el contrato para la entrega. Así, a modo de ejemplo establecen los avales: *«La presente garantía sólo será exigible durante el plazo de seis meses contados desde la fecha pactada para (...) la entrega de la vivienda, ya sea la inicialmente pactada o fijada al conceder la prórroga aludida en la cláusula anterior y consentida por el Banco ..., S. A.».*

La interpretación que defendemos de esta Ley no sólo se ve corroborada por el Tribunal Supremo, sino por la propia dicción literal y también racional de la Ley y del propio aval, pues, ¿qué razón tiene sino conceder una garantía que se extiende seis meses a contar desde la fecha fijada para la entrega, incluso aunque no se haya consentido la prórroga por el comprador?

La interpretación interesada hecha por los compradores vulnera los principios más elementales de la contratación y del cumplimiento de los contratos, llegando a la conclusión de que la Ley concede la facultad de optar por la resolución, aún estando terminada la construcción de la vivienda, por el hecho objetivo y automático de sobrepasar la fecha fijada en el contrato para su entrega. Interpretación que rechazamos, pues el objeto y finalidad de la Ley, repetimos, es prevenir contra la estafa del promotor vendedor, esto es, de aquellos casos en que la vivienda no llegara a entregarse.

La importante *SAP de Murcia, de 10 de marzo de 2009 (EDJ 2009/69418)*, subraya en su Fundamento de Derecho Cuarto: *«El artículo 3 de la Ley 57/68 no supone nada más que el reconocimiento específico para la compraventa de inmuebles de la facultad de resolución del comprador de un inmueble por expiración del plazo de entrega pactado, facultad que con carácter general está prevista en el artículo 1.124 del Código Civil, sin que de dicho texto legal se pueda inferir en modo alguno que la resolución es automática por la expiración del plazo de entrega, pues dicha acción debe ponerse en relación con la jurisprudencia sobre el particular que es la derivada de la interpretación del artículo 1.124 citado. De hecho este artículo 3 de la Ley 57/1968 nunca ha sido utilizado por la jurisprudencia para justificar una automática resolución contractual, y ello a pesar de que se*

trata de una ley con una prolongada vigencia en el tiempo desde su entrada en vigor» (sic).

B) RESCISIÓN DEL CONTRATO

Llama la atención que magistrados de talla lleguen a la afirmación de que se trata de un supuesto de rescisión fijado por la ley (*ex art. 3*) y por tanto, no hay más. Esto es, lo señala la Ley como supuesto de rescisión y sobrepasado el plazo fijado para la entrega, se faculta al comprador para rescindir a su voluntad.

Frente a tal argumentación, y con todos nuestros respetos, hemos de responder que el instituto de la rescisión ni funciona, ni se aplica de ese modo en nuestro Derecho, entre otras razones porque sobrarían los jueces, en caso de ser automática, pero sobre todo, porque el Derecho concede mediante la rescisión, un remedio *in extremis*, una acción al contratante sólo como respuesta a los perjuicios que le han sido irrogados, esto es, como afirma DE CASTRO: «se arbitra la rescisión para evitar al protegido un perjuicio, resultante del juego normal de la ley» (7).

La seguridad jurídica, el contrato como ley entre las partes y en último término el propio Ordenamiento jurídico en su conjunto, exige que se produzca una relación causal para que el comprador ejercite con éxito la acción rescisoria consistente en un grave e injusto perjuicio que hay que evitar, y si no concurre la causa, difícilmente se producirá la consecuencia, la rescisión del contrato.

La acción rescisoria tiene unos caracteres que precisamente han de concurrir para que el supuesto general regulado por la ley, aplicado al caso concreto resulte equitativo y justo:

1. Que se dirija a privar de eficacia a un negocio válido (art. 1.290 CC).
2. Su carácter subsidiario: no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (art. 1.294 CC).
3. Su finalidad es evitar un perjuicio, en su caso, podrá convertirse en una acción de indemnización de perjuicios sufridos (art. 1.295.3.º y 1.298 CC).
4. Se requiere, para su ejercicio, la existencia y correspondiente prueba del perjuicio económico.

(7) DÍEZ-PICAZO califica la rescisión contractual de ineficacia funcional frente a la ineficacia estructural: «Hay ineficacia funcional cuando un contrato regularmente formado contribuye a obtener un resultado contrario a derecho o un resultado que el derecho no puede consolidar. En especial, un perjuicio, un fraude o una lesión», en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, ed. Tecnos, 1986, pág. 307.

Ya el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de abril de 1943 (R. 418), precisó entre otros requisitos de la acción de rescisión: «(...) *la concurrencia de determinadas circunstancias —generalmente un agravio jurídico-económico— que obstan a la eficacia del contrato*».

Precisamente, esto mismo mantiene el Auto número 191/2009, Rollo Recurso de Apelación 458/2009, de la Audiencia de Madrid, Sala 18.^a, de fecha 23 de julio de 2009: «(...) *el simple ejercicio de una facultad resolutoria, por incumplimiento resolutorio, ha de ser propio o verdadero, sin que baste el simple retraso, y tener la gravedad o entidad suficiente, tanto en el aspecto económico como en el jurídico para afectar a la sustancia del contrato frustrando las legítimas expectativas de la parte afectada* (...)».

Ciertamente, no puede ser de otro modo. El hecho del retraso en la entrega no basta para acreditar «la lesión grave e injusta en caso de cumplimiento». Ésta deberá resultar probada para que proceda la rescisión que evitaría dicho perjuicio. Nuestro Derecho no se dirige a castigar al deudor, a imponerle una pena, sino a evitar o, en su caso, resarcir el perjuicio al acreedor, reponiendo su patrimonio a la situación en la que se encontraba antes de producirse el perjuicio. Por tanto, si no hay y/o no se acredita el perjuicio, malamente debería prosperar una rescisión del contrato.

En todo caso, el término «resolución» empleado en el Auto citado por la Audiencia de Madrid, como señalaba GULLÓN BALLESTEROS, respecto de la remisión en blanco contenida en el artículo 1291.5 del Código Civil, lo emplea el Código con una defectuosa terminología al dar el nombre de acción rescisoria, muchas veces impropriamente, cuando lo que procedería es su conceptualización como resolutoria o revocatoria. Resolución que, como hemos indicado, sólo debería prosperar ante un incumplimiento propio, verdadero, y esencial.

IV. EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES

Por todo lo expuesto, sea resolución, sea rescisión, ciertamente ha de ponderarse por los Tribunales de Justicia, bien la gravedad del incumplimiento, bien la gravedad del perjuicio jurídico y/o económico para que prospere la pretensión de ineficacia del contrato.

Es incuestionable que resulta del todo extravagante y contrario a la buena fe contractual que trascurrido un corto espacio de tiempo desde que se cumplió el plazo fijado en el que debería ser entregada la vivienda, los compradores, sin tan siquiera haber requerido para la entrega, procedan a resolver el contrato por incumplimiento de plazo pactado, lo que cuestiona no sólo la entidad del incumplimiento sino la exigibilidad de las obligaciones en los estrictos términos pactados, al menos en el momento de efectuar el requerimiento, sin que por otra parte sean atendibles las razones aducidas por la compradora para justificar esa resolución/rescisión.

Tal y como indica la *SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, sentencia de 26 de enero de 2004 (EDJ 2004/7130)*, que sigue por todas a lo dispuesto por la *STS de 26 de noviembre de 2001 (EDJ 2001/45811)*, Fundamento de Derecho Cuarto (*sic*):

«Respecto a la exigibilidad de las obligaciones, llama la atención que el 13 de abril de 2000, un mes y diez días después de que finalizara el plazo aproximado de 24 meses en que deberían ser entregados los dos apartamentos, la actora proceda a resolver el contrato por incumplimiento del plazo pactado, presentando la demanda judicial tres meses y medio después, el 31 de julio del mismo año, lo que cuestiona no sólo la entidad del incumplimiento —como luego se analizará—, sino la propia exigibilidad de la obligación en los estrictos términos pactados, al menos, en el momento de efectuar el requerimiento notarial mediante el cual comunica su voluntad “irrevocable” de resolver el contrato, que es la fecha que a todos los efectos se ha de tener en cuenta para el ejercicio de la facultad resolutoria prevista en el artículo 1.124 del Código Civil, y también en su artículo 1.504, siendo ambos compatibles, como reitera la jurisprudencia; sin que, por otra parte, sean atendibles las razones aducidas por la actora para justificar esa premura (...).

Concluye la sentencia en su Fundamento de Derecho Séptimo: *Sobre estas bases, la Sala entiende que en el presente caso no se da un incumplimiento esencial sino accesorio, defectuoso, inexacto o deficiente de las obligaciones asumidas por el demandado, circunscrito a un inapreciable retraso o demora en la entrega de los apartamentos, si atendemos al momento decisivo en que se le comunica la resolución del contrato (...).*

Por todo ello, serán los Tribunales de Justicia, en último término, los que deberán determinar, en caso de litigio, el alcance de la obligatoriedad de los contratos, tanto de lo expresamente pactado como de las consecuencias de lo convenido que han de deducirse conforme a la buena fe, al uso y a la Ley.

V. *EXCEPTIO DOLI*

El hecho de que todos podamos comprar una vivienda como destinatarios finales, no nos legitima para que, firmado un contrato válido obligatorio y vinculante, podamos hacer, unilateralmente, lo que más nos convenga, y ante la ausencia de la plusvalía esperada, dejar el contrato reducido a papel mojado aprovechando el hecho de haber vencido el plazo fijado para la entrega.

Es posible vetar o impedir resoluciones que, tomando pretexto en una apariencia de incumplimiento, tratan de realizar una nueva ganancia a través de un nuevo negocio. Frente a un comprador que demanda la resolución, afirma Díez-Piçazo, se puede oponer una *exceptio doli* o que la acción en que

se ejercita la facultad resolutoria se pueda producir, en contra de los dictados de la buena fe o resultar abusiva. Eso es indiscutible (8).

VI. EJECUCIÓN DEL AVAL O CAUCIÓN

Como ya hemos indicado, los compradores comunican extrajudicialmente la devolución de cantidades y generalmente la resolución o rescisión del contrato al promotor, fundando su pretensión en el texto literal de la Ley o de la propia garantía prestada.

No se debe confundir la regulación de un aval bancario o caución, que garantiza la devolución de cantidades adelantadas por los adquirentes más el 6 por 100 del interés, esto es, una obligación pecuniaria para el caso de que, requerido el promotor, no lo devuelva, y otra bien distinta que el éxito de la ejecución de la garantía frente al banco o aseguradora implique, automáticamente, la resolución o rescisión de un contrato de compraventa de vivienda sobre plano, por el hecho de su retraso en la entrega.

Entre otras razones, además de las ya expresadas, porque nada impide que el banco o aseguradora garante otorgue a su declaración el carácter de garantía a primer requerimiento, y acepte abonar la garantía ante la sola reclamación hecha por el adquirente, sin necesidad, siquiera, de que se pruebe el hecho del retraso mediante la aportación por el comprador de acta notarial conforme al artículo 3 de la Ley del 68 (9).

VII. PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO Y SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica tendrá generalmente que tenerse en cuenta en la labor de interpretación para desentrañar el sentido de cualquier norma. Pero siempre, la interpretación de las normas como *prius* de su aplicación, es el camino para superar incertidumbres y alcanzar la certeza, y su consecución sirve a la seguridad jurídica (10).

Por todo ello, debe llevarse a cabo, primeramente, una interpretación racional de la Ley y sólo posteriormente, una ponderación por el Juzgador de las circunstancias concretas que concurren en el caso, pero nunca, una apli-

(8) Díez-PICAZO, *Los incumplimientos resolutorios*, Cuadernos Cívitas, Thomson Civitas, 2005, págs. 30 y 31.

(9) GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Garantías por cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas*, disponible en la web: www.uclm.es.

(10) LAVILLA ALSINA, *Seguridad Jurídica y Función del Derecho*. Discurso leído el día 8 de febrero de 1999, en su recepción pública como Académico de Número, Madrid, 1999, págs. 65 y 66.

cación automática de una Ley que en todo caso resultaría de su incorrecta interpretación.

En nuestro derecho rige el principio de conservación de los contratos, frente al cual la resolución/rescisión se presenta con un cierto carácter excepcional. Hemos de subrayar la dilatada y consolidada doctrina jurisprudencial que interpreta el artículo 1.124 del Código Civil en el sentido de exigir un incumplimiento propio y verdadero que sea grave y esencial, que revista especial importancia y trascendencia, en definitiva, que frustre el fin del contrato, y en suma, favorable a la conservación del contrato, principio que se presenta hoy indispensable para mantener la seguridad del tráfico jurídico, en estos tiempos de crisis de mercado.

RESUMEN

COMPRAVENTA RESOLUCIÓN

Súbitamente y sin exponente alguno que permitiera a los analistas preverlo, desde el otoño del 2007, el mundo entero se ha visto inmerso en una profunda crisis financiera. El comprador de vivienda sobre plano, también se ha visto sorprendido in fieri por un mercado depresivo y en su lucha por buscarse una oferta a la baja, mucho más atractiva, resuelve arbitrariamente su anterior contrato, obligatorio y vinculante, tomando como pretexto la vacua (por estricta), literalidad de una Ley de 1968, que regula la garantía de devolución de aquellas cantidades anticipadas por el comprador en la construcción y cuyo único fin es evitar la estafa del vendedor.

ABSTRACT

PURCHASE CANCELLATION

Suddenly, and without any precursors enabling analysts to predict it, since autumn 2007 the entire world has been immersed in a severe financial crisis. Off-plan property buyers have also been startled in fieri by a bearish market, and, in their struggle to find a cheaper, much more attractive housing offer, they may arbitrarily cancel their previous obligatory, binding contract on the pretext of the letter of the Act of 1968 regulating the guaranteed refund of sums advanced by the buyer. The terms of the act, whose sole intent is to avoid fraud by the seller, are so very strict as to be vacuous.

(Trabajo recibido el 15-1-2010 y aceptado para su publicación el 9-4-2010)