

La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento

NIEVES FENOY PICÓN*
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El Ministerio de Justicia ha publicado dos propuestas de reforma del Código civil y una del Código de comercio, elaboradas, las primeras, por la Sección Civil y la tercera por la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación. Una de las propuestas civiles y la propuesta mercantil se refieren al régimen general de las obligaciones contractuales, codificado en el Código civil y en el de comercio. La otra propuesta civil se refiere a la compraventa civil. Es tal la importancia de estas propuestas que merecen ser objeto de atención y estudio por la comunidad científica. Con el propósito de contribuir a esa tarea ha sido redactado este trabajo, en el que se comparan, en lo que resulta oportuno, las soluciones ofrecidas por cada una de estas propuestas de reforma.

Este trabajo, junto a la exposición de las razones que justifican las reformas propuestas, se centra en el incumplimiento del contrato, y, a partir de él, toma en consideración la regulación de otras figuras afectadas por el concepto de incumplimiento utilizado. La regulación del incumplimiento propuesta se caracteriza por su amplitud, su naturaleza unitaria, y porque funciona con un carácter neutral, destacando la idea de la insatisfacción del interés del acreedor. Además del incumplimiento, y en relación con él, el trabajo estudia: la imposibilidad inicial, el error y el dolo in contrahendo, la imputación al deudor de los actos de sus auxiliares y colaboradores, la regla que impide la invocación del incumplimiento del contrato al contratante que

* Miembro del Grupo de investigación «Modernización del Derecho patrimonial» (D-008) de la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro de la Red Española de Derecho Europeo Privado y Comparado (REDPEC). Asimismo, el presente trabajo se inserta en el Proyecto de investigación DER 2008-00968/JURI.

lo causó, los requisitos del contrato (consentimiento, causa, objeto del contrato), las reglas de interpretación del contrato, y algún otro extremo.

PALABRAS CLAVE

Incumplimiento del contrato. Validez del contrato. Interpretación del contrato. Imposibilidad originaria de la prestación. Error y dolo en la formación del contrato. Error, dolo e incumplimiento. Responsabilidad del deudor por actos de sus auxiliares. No invocación del incumplimiento por el contratante que lo causó.

ABSTRACT

The Ministry of Justice has published two proposals to reform The code of laws and The commercial code. The two proposals were elaborated by The Civil Section and the third one by The Commercial Section, both of which belong to «Comisión General de Codificación». One of the civil proposals as well as the commercial one are associated with the general system of commitment, codified in both The common Civil Law and The commercial one. The other civil proposal refers to civil sale and purchase. These proposals are so important that they observe to be studied by researchers in this field. This work has been carried out to fulfill this task. In it, some comparisons are made together with the offered solutions about the reform proposals.

This work, as well as the exposition of the reasons for the proposals reforms focuses attention on breach of contract. Likewise, it takes into consideration the regulations of other aspects affected by the concept of non-compliance. The regulation of the proposed breach is known for its amplitude, uniting nature and also because it does not subjectively impute the debtor. This, as a result, does not affect the interests of creditors. In addition to lack of compliance and every thing associated with it, this work studies: The inicial impossibility, wrong doing and fraud in contrahendo, the imputation of debtors because of his collaborators or assistants' misleads, the norm that avoids resorting to no-compliance of contract that one of the contracting parties brought about, the contract requisites (consent, cause, the contract content), the norms of interpreting the contract as well as other issues.

KEY WORDS

Breach of contract. The contract validity. The contract interpretation. The inicial impossibility. Wrong doing and fraud when writing a contract. Wrong doing, fraud and non-compliance. The debtor's responsibility due to his collaborators' misdeeds. Not resorting to no compliance.

SUMARIO: I. *Aspectos generales*: 1. Consideraciones generales y delimitación del objeto del trabajo.-2. Las explicaciones de las Exposiciones de Motivos de las *Propuestas* sobre la necesidad de la reforma y otros datos de interés: 2.1 La Exposición de Motivos de la *Propuesta mercantil*. 2.2 La Exposición de Motivos de la *Propuesta civil*. 2.3 La Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa*. 2.4 La oportunidad de la reforma y la influencia de ciertos textos. II. *La noción de incumplimiento*.-1. Las cuestiones objeto de estudio.-2. La estructura que se adopta para la regulación del incumplimiento.-3. La definición de incumplimiento: 3.1 Una noción amplia y unitaria. 3.2 El carácter neutral del incumplimiento: 3.2.1 La incorporación de la «teoría de los riesgos» al incumplimiento. El traspaso del riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa del vendedor al comprador. 3.2.2 Particular referencia a la imputación subjetiva en el remedio indemnizatorio. Alusión al remedio del cumplimiento.-4. La regla de la no invocación del incumplimiento por aquel que lo causó.-5. Imputación al deudor de los actos de sus auxiliares y colaboradores.-6. La imposibilidad originaria de la prestación y su relación con el incumplimiento: 6.1 La prestación originariamente imposible y la validez del contrato. 6.2 La imposibilidad originaria en la compraventa y el incumplimiento. 6.3 La relación entre el error, el dolo y el incumplimiento. 6.4 Excurso sobre el sistema de los PECL.-III. *Precisión final*.-Bibliografía.

I. ASPECTOS GENERALES

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO

[1] En el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* se han publicado:

a) La *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (Propuesta mercantil o PM en lo sucesivo)*. Publicada en el año 2006 y obra de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación¹.

[i] El Artículo Primero de la *Propuesta mercantil* dispone: «Se modifica el artículo 1.º del Código de comercio que queda redactado con el siguiente texto: (...)».

¹ *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LX, 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 605-618. Sobre la composición y funcionamiento de la Comisión General de Codificación: JEREZ DELGADO/PÉREZ GARCÍA, *RJUAM* (2009), pp. 156-165.

Según el Artículo Segundo de la *Propuesta mercantil*: «Se modifican los artículos 50 a 63 del Código de comercio, que, junto con los nuevos artículos 64 a 80, integrarán el Título IV “Disposiciones generales sobre los contratos mercantiles” del Libro I con el texto siguiente: (...)».

Por último, el Artículo Tercero de la *Propuesta mercantil* señala: «Se modifican los artículos 942 a 955 del Código de comercio que integrarán los Títulos II y III del Libro IV con el texto siguiente: (...)».

b) *La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (Propuesta civil o PC en lo sucesivo)*. Publicada en el año 2009 y obra de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación².

[i] La reforma de la *Propuesta civil* es de amplio alcance, como puede comprobarse en lo que sigue.

El Artículo Primero de la *Propuesta civil* dispone: «Los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código civil que comprenden los artículos 1088 a 1235 y 1236 a 1314, respectivamente, tendrán en lo sucesivo la redacción que se inserta a continuación: (...)».

Según el Artículo Segundo de la *Propuesta civil*: «Artículos del Libro Cuarto que quedan sin contenido./

“Quedan derogados los artículos 1526 a 1530, 1535 y 1536, del Capítulo VII, De la transmisión de créditos y demás derechos incorporeales, dentro del Título IV, Del contrato de compra venta; así como el

² *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009, Suplemento. En el Anexo de la Propuesta civil se informa: «Relación de los integrantes de la Sección Primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación que han participado en la elaboración de la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos/ (Reuniones celebradas desde el 23 de noviembre de 1994 a 28 de mayo de 2008), Presidente: D. Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN; Vocales: D. José Luis ÁLVAREZ ÁLVAREZ, D. Manuel AMORÓS GUARDIOLA, D. Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, D. Alberto BALLARÍN MARCIAL, D. Roberto BLANQUER UBEROS, D.ª Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, D. Jorge CAFFARENA LAPORTA, D. Alfonso CALVO CARAVACA, D. Eduardo CERRÓS SÁNCHEZ HERRERA (fallecido), D. José María CHICO ORTIZ (fallecido), D. Jesús Díez DEL CORRAL Y RIVAS, D. José Antonio ESCARTÍN IPIENS, D. Diego ESPÍN CÁNOVAS (fallecido), D. José FERRANDIS VILELLA, D. Manuel GITRAMA GONZÁLEZ (fallecido), D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, D. Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS (fallecido), D.ª Carmen de GRADO SANZ, D. Carlos LASARTE ÁLVAREZ, D. Ramón LÓPEZ VILAS, D. Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (fallecido), D. Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, D. Francisco MATA PALLARES, D. José María MIGUEL GONZÁLEZ, D. José MIURA FUENTES, D. Vicente MONTES PENADÉS, D. Antonio Manuel MORELES MORENO, D. José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, D. Francisco NÚÑEZ LAGOS, D. Fernando PANTALEÓN PRIETO, D. Antonio PAU PEDRÓN, D. Manuel PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, D. José POVEDA DÍAZ, D.ª Encarna ROCA I TRÍAS, D. Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, D. Manuel Ángel RUEDA PÉREZ, D. Luis SANCHO MENDIZÁBAL, D. Juan SARMIENTOS RAMOS, D.ª María Concepción SIERRA ORDÓÑEZ, D. Manuel TABOADA ROCA (fallecido), D.ª María TELO NÚÑEZ, D. Miguel VIRGOS SORIANO (Vocal de la Sección Segunda de Derecho Mercantil)».

artículo 1911 comprendido en su Capítulo I, Disposiciones Generales, dentro del Título XVII, De la concurrencia y prelación de créditos”.

El Artículo Tercero de la *Propuesta civil* preceptúa: «Modificación de la redacción de determinados artículos.

Los artículos 1452; 1460, primer párrafo; 1501-3.º; 1568; 1574; 1621; 1684, segundo párrafo; 1754, primer párrafo; 1772, segundo párrafo, 1817, primer párrafo; 1822, segundo párrafo; y 1974, tendrán, en lo sucesivo, la siguiente redacción: (...)».

Finalmente, el Artículo Cuarto de la *Propuesta civil* preceptúa: «Aplicación general de la reforma legal propuesta.

La presente Ley se dicta en el ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.8.ª de la Constitución, por lo que será de aplicación general».

Cada una de las *Propuestas* aludidas persigue actualizar, respectivamente, el Código de comercio de 1885 y el civil de 1889. Entre las materias tratadas, las *Propuestas mercantil y civil* regulan, con carácter general, el *incumplimiento del contrato y sus remedios*.

[2] Es conocido que en España, de un tiempo para acá y a nivel doctrinal, se está llevando a cabo una reflexión y una progresiva renovación del Derecho de las obligaciones contractuales (Luis Díez-Picazo, Morales Moreno, Pantaleón, etc.³). Dentro de este sector del Derecho, especial atención ha merecido el incumplimiento del contrato y sus remedios. Nuestro Código civil puede aplicarse desde una visión tradicional o desde otra modernizadora (a través de los criterios interpretativos de las normas del art. 3.1 CC). La interpretación modernizadora es un anterior paso que puede permitir abrir camino a una efectiva reforma del Derecho. Las *Propuestas mercantil y civil* constituyen el siguiente paso cualitativo del proceso legislativo español de la modernización de las obligaciones contractuales, si éste llega a culminarse.

³ Destaca la tarea impulsora de Luis Díez-PICAZO e influencia de PANTALEÓN, MORALES MORENO [(2006-A), pp. 28-29; para su opinión p. 54]: «En el plano doctrinal, dentro del derecho español se advierte una tendencia orientada hacia la modernización del derecho de obligaciones bajo las directrices del nuevo modelo. Tuvo un gran importancia, en este sentido, el trabajo que Fernando PANTALEÓN publicó en el Anuario de Derecho Civil, el año 1993 [fascículo cuarto], bajo el título: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual». En él diseña, de modo certero, las líneas maestras conforme a las cuales debe procederse a revisar el derecho de obligaciones español. Es, asimismo, de singular valor, la labor de modernización que ha desarrollado y continúa desarrollando el Prof. Luis Díez-PICAZO, tanto en sus Fundamentos del Derecho Patrimonial Civil como en otras publicaciones. El empeño de Luis Díez-PICAZO en la modernización del Derecho de obligaciones español traspasa el plano doctrinal. Como Presidente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, ha impulsado los trabajos preparatorios de modernización del libro IV del Código civil español, dedicado a las «obligaciones y contratos», en sus títulos primero («De las obligaciones») y segundo («De los contratos»); y, asimismo, otros trabajos orientados a la modificación del régimen de algunos contratos en el CC, como el de compraventa». Vid. Luis Díez-PICAZO, «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», ADC (2003), pp. 1565-1574.

[3] a) Hay un interés intrínseco en conocer la regulación de cada una de las señaladas *Propuestas* sobre el incumplimiento y sus remedios y compararlo con la vigente regulación de los Códigos de comercio y civil. Esto permite constatar cuál sería el alcance de la reforma. El análisis del incumplimiento es una de las materias objeto de estudio en este trabajo.

[i] Pero, ese análisis requiere del estudio de otras materias relativas al contrato como, por ejemplo, los requisitos del contrato, el error y el dolo en la formación del consentimiento, la interpretación y la integración del contrato. Estas otras materias también son objeto de mi estudio, pero su enfoque lo hago a partir del incumplimiento.

b) En las respectivas Exposiciones de Motivos (o EM en lo sucesivo) de las *Propuestas mercantil y civil* se nos apunta cuáles han sido las fuentes de inspiración. Tras su lectura, se comprueba que en ambas *Propuestas* han estado presentes unas mismas fuentes, aparte de otras no compartidas (*vid.* siguiente letra c) e *infra* [9], [11]). Es de provecho constatar cómo dos *Propuestas*, en las que se han tenido en cuenta unos textos jurídicos a partir de los cuales se ha trabado la modernización de las obligaciones contractuales, comparten o difieren (y, en tal caso, cómo) en la solución adoptada. Dentro de la Modernización, aparecen los submodelos. Este análisis comparativo entre las *Propuestas mercantil y civil* tiene interés: en lo que coinciden, permite plantear la necesidad de la duplicidad normativa; en lo que difieren, la razón de su porqué y exigencia.

c) Para mi análisis me sirvo, entre otros materiales, de la *Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980* (o CISG en lo sucesivo)⁴; de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT* (o Principios UNIDROIT en lo sucesivo); y de los *Principles of European Contract Law* (o PECL en lo sucesivo). Su razón es que estos textos han influido en las *Propuestas mercantil y civil* (así se nos indica en las respectivas Exposiciones de Motivos de las *Propuestas: infra* [9], [11])⁵.

⁴ Sobre las abreviaturas habituales en la cita de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980: MARTÍNEZ CAÑELLAS (2004), p. xxi y nota 16.

⁵ Sobre la influencia de los PECL en el Derecho español: GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009), pp. 151-182; VENDRELL CERVANTES, *ZEUP* (2008/3), pp. 534-548; PERALES VISCASILLAS (2008), pp. 453-500, y (2009-B), pp. 157-175. Expone el Derecho alemán (BGB) tras su reforma de 2002 contrastándolo con los PECL, y con cita de la CISG y de los Principios UNIDROIT: ZIMMERMANN (2005); también, EBERS, *ADC* (2003), pp. 1575-1608. *Vid.* las reflexiones de LANDO: «Have the PECL Been a Success or a Failure?», *ERPL*, 2009/3, pp. 367-375.

Asimismo, he trabajado con los Comentarios que acompañan a los Principios UNIDROIT⁶ y a los PECL⁷. En relación con la CISG, he prestado particular atención al Comentario que de la misma hace Honnold, no sólo por su especial conocimiento de ésta, sino porque, por su formación y visión, los Comentarios de Honnold son un útil instrumento como contrapunto a una visión de la CISG, a partir de una formación bajo la clave de un código civil adscrito a la familia continental-romanista como es el Código civil español. Lo anterior, sin olvidar que la CISG preceptúa, que «[e]n la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional» (art. 7.1 CIS)⁸. Ahora bien, el objeto final de mi análisis jurídico es el Derecho de las *Propuestas mercantil y civil*, y a ellas no se aplica el artículo 7.1 CISG⁹.

⁶ Utilizo: *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, 2004; *UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*, Roma, 2004, versión española bajo la dirección de Alejandro A. M. Garro, ed. Thomson/Aranzadi/UNIDROIT, citados, en lo sucesivo, como Principios UNIDROIT (2004). De interés también: *Comentarios a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, coord. David Morán Bobio, 2.ª ed., Thomson/Aranzadi (2003). Además, PERALES VISCASILLAS, (2009-A), pp. 183-207, y (2009-B), pp. 157-175.

⁷ Salvo que otra cosa indique, manejo: *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law*, LANDO/BEALE (eds.), The Hague, Kluwer Law International (2000). Citados, en lo sucesivo: LANDO/BEALE (ed.) (2000).

⁸ Continúa el artículo 7 CISG: «(...) 2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la Ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado». Sobre el apartado 1 del artículo 7 CISG: MARTÍNEZ CAÑELLAS (2004), pp. 99-265. Sobre el apartado 2 del artículo 7 CISG: VIDAL OLIVARES, *ADC* (2003), pp. 993-1041.

⁹ Preámbulo de los Principios UNIDROIT: «(Propósito de los Principios)/ Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales./ Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos./ Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del derecho, *lex mercatoria* o expresiones semejantes./ Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato./ Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme./ Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional./ Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales» [*vid.* Comentarios 3, 6, 7 y 8 del Preámbulo de los Principios UNIDROIT, Principios UNIDROIT (2004), pp. 3, 6-7]. Artículo 1:101 PECL: «Application of the Principles/ (1) These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Union./ (2) These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them./ (3) These Principles may be applied when the parties: (a) have agreed that their contract is to be governed by “general principles of law”, the “lex mercatoria” or like; or/ (b) have not chosen any system or rules of law to govern their contract./ (4) These Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so» [*vid.* *Comments A, B y F* del art. 1:101 PECL; LANDO/BEALE (ed.) (2000), pp. 95, 97].

Esta metodología de comparar las *Propuestas mercantil y civil* con los citados textos jurídicos y Comentarios me permite, indirectamente, explicarlas; también, situarlas en un actual y dado contexto de Derecho comparado.

[i] En algún caso aludiré al *Draft Common Frame of Reference* de 2009 (o DCFR 2009 en lo sucesivo).

a) Sobre la Propuesta civil.

Al menos por una razón cronológica, el DCFR 2009¹⁰ no ha sido tenido en cuenta en la redacción de la *Propuesta civil*. Tampoco creo que se haya tenido presente al DCFR 2008 (*Interim Outline Edition*)¹¹, si bien en la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil* se alude al futuro Derecho Europeo de contratos (*infra* [11]).

Pero, dicho lo anterior, la relevancia doctrinal del DCFR (académico) en el marco europeo del Derecho de contratos justifica que haga ciertas referencias al mismo. Tales referencias las hago asociadas a los PECL, pues, estos últimos son los que, efectivamente, han influido en la *Propuesta civil*. En el incumplimiento y en sus remedios, el DCFR 2009 (Libro III) se basa en los PECL, si bien con modificaciones (algunas, de importancia)¹². De ahí mi decisión de citar el DCFR 2009 asociándolo a los PECL.

Por otro lado, nuestro Tribunal Supremo ya ha mencionado en alguna de sus sentencias al DCFR (en relación con el art. 1284 CC: STS 1.ª, 25-05-2009, FD 3.º, *in fine*, Pte. Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías, EDJ 2009/101649; a propósito del contrato de franquicia: STS, 1.ª, 09-03-2009, FD 3.º, *in fine*, Pte. Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías, EDJ 2009/25485). Igualmente lo han

¹⁰ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll (2009). Utilizo, para este trabajo: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by von Bar/Eric Clive, vol. I, Intr., Princ., Def.; I-1:101 to III-4:207, que cito, en lo sucesivo, como VON BAR/CLIVE (2009), I. Vid. *Introduction*, núms. 3 pp. 2-3, 7 y 8 p. 4, VON BAR/CLIVE (2009) I. Básicamente por su actualidad y por el amplio espectro de Derecho comparado que cubren, con información condensada, son de interés las Notas de Derecho comparado del DCFR 2009 (v. *Introduction* núm. 4, p. 3). También de interés, el vol. 17, n.º 4 (2009) de la *ERPL*.

¹¹ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll (2008).

¹² También para el Libro II: VON BAR/CLIVE (2009) I, *Introduction*, núms. 1, p. 1; 27, p. 11; 35 a 37, pp. 13-14; 40 a 44 (en particular), pp. 15-17.

hecho algunas Audiencias Provinciales (así, SAP Pontevedra, 1.ª, 17-12-2009, FD 1.º, Pte. Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez, EDJ 2009/342557).

b) Sobre la Propuesta mercantil.

Por una mera razón cronológica (2006), es evidente que el DCFR (de 2008, de 2009) no ha sido tenido en cuenta en la redacción de la Propuesta mercantil.

d) Aunque mi análisis se centra, básicamente, en las *Propuestas mercantil y civil*, hay otra *Propuesta* que también tengo en cuenta: la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa* (o *Propuesta sobre compraventa* o PCV en lo sucesivo). La ha publicado el Ministerio de Justicia, en su Boletín, en el año 2005, y proviene de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación¹³.

No hago un estudio detallado de la *Propuesta sobre compraventa* (Parte especial)¹⁴, como el que realizo de las *Propuestas mercantil y civil*. Pero, siempre que ha sido necesario la he tenido en cuenta: relacionándola con la Parte general de la *Propuesta civil*, puedo hacer un análisis más profundo de esta última. Añádase, que la *Propuesta civil* modifica algunos de los artículos del contrato de compraventa del Código civil (pérdida originaria de la cosa: art. 1460; riesgo de pérdida sobrevenida: art. 1452) en la misma línea que en su día propuso la *Propuesta sobre compraventa*. Es perceptible la continuidad sistemática que media entre ambas *Propuestas civil y sobre compraventa*¹⁵. Por último, una reforma de la

¹³ *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, mayo de 2005, núm. 1988, pp. 108-124. El Artículo primero de la *Propuesta sobre compraventa* dispone: «Se modifican los artículos 1445, 1447, 1448, 1450, 1452, 1465 y 1468, comprendidos en el Capítulo Primero, del Título IV, del Libro IV del Código civil, cuya redacción será la siguiente: / (...)». Según el Artículo segundo de la *Propuesta sobre compraventa*: «Se modifican los artículos 1474 a 1496, comprendido en la Sección 3.ª del Capítulo IV del Título IV del Libro IV del Código civil, cuya redacción será la siguiente: / (...)». Artículo Tercero de la *Propuesta sobre compraventa*: «Quedan sin contenido los artículos 1458, 1460, 1461, 1469 a 1472 y 1497 a 1499». Según el Artículo cuarto de la *Propuesta sobre compraventa*: «Se introducen las siguientes modificaciones en los apartados o rúbricas de los mismos del título IV del libro IV del Código civil: / (...)» (cfr. *infra* nota 33). La *Propuesta sobre compraventa* acaba con una disposición adicional sobre el saneamiento, que se transcribe *infra* [15], letra d).

¹⁴ Di detallada cuenta de ella, en lo que me interesaba: FENOY PICÓN (2006) [80], pp. 223-244; MORALES MORENO, ADC (2003-A), pp. 1609-1651.

¹⁵ Lo confirma, además, el hecho de que el Ministerio de Justicia, después de haber publicado la *Propuesta sobre compraventa* y la *Propuesta civil* en su Boletín de Información (*supra*, notas 2 y 13), haya publicado en 2009 un pequeño libro en el que ambas *Propuestas* aparecen unidas como una única *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Comisión General de Codificación. El libro se aportó a unas Jornadas que celebró el Ministerio de Justicia en febrero de 2010 para presentar esta Propuesta de la Comisión General de Codificación. En la solapa del libro se lee: «Esta

profundidad que propone la *Propuesta civil* conduce a la inevitable reforma de los contratos en particular: el comprobar cómo se coordinan entre sí tales *Propuestas sobre compraventa y civil* es instructivo y, sobre todo, avanza perspectivas de futuro.

[4] No entro en el debate de qué es materia mercantil (la especialidad) frente al Derecho civil (lo que no me impedirá hacer una valoración sobre la *Propuesta mercantil*, así como sobre su necesidad). En la *Propuesta mercantil* se opta por ampliar notablemente la regulación general del contrato, comparado con lo que ocurre en el vigente Código de comercio. Y, sin embargo, la *Propuesta mercantil* no regula importantes aspectos del incumplimiento contractual. Así, no contempla la posibilidad de que el acreedor pueda exigir del deudor el cumplimiento de la obligación; ni precisa el test para concretar, cuando el incumplimiento es excusable a efectos de la indemnización de daños y perjuicios.

[5] Un punto interesante de la *Propuesta mercantil* es la norma que cierra su sistema de contratos. Según el artículo 50.2.I PM:

«Los contratos mercantiles se regirán por las disposiciones contenidas en este Código y en las leyes mercantiles que lo complementan, en su defecto por los usos mercantiles observados en el sector económico de que se trate y a falta de éstos por las disposiciones de la legislación civil.»

La expresión «legislación civil» sustituye a la de «Derecho común» empleada en los artículos 50 y 2 CCO¹⁶. Es conocido, que el Tribunal Supremo interpreta el «Derecho común», en el sentido de que procede aplicar el oportuno Derecho civil foral/autonómico¹⁷. Frente a esto, en la Exposición de Motivos de la *Propuesta*

propuesta no vincula al Ministerio de Justicia, pero puede ser asumida por él como texto preliminar de una nueva regulación de nuestro Código Civil en la materia propuesta».

¹⁶ Artículo 2 CCO: «Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común./ Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga». Artículo 50 CCO: «Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común».

¹⁷ Sobre esta cuestión, la STSJ de Navarra (Civil) de 19.03.2001 (Pte. Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Urzainqui; EDJ 2001/3850): «El objeto de la presente contienda está constituido por un contrato de seguro concertado por una compañía mercantil de seguros y una empresaria individual para cubrir mediante el pago de una prima anual diversos riesgos inherentes a la explotación de una granja destinada al engorde de pollos. Versa, en definitiva, sobre un contrato mercantil sujeto en primer término a las disposiciones de la Ley 50/1980, de 8 de octubre; en lo no previsto en ellas, a las normas del Código de Comercio, y, sólo supletoriamente, a las del Derecho común (arts. 2 y 50 del Código de Comercio). *Cierto es que el “Derecho común” a que se remiten los artículos 2 y 50 del Código de Comercio no es sólo el general del Código civil, sino también el foral vigente en*

mercantil se palpa el interés perseguido de que la actividad económica disponga de una *regulación única* para todo el territorio nacional, independientemente de con qué persona o entidad contrae el empresario (algo importante por la «unidad de mercado»). La Exposición de Motivos precisa: «[e]l hecho de que algunas de las normas establecidas coincidan en su contenido, que no en su texto literal, con otras del ámbito civil, no priva a tales normas de su carácter mercantil».

En resumen, la *Propuesta mercantil* persigue «asegurar la vigencia de unas mismas normas para la actividad económica» (art. 149.1.6.^a CE)¹⁸ y, para ello, emplea la técnica de hacer una regulación lo más amplia posible. Pero, es difícil que ello se logre de modo absoluto, si la norma que cierra el sistema remite a la legislación civil (plural en el Estado español). Aparte, de que duplicar las normas no es buena técnica legislativa y en muchos aspectos, se verá, hay duplicidad normativa entre las *Propuestas mercantil* y *civil*. Si se quiere lograr una regulación única para los contratos mercantiles, tal vez podría hacerse una norma de remisión (dinámica) a determinadas normas civiles y éstas, a través de esa remisión-incorporación, adquirir la condición mercantil lo cual puede discutirse¹⁹. Eso, a su vez, permitiría aligerar la extensa redacción de la *Propuesta mercantil* para las obligaciones contractuales.

los territorios con derecho propio (SS de 28 de junio de 1968 y 16 de febrero de 1987 del Tribunal Supremo, 2 de marzo de 1999 y 28 de junio de 2000 de este Tribunal Superior), pero el carácter supletorio que asignan a sus disposiciones impide que una de éstas –en nuestro caso, la que sanciona el principio civil foral de constante mención– pueda imponerse a las propias fuentes normativas del Derecho mercantil» [FD 4.º A); cursiva mía]. Para las sentencias citadas: STS de 28-06-1968, FD 2.º, 3.º 4.º (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón; EDJ 1968/543); STS de 16-02-1987, FD 5.º (Pte. Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso; EDJ 1987/1242); STSJ de Navarra (Civil) de 28-06-2000, FD 1.º A) b) (Pte. Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Urzainqui; EDJ 2000/72256); STSJ de Navarra (Civil) de 02-03-1999, FD 2.º (Pte. Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Urzainqui; EDJ 1999/3385).

¹⁸ Artículo 149.1.6.^a CE: «1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) / 6.^a Legislación mercantil, penal y penitenciaria; (...)».

¹⁹ Refiriéndose sólo al problema de que los distintos Derechos civiles forales (autónomos) regulen de modo distinto la prescripción y la caducidad, MARTÍNEZ CAÑELLAS opina: «Frente a este posible problema, el legislador estatal debe reaccionar para, al menos, conservar una norma común en materia de prescripción mercantil. Ello pasa por la reforma del CCO para dar a esta materia de prescripción y caducidad una regulación moderna, racional y, sobre todo, absolutamente completa, de tal manera que en dicha materia no puedan encontrarse lagunas que permitan la remisión al Derecho civil. Además debería completar esta reforma con una nueva regulación que delimite de manera clara los criterios de calificación del carácter mercantil o civil de los contratos, (discusión que, lamentablemente, deberá mantenerse mientras la Constitución distinga entre las materias de Derecho mercantil como competencia exclusiva estatal y de Derecho civil como posible competencia de algunas comunidades autónomas en materia contractual), aunque el CCO modifique el artículo 2 CCO, señalando que, en defecto de norma mercantil, se aplique, no el Derecho común, sino el Derecho civil estatal./ En este sentido, la Comisión General de Codificación ya ha tomado la iniciativa elaborando un borrador de anteproyecto de reforma del Código de Comercio que está durmiendo el sueño de los justos, perdiendo con ello una oportunidad de mejora de nuestro ordenamiento (...)» [(2009), p. 289; *vid.* también, pp. 286, 293].

Más allá, en este trabajo, aplico la *Propuesta civil* como supletoria de la *Propuesta mercantil*.

[6] Esa búsqueda de la unidad de mercado subyace, asimismo, en la decisión de la *Propuesta mercantil* de atribuir carácter mercantil a los contratos celebrados con consumidores. Según el artículo 50 PM:

«1. Son contratos mercantiles los celebrados por empresarios en el ejercicio de su actividad profesional, incluidos los realizados por los consumidores.

2. (...).

Serán aplicables a los contratos mercantiles con los consumidores las normas para la protección de éstos, establecidas en este Código o en leyes especiales»²⁰.

²⁰ En la Exposición de Motivos de la *Propuesta mercantil* se lee: «Puesto que se trata de asegurar la vigencia de unas mismas normas para la actividad económica, es imprescindible definir el ámbito de aplicación de la regulación que se establece sobre contratos mercantiles, y a estos efectos se comienza estableciendo que lo son los celebrados por los empresarios en el ejercicio de su actividad profesional, *incluidos los celebrados con consumidores*. En efecto, el principio constitucional de unidad de mercado tiene que asegurar que las normas aplicables en su contratación a los empresarios rigen para los contratos que realicen con cualesquiera personas o entidades dentro de todo el territorio español y tanto si el otro contratante es un empresario, *como un consumidor*. No sería compatible con la exigencia constitucional de la unidad de mercado que los contratos que celebran empresarios hubieran de aplicarse reglas distintas según la parte de territorio nacional donde tuviera su domicilio o su sede la otra parte contratante. *Naturalmente que a los contratos celebrados con consumidores habrán de serles aplicadas las normas dictadas para la protección de éstos*, muchas de las cuales son trasposición de disposiciones de la Unión Europea dictadas precisamente para asegurar la unidad de mercado en el ámbito comunitario europeo./ En atención a esta delimitación de contratos mercantiles se incluye un nuevo texto para el artículo primero del Código de comercio donde se ofrecen las nociones de empresarios y consumidores, debiendo hacerse notar que la noción de consumidores *se aparta* de la establecida en la Ley 26/1984, de 19 de junio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, siguiendo lo que disponen las directivas comunitarias, según las cuales el consumidor ha de ser siempre una persona natural» (cursiva mía).

Según el artículo 1 PM: «1. Son empresarios, a efectos de este Código y demás leyes mercantiles las personas naturales y jurídicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad económica en el mercado, y en todo caso las sociedades que adopten alguno de los tipos mercantiles./ 2. Son consumidores, a efectos de este Código y demás leyes mercantiles las personas naturales que realicen contratos con una finalidad ajena a cualquier actividad profesional o empresarial./ 3. Todas las menciones que se hacen al “comerciante” en este Código quedan sustituidas por las de “empresario”». En la actualidad, en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de 2007 (o TRLGDCU en lo sucesivo), su artículo 4 dispone: «*Concepto de empresario*/ A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada»; y, según el artículo 3: «*Concepto general de consumidor y usuario*/ A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». El derogado artículo 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 disponía: «(...) / 2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan, o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes lo producen, facilitan, suministran o expiden./ 3. No tendrán la consideración de consumi-

2. LAS EXPLICACIONES DE LAS EXPOSICIONES DE MOTIVOS DE LAS *PROPUESTAS* SOBRE LA NECESIDAD DE LA REFORMA Y OTROS DATOS DE INTERÉS

[7] Junto a lo ya apuntado (*supra* [3]), voy detenerme a continuación y con mayor detalle en las razones que en las Exposiciones de Motivos de las tres *Propuestas* se nos ofrecen como justificadoras de la reforma. También aludiré a los textos jurídicos que, se nos indica, han influido en su redacción.

2.1 La Exposición de Motivos de la *Propuesta mercantil*

[8] Comienza recordando, cómo la legislación mercantil ha sido objeto de una intensa actualización desde la segunda mitad del siglo pasado (en contabilidad y Registro Mercantil, sociedades mercantiles, letra de cambio y cheque, legislación concursal). En ese proceso de modernización de la legislación mercantil, calificado de «*absolutamente indispensable*», se encuentra la contratación mercantil (sector clave). Se recuerda, que anteriormente se han regulado algunos contratos como el de agencia y el de seguro, siendo «*imprescindible extender ahora el proceso de modernización de nuestra legislación mercantil al ámbito de los contratos mercantiles*».

[9] Para esa modernización, según la Exposición de Motivos, los redactores se han inspirado en los trabajos realizados internacionalmente para la unificación de las normas del tráfico mercantil. Entre éstos destacan la CISG, *los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* elaborados por UNIDROIT²¹ y los

dores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros». Finalmente, en el núm. III de la Exposición de Motivos del TRLGDCU se indica: «El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias pretende, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta, por ello, por la utilización de los términos consumidor y usuario y empresario./ Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las “personas jurídicas”./ El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros./ (...)».

Vid. MARTÍNEZ SANZ (2009), pp. 509-524.

²¹ MARTÍNEZ CAÑELLAS, en un trabajo en el que analiza la prescripción extintiva, alude a un Borrador de Anteproyecto de reforma del Código de comercio de la Comisión General de Codificación, sobre el que señala que se redactó antes de la publicación de los

«trabajos de la Comisión Landó (*sic*) sobre el Derecho europeo de los contratos» (esto es, los PECL).

[10] Conviene destacar cómo se estructuran en la *Propuesta mercantil* las normas generales de los contratos mercantiles del Libro I, Título IV, del Código de comercio (artículo segundo de la *Propuesta mercantil*).

Además de unas previas disposiciones generales –en la Secc. 1.^a, «*Del régimen jurídico de los contratos mercantiles*» y en el art. 50– desde la Sección 2.^a hasta la 8.^a del artículo segundo de la *Propuesta Mercantil*, se siguen «*las sucesivas fases que cabe distinguir en la vida de los contratos, desde los deberes precontractuales, que carecen de una regulación legal específica en nuestro Derecho positivo, hasta la extinción e incumplimiento de los contratos, pasando por la perfección, interpretación, contenido y cumplimiento del contrato*» (explicación de la Exposición de Motivos). Y, así: la Sección 2.^a trata «*De los deberes precontractuales*» (art. 51), la 3.^a «*De la perfección del contrato mercantil*» (arts. 52 a 54), la 4.^a «*De la interpretación de los contratos mercantiles*» (art. 55), la 5.^a «*Del contenido del contrato*» (arts. 56, 57), la 6.^a «*Del cumplimiento del contrato*» (arts. 58, 59), la 7.^a «*De la extinción y excesiva onerosidad*» (arts. 60, 61) y la 8.^a «*Del incumplimiento de los contratos mercantiles*» (arts. 62 a 66), etc.²². Entre otros posibles modelos, la *Propuesta mercantil* ha optado por sólo regular las obligaciones contractuales²³.

Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales de 2004, y que los Principios UNIDROIT que se tuvieron como referencia en tal Borrador fueron los de la versión de 1994 [«(...) Por otra parte, la Comisión general de codificación redactó el borrador antes de que se publicaran los Principios UNIDROIT, en 2004, por lo que tomaron como referencia la versión de 1994, que no regulaba la prescripción, y que, por tanto, no deberían servir para interpretar las disposiciones del borrador, a pesar de lo que se expresa en la parte introductoria de los Principios UNIDROIT»; MARTÍNEZ CAÑELLAS (2009), p. 292]. Por mi parte, en el incumplimiento y sus remedios de la *Propuesta mercantil*, comparo con la versión de 2004.

²² Sección 9.^a «*De la morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles*» (arts. 67 a 73), Sección 10.^a «*De la cesión del créditos mercantiles*» (arts. 74 a 79), Sección 11.^a «*De la solidaridad en las obligaciones mercantiles*» (art. 80) PM, dentro del Título IV «*Disposiciones generales sobre los contratos mercantiles*» del Libro I de la *Propuesta mercantil*. La Sección 9.^a incorpora la Ley 3/2004 [sobre esta Ley y normativa conexas: PERALES VISCASILLAS (2006)].

²³ En sus directrices para la reforma del Código civil, PANTALEÓN ha escrito: «(...) Frente al incumplimiento *contractual* más exactamente, porque advierto ya que las reflexiones que siguen se contraen al incumplimiento de las obligaciones y deberes que tienen su fuente en los contratos, desde mi íntima convicción de que, en materia de responsabilidad por incumplimiento, un tratamiento conjunto de las obligaciones contractuales y legales, o es sólo aparentemente unitario, o si lo es en realidad, resultará en buena medida inadecuado (...)» [cursiva del autor, ADC (1993), p. 1719; también, ADC (1991), pp. 1019-1020]. Comparte la opinión de PANTALEÓN, MORALES MORENO (2006-A), p. 18. *Vid.* además, BARROS BOURIE (2009), pp. 138-147, y respuesta de MORALES MORENO (2009), pp. 198-204, 213-214.

[i] Este modelo y sistemática se encuentran en los Principios UNIDROIT y en los PECL. También, dicho de modo más matizado, lo emplea la CISG.

2.2 La Exposición de Motivos de la Propuesta civil

[11] Comienza señalando, que «[m]uy pocas personas habrán que discutan hoy la conveniencia de reformar los preceptos del Derecho general de obligaciones y contratos» de los Títulos I y II del Libro IV (arts. 1088-1314) en «donde perviven, sin ninguna modificación significativa, los textos iniciales» promulgados y puestos en vigor en 1889 (apartado I EM). Se añade que «sería exagerado hablar de necesidad de reforma» y menos de reforma «perentoria», pues, si «este importantísimo sector del ordenamiento jurídico-privado» ha solucionado, por vía jurisprudencial y doctrinal los conflictos que han podido plantearse, podrá hacerlo en el futuro, «pero la conveniencia [de la reforma] es indiscutible» (apartado II EM).

Se señala, además, que en el Código civil la materia de las Obligaciones y de los Contratos no fue objeto de especial empeño (otras cuestiones preocupaban más, entonces) y que toda reflexión sobre el Derecho de contratos fue más bien superficial (apartado II EM). Se resalta la importancia que se dio al principio de la autonomía de la voluntad (apartado II EM). Y se advierte de que los cambios habidos en el siglo XX han incidido en la materia de los contratos y ello «ha impulsado el nacimiento de cuerpos de derecho que se ocupan de esta materia sirviéndose de nuevos puntos de vista y de nuevos criterios» (apartado III EM). En relación con dichos «cuerpos de derecho» (apartado IV EM), el camino lo abrió la CISG. Tras ella vinieron los Principios UNIDROIT y los PECL y una serie de directivas comunitarias sobre la contratación con consumidores. Esto ha provocado que «algunos países de lo que se suele llamar nuestro entorno hayan sentido la necesidad de poner al día su propia regulación y en cierta medida de colocarla en paralelo con las líneas por las que puede discurrir el futuro del Derecho europeo de contratos» (apartado III EM). Así, Alemania, «con la llamada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2001, que ha introducido muy profundas variaciones en el Código civil de aquel país, y con similares movimientos que se perciben en la República francesa y en

algunos otros países europeos» (apartado III EM). «*Todo ello aconseja que las ya centenarias normas de nuestro Código Civil en esta materia sean examinadas, reexaminadas y en lo necesario sustituidas por otras»* (apartado III EM).

Expuestas las razones de la reforma, la Exposición de Motivos indica la finalidad perseguida: la de «*buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como estos son concebidos hoy»* (apartado III EM)²⁴.

[12] Desde el apartado V hasta el X de la Exposición de Motivos, se hacen unas consideraciones genéricas sobre la materia reformada y las líneas seguidas. Por la brevedad de la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil*, resalta la particular y especial atención que al incumplimiento y a sus remedios se presta. Se le dedica todo el apartado VIII. Conviene mostrar qué se nos dice.

En primer lugar, se exponen las deficiencias que el incumplimiento contractual ha tenido en los códigos decimonónicos. Se señala que los Códigos del XIX carecen «*de regulación especial y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien lo padece»*. Además, había «*un debate nunca resuelto sobre los sistemas vigentes en materia de lo que se puede llamar de un modo genérico “responsabilidad contractual”, decidiendo sobre todo si ésta es de índole culpabilística y se funda en la culpa del deudor o presenta algunos rasgos de objetivación»*.

Tras ello, se destacan las líneas maestras de la *Propuesta civil* en el incumplimiento. Así, se nos informa del abandono del llamado *favor debitoris*, del cual se indica que «*no es el mejor medio para hacer dinámica una economía»*²⁵. Ese abandono se traduce en que el deudor incumplidor *no se exonera cuando es no culpable, sino cuando hay justas causas de exoneración*; que el acreedor dispone *siempre de la pretensión de cumplimiento, salvo que la prestación sea imposible o especialmente onerosa*; y que el perjudica-

²⁴ El texto continúa: «No es discutible que la existencia de diferencias no muy grandes entre unos y otros ordenamientos dentro de la Unión Europea puede facilitar lo que reiteradamente se denominan operaciones transfronterizas (...).»

²⁵ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos* (2008), 6.ª ed, p. 650. Además: «Por lo que se refiere al tópico del *favor debitoris*, me remito a lo que más arriba dije. Hay que considerarlo como profundamente antieconómico y, si se quieren proteger efectivamente los intereses del tráfico, mi opinión es que es preferible ser exigente antes que benévolo» (*op. cit.*, p. 652).

do por el incumplimiento puede *siempre resolver el contrato en los casos en que el incumplimiento sea esencial*. En definitiva, se concluye: «[E]l dibujo de los incumplimientos no es el mismo en cada uno de los remedios (acción de cumplimiento, resolución por incumplimiento, pretensión de indemnización daños), pero, sin duda, también que puede tener vigencia un sistema que generalice la figura del incumplimiento».

[13] La *Propuesta civil* respeta la estructura básica del Código civil. Mantiene en el Libro IV, el Título I, *De las Obligaciones*, y el Título II, *De los Contratos*, modificando notablemente su contenido y esquema. El Capítulo VII del Título I del Libro IV de la *Propuesta civil*, trata del incumplimiento y sus remedios (arts. 1188 a 1212).

[14] Al igual que en la *Propuesta mercantil*, en la *Propuesta civil* se regula la contratación con consumidores (en su núcleo sustancial²⁶; más allá, sobre el fundamento competencial de la *Propuesta civil*: art. 149.1.8.^a CE, EM núm. 10).

2.3 La Exposición de Motivos de la Propuesta sobre compraventa

[15] Indica que aunque la *Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de con-*

²⁶ En el apartado IX de la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil* se mencionan los posibles modelos de regulación del sector del Derecho de consumo y se explica la razón del adoptado en la *Propuesta civil*: «Singulares dificultades ha producido, en la concepción y redacción del presente borrador de anteproyecto de ley, la relación del moderno Derecho de obligaciones y contratos con las incesantes normas aparecidas en los últimos veinte o veinticinco años en la materia que hoy se conoce como Derecho de Consumo y, en particular, con el régimen jurídico de los contratos con consumidores. No puede desconocerse que estas regulaciones modernas significan un cambio en los puntos de vista de valoración de determinadas circunstancias que alteran en profundidad el Derecho tradicional. Ante ello puede el legislador adoptar dos posibles posturas. De acuerdo con la primera, todas las normas relativas al Derecho de Consumo, cualquiera que sea su procedencia, y cualquiera que fuera su trascendencia, como pertenecientes a un Derecho especial, deben subsistir en leyes especiales y el Código civil todo lo más que puede hacer es realizar una somera remisión a tales normas, del tipo de las que los codificadores de 1889 realizaron a tantas leyes especiales. No puede ocultarse que este tipo de solución sería preferida por los especialistas en la materia que profesan lo que algún autor llamó la «especialización científica» y considera como una intrusión en un cuerpo de leyes, por más que estos últimos tengan vocación de universalidad y penetren en la materia que desean monopolizar. La segunda posibilidad es recoger por lo menos el núcleo sustancial de la mayor parte de las reglas especiales, que tienen su origen en directivas europeas y que han sido luego incorporadas a leyes especiales, realizando la remisión sólo a aquellos puntos en que el casuismo de las normas puede resultar mayor. En este punto, como en otros, el anteproyecto se alinea con la ley alemana de modernización del Derecho de las obligaciones, y como ella ha preferido recoger el conjunto de normas sustanciales reguladoras de la susodicha materia» (cursiva mía).

*sumo*²⁷ se ha incorporado al ordenamiento español²⁸, «no deja de ser necesario acometer la tarea de reformar, parcialmente, las normas del Código civil sobre el contrato de compraventa» (núm. 1). Se destaca que la Directiva emplea el sistema de responsabilidad contractual de la CISG, sistema que también proponen los PECL y al que se viene orientando en buena medida y desde hace tiempo la evolución del ordenamiento español. Y, ese «(...) nuevo sistema se caracteriza por utilizar un concepto unitario de incumplimiento del contrato y articular, adecuadamente, los remedios tradicionales con que cuenta en este caso» [el de falta de conformidad] *el acreedor*» (núm. 1). La reforma de la compraventa responde a la exigencia ineludible de modernizar el Código civil: se «[t]rata de incorporar al Código esos nuevos principios en los que se sustenta la Convención de Viena, la Directiva [1999/44] y la Ley 23/2003 de incorporación a la misma al Derecho español²⁹ [hoy en el TRLGD-CU 2007]» (núm. 1). Por ello, la *Propuesta sobre compraventa*

²⁷ Como es conocido, hay iniciado un proceso de reforma de cuatro directivas comunitarias de protección de los consumidores mediante la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores* [COM (2008) 614 final; o PDDC en lo sucesivo]. Entre las cuatro directivas objeto de reforma se encuentra la Directiva 1999/44/CE [cfr., entre otros, arts. 21 a 29 de la *Propuesta de Directiva*; vid. Dictamen del Comité de las Regiones sobre «derechos de los consumidores» (DOUE C, núm. 200, 25 de agosto de 2009)]. La citada *Propuesta de Directiva* está suscitando el progresivo estudio académico y una de las cuestiones que por su importancia está en el centro del debate es el hecho de que en la *Propuesta* se haya optado por la armonización plena con las implicaciones que ello supone para los derechos internos de los Estados miembros, en cuanto a su construcción y coherencia interna y en cuanto que para algunos Estados la PDDC puede implicar una reducción del nivel de protección de su legislación interna protectora de los consumidores. En general, y en el momento en el que se redactan estas líneas, los académicos se muestran muy críticos con la adopción del objetivo de la armonización plena./ Según el artículo 4 PDDC: «Armonización plena./ Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores» [vid. Considerandos (2), (8) PDDC; además, art. 1 PDDC]. La armonización plena se contrapone a la de la armonización mínima. Esta última ha sido, con anterioridad, acogida en diversas directivas protectoras de los consumidores (y de realización del mercado interior) lo que ha permitido que surja el problema de la fragmentación jurídica en el marco europeo cuando los Estados miembros han hecho uso de la oportuna cláusula mínima de armonización. Con carácter general y por autores con distinta formación legal y diferente perspectiva de análisis, sobre la *Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores*, entre otros: LETE ACHIRICA (2009), pp. 493-511, en especial pp. 508-510; LILLEHOLT, *ERPL*, vol. 17, no. 3 (2009), pp. 335-343; *vid.*, en particular, el apartado 5 «Conclusions» en p. 343); PAISANT, *SJ* (2009), núm. 9, I-118, núm. 15, p. 14, núms. 17-24, pp. 14-16; ROTT/TERRY, *ZEuP* (2009/3), pp. 458-465, 477-482, 487-488; HOWELLS/SCHULZE (2009), pp. 3-25. Un estudio comparado y crítico, centrado en la Directiva 1999/44/CE y en los correspondientes artículos de la *Propuesta de Directiva*: TWIGG-FLESNER (2009), pp. 147-176. Sobre la técnica de la armonización máxima, una valoración crítica e implicaciones: MAK, *ERPL* (2009/1), pp. 55-73.

²⁸ La *Propuesta sobre compraventa* es de 2005 y, en aquel entonces, la incorporación de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español se había hecho mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. Hoy, en el TRLGDCU 2009, artículos 114 y ss.

²⁹ Me remito a la nota que antecede a ésta.

sigue las directrices que indico a continuación (núms. 1, 6, 10, primer núm. 25 de la EM)³⁰:

a) Los vicios ocultos se sustituyen por la falta de conformidad, considerada ésta un incumplimiento del vendedor (entre otros, arts. 1474 a 1489 PCV).

b) La entrega de un inmueble con cabida distinta de la señalada en el contrato no se califica de falta de conformidad, «*si no resulta otra cosa del contrato o de la utilidad de la cosa en él presupuesta*», pudiendo pedirse, en este último caso, el reajuste del precio o, superándose ciertos valores, desistir de la compraventa (arts. 1477, primera regla, PCV, 1448 PCV)³¹. Por otro lado, hay falta de conformidad si el vendedor no entrega «*todo lo que se comprenda dentro de los linderos señalados en el contrato, aun cuando exceda de la cabida expresada*» (art. 1477, segunda regla, PCV)³².

c) La evicción y las cargas o gravámenes ocultos se sustituyen por una regulación de los vicios jurídicos considerados, asimismo, como un incumplimiento del vendedor (arts. 1490 a 1496 PCV).

d) Finalmente, la Disposición Adicional de la *Propuesta sobre compraventa* dispone: «Las referencias contenidas en cualquier disposición al régimen del Código Civil sobre el saneamiento por evicción o por vicios ocultos se entenderán hechas, en lo pertinente, al régimen que establecen las Secciones Segunda [arts. 1474 a 1489] y Tercera [1490 a 1499] del Capítulo 111 [*sic*] del Título IV del Libro IV del Código civil». Esto es, las referencias han de entenderse hechas a la regulación de la entrega de cosa conforme y, a la de entrega de cosa libre de derechos de tercero³³.

³⁰ MORALES MORENO, *ADC* (2003-A) pp. 1631, 1632-1633, 1645-1646.

³¹ Artículo 1477 PCV: «Si no resulta otra cosa del contrato o de la utilidad de la cosa en él presupuesta, en la venta de inmueble no constituirá falta de conformidad de la cosa el que la cabida sea distinta de la expresada al contratar, pero sí lo será que el vendedor no entregue todo lo que se comprenda dentro de los linderos señalados en el contrato, aun cuando exceda de la cabida expresada». Artículo 1448 PCV: «A salvo lo dispuesto en el artículo 1477, si la venta de un inmueble se hubiere hecho con expresión de su cabida en razón de un precio por unidad de medida y la cabida real fuera distinta de la expresada, podrá pedirse el reajuste proporcional del precio dentro de los seis meses siguientes al día de la entrega de la cosa. Cuando la cabida real excediera en una vigésima parte podrá el comprador, en dicho plazo, desistir del contrato, notificándose al vendedor y éste podrá impedir dicho desistimiento aceptando sin demora que el incremento del precio no rebase la vigésima parte».

³² *Vid.* la nota que antecede a ésta.

³³ SAN MIGUEL PRADERA, por ejemplo, defiende para el arrendamiento de cosas del Código civil la sustitución del saneamiento por vicios ocultos por una regulación que recoja la figura de la falta de conformidad [*ADC* (2008) pp. 2004-2006]. *Vid.*, además, LLÁCER MATAJÁS (2009) pp. 461-474.

Según el artículo cuarto de la *Propuesta sobre compraventa*: «Se introducen las siguientes modificaciones en los apartados o rúbricas de los mismos del título IV del libro IV del Código civil. (...) / En el Capítulo IV se crea una Sección 2.ª, que precederá y agrupará a los artículos 1474 a 1489, bajo la rúbrica, “Del deber de entregar la cosa libre de derechos de tercero. / En el Capítulo cuarto se crea una Sección 3.ª, que precederá y agru-

[i] Como he indicado, las anteriores figuras se justifican en el incumplimiento del vendedor. Es oportuna la transcripción del artículo 1445 PCV:

«Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de tercero que no hayan sido contemplados en él, y el comprador a pagar un precio en dinero y a recibirla en las condiciones estipuladas.»

[16] En la *Propuesta sobre compraventa*, no se da un tratamiento particular a la compraventa en la que el comprador es un consumidor. La razón es que la *Propuesta sobre compraventa* generaliza, a todas las compraventas, el régimen específico que la Directiva 1999/44/CE diseñó para la compraventa en que intervienen el consumidor y el empresario³⁴ (cfr. §§ 433 ss. BGB para la compraventa en general y §§ 474 ss. BGB para la compraventa de consumo).

2.4 La oportunidad de la reforma y la influencia de ciertos textos

[17] La idea común en las Exposiciones de Motivos de las *Propuestas* es que, hoy, ha de reformarse el Derecho de Obligaciones y Contratos (en la *Propuesta mercantil*, se califica de absolutamente indispensable; en la *civil*, de conveniente; en la de *compraventa*, de necesario). Un Derecho de finales del siglo XIX no es adecuado para el tráfico económico del siglo XXI.

El nuevo modelo del incumplimiento contractual se encuentra en la CISG, en los Principios UNIDROIT y en los PECL, textos de distinta fuerza vinculante³⁵, que han ejercido una palpable influencia en las tres *Propuestas*. Además, en el entorno europeo, hay Ordenamientos que han modernizado su Derecho. En la *Propuesta*

pará a los artículos 1490 a 1499”, bajo la rúbrica, “Del deber de entregar la cosa libre de derechos de tercero”. Cfr. *supra*, nota 13.

³⁴ Artículo 2 de la Directiva 1999/44/CE: «(...) / 2. A efectos de la presente Directiva se entenderá por: / a) “consumidor”: toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional; / (...) / c) “vendedor”: cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional; / d) “productor”: el fabricante de un bien de consumo, el importador de un bien de consumo en el territorio de la Comunidad o cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo; / (...)». Cfr. artículo 2, apartados 1), 2) y 17) de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores*, COM(2008), 614 final (cfr. *supra* nota 27).

³⁵ La CISG es Derecho positivo español; no los Principios UNIDROIT, ni los PECL. Vid. *Preámbulo (Propósito de los Principios)* de los Principios UNIDROIT; Artículo 1:101 (*Application of the Principles*) PECL; *supra*, nota 9. En el Derecho chileno, VIDAL OLIVARES reinterpreta el Código civil de Chile en la línea del sistema del incumplimiento de la CISG [«comprensión del contrato», «noción de incumplimiento», «pluralidad de remedios y opción del acreedor»]; (2008) pp. 443-451, en particular a partir de la p. 447, en las pp. 434-440 expone el modelo de la CISG].

civil se alude expresamente a Alemania (reforma del BGB de 2002), y puede decirse que su regulación ha estado presente en aquélla. En la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil* se hace, asimismo, una alusión genérica a otros Ordenamientos. Sobre el Derecho francés, se destaca que hay movimientos similares de reforma³⁶. Y, «*todo ello, en espera de una unificación de las normas de Derecho europeo de Contratos que, en algún momento, podrá producirse*». Probablemente se esté aludiendo al *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (*supra* [3] c) [i]).

II. LA NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

[18] A continuación voy a proceder al estudio del incumplimiento; pero, antes, he de hacer una precisión terminológica.

[19] Para referirse a los sujetos, en el incumplimiento contractual, los Principios UNIDROIT suelen emplear las expresiones, «partes», «quien incumplió» y «parte perjudicada por el incumplimiento»³⁷. Lo mismo hacen los PECL, si bien los Comentaristas que los acompañan también se refieren al deudor y al acreedor. En esa línea descriptiva de los comportamientos de las partes contratantes se sitúa la *Propuesta mercantil*, aunque, en ciertas ocasiones, se alude al deudor. La *Propuesta civil*, en cambio, emplea los términos de deudor y acreedor.

Por mi parte voy a utilizar normalmente la terminología de la *Propuesta civil* en este trabajo³⁸. Si utilizo otra terminología, la causa es el texto jurídico que en ese momento esté manejando.

1. LAS CUESTIONES OBJETO DE ESTUDIO

[20] Las cuestiones de las que trato en este trabajo son las siguientes:

Primera: La estructura que se adopta para la regulación del incumplimiento.

³⁶ Sobre el Proyecto de la Chancellerie de reforma del Derecho de contratos de 2008: PICOD, *InDret*, 4.09, pp. 4-10; sobre el conocido como Anteproyecto Catala de 2005: CABANILLAS SÁNCHEZ, *ADC* (2007), pp. 621-848.

³⁷ Pero el artículo 1.11 Principios UNIDROIT: «(Definiciones). A los fines de estos Principios: (...) / «deudor» o «deudora» es la parte a quien compete cumplir una obligación, y «acreedor» o «acreedora» es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento. / (...)». Según el Comentario 3 del artículo 1.11 Principios UNIDROIT: «Deudor»-«Acreedor»/ En aquellos casos en que sea necesario, se utilizan las palabras «deudor» y «acreedor» con el fin de lograr una mejor identificación de la parte que cumple y la parte que recibe el cumplimiento de una obligación, independientemente de que se trate de obligaciones dinerarias o no dinerarias» [Principios UNIDROIT (2004), p. 32].

³⁸ *Vid.* núm. 40 (p. 16), de la *Introduction DCFR 2009* [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

Segunda: La definición de incumplimiento, que analizo solo desde la perspectiva contractual.

Tercera: La regla de la no invocación del incumplimiento por aquél que lo causó.

Cuarta: La imputación al deudor de los actos de sus auxiliares y colaboradores.

Y quinta: La imposibilidad originaria de la prestación y su relación con el incumplimiento.

2. LA ESTRUCTURA QUE SE ADOPTA PARA LA REGULACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO

[21] Comparada con el Código civil, la *Propuesta civil* supone un giro radical. Estructura el incumplimiento, pues, *lo define y le asocia unos remedios*³⁹.

Dentro del Libro IV, Título I, Capítulo VII («*Del incumplimiento*»), la Sección 1.^a contiene las «*Disposiciones generales*» (arts. 1188 a 1191), en donde, entre otras cosas, se define qué es el incumplimiento (art. 1188.I PC) y se indican cuáles son los remedios del acreedor por incumplimiento (art. 1190 PC, además art. 1191 PC). En las Secciones siguientes, se regula cada uno de esos remedios. En concreto: la Sección 2.^a trata «*De la acción de cumplimiento*» (arts. 1192 a 1196); la Sección 3.^a, «*De la reducción del precio*» (arts. 1197, 1198); la Sección 4.^a, «*De la resolución por incumplimiento*» (arts. 1199 a 1204), y la Sección 5.^a, «*De la indemnización de daños y perjuicios*» (arts. 1205 a 1212).

[22] El diseño que del incumplimiento y de sus remedios se hace en la *Propuesta mercantil* no tiene la precisión estructural del de la *Propuesta civil*.

En la *Propuesta mercantil*, en el Libro I, Título IV, la Sección 8.^a se titula «*Del incumplimiento de los contratos mercantiles*». Esta Sección 8.^a, conformada por cinco artículos (arts. 62 a 66), algunos de larga redacción, no se subdivide. De manera sucesiva, en cada uno de esos artículos 62 a 66 PM se van regulando los remedios del incumplimiento que la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación ha estimado oportuno reglar (en concreto, la resolución de la relación contractual y la indemnización de daños y perjuicios).

[23] La anterior estructura de la regulación del incumplimiento y sus remedios de la *Propuesta civil* coincide con el planteamiento y diseño que algunos de nuestros autores hacen: *el incumplimiento del deudor como presupuesto jurídico (aglutinador) y la*

³⁹ En relación con el Código civil: FENOY PICÓN, CCJC (2005) [25]-[31], pp. 547-553.

articulación de un conjunto de remedios del acreedor como consecuencia jurídica del incumplimiento (si bien cada remedio tiene sus propios requisitos aplicativos)⁴⁰. Creo que una de las claves del posible éxito de esta estructura conceptual es que se trata de una idea simple y sencilla. Además, considero que cumple bien la función de organizar al incumplimiento. Por ello entiendo adecuado su adopción en la *Propuesta civil*.

[i] Esta estructura general del incumplimiento se encuentra en los Principios UNIDROIT y en los PECL.

a) El Capítulo 7 de los Principios UNIDROIT, rubricado «*Incumplimiento*», se divide en: Sección 1, «*Incumplimiento en general*»; Sección 2, «*Derecho a reclamar el cumplimiento*»; Sección 3, «*Resolución*»; y Sección 4, «*Resarcimiento*».

b) El Capítulo 8 de los PECL se titula «*Non-Performance and Remedies in General*» y el Capítulo 9 de los PECL, «*Particular Remedies for Non-performance*». Dentro del Capítulo 9, la *Section 1* trata del «*Right to performance*»; la *Section 2*, «*Withholding Performance*»; la *Section 3*, «*Termination of the Contract*»; la *Section 4*, «*Price Reduction*», y la *Section 5*, «*Damages and Interest*».

3. LA DEFINICIÓN DE INCUMPLIMIENTO

[24] La *Propuesta mercantil* no indica, qué debemos entender por incumplimiento. La *Propuesta civil*, en cambio, ofrece una noción directa del mismo (art. 1188.I PC). Es ésta una novedad de la *Propuesta civil*, comparándola con el Código civil, el cual carece de una definición así⁴¹. El artículo 1188.I PC dispone:

«Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten»⁴².

⁴⁰ Así, por ejemplo: MORALES MORENO (*infra* [25] [i]); PANTALEÓN, *ADC* (1991), pp. 1720-1721 y 1727-1728; SAN MIGUEL PRADERA (2004) [132]-[137], pp. 122-126; INFANTE RUIZ (2008), pp. 172-181; FENOY PICÓN (en la nota que antecede a ésta); en relación con la CISG, VIDAL OLIVARES (2006), pp. 27-32 y (2008) pp. 434-440.

⁴¹ No obstante, puede buscarse una definición básica de incumplimiento, por ejemplo, en el artículo 1124.I CC: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe». Pero es claro que el Código civil no contiene un artículo dedicado a definir qué es el incumplimiento como hace la *Propuesta civil* en el artículo 1188.I; además, la expresión del artículo 1124 CC exige determinar qué es lo que incumbe cumplir al deudor; finalmente, lo que artículo 1124 CC pretende llevar a cabo es la regulación del remedio de la resolución de la relación contractual. FENOY PICÓN, *CCJC* (2005) [27]-[29], pp. 548-551; MORALES MORENO (2006-A), p. 36.

⁴² Contrástese la regla con estas afirmaciones de Luis Díez-Picazo: «Tras todo ello, para definir el incumplimiento puede proponerse una fórmula muy similar a la que aparece en el artículo 8:101 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos: hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro

[25] ¿Qué rasgos puede entenderse que caracterizan a la noción de incumplimiento de la *Propuesta civil*? Los tres que siguen.

Uno, la adopción de una noción amplia y unitaria de incumplimiento.

Otro, segundo, que el deudor incumple tanto si lo que no ejecuta son obligaciones (contractuales), deberes de prestación; cuanto si no se logra el resultado fáctico de la existencia o inexistencia de ciertos estados de la realidad incorporados al contrato o/y garantizados por el deudor al acreedor. Por ejemplo, se asegura y garantiza que el cuadro que se vende es de cierto autor (atribución de una cualidad al objeto), comprobándose después que es de otro autor, de inferior valor en el mercado de obras de arte. En términos genéricos, el incumplimiento implica la insatisfacción del interés del acreedor incorporado al contrato.

Y el tercer y último rasgo del incumplimiento de la *Propuesta civil* es que el incumplimiento es un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor. Basta constatar que ha habido una divergencia entre lo materialmente ejecutado y lo diseñado y exigible según el contrato, para que pueda decirse que el deudor ha incumplido. El incumplimiento incluye el incumplimiento inexcusable y el excusable.

El primer rasgo del incumplimiento (noción amplia) se percibe en la propia definición que el artículo 1188.I PC da de él. El tercer rasgo (noción neutra) se descubre, por ejemplo, en los artículos 1568 PC (art. 1568 CC) (arrendamiento de cosas) y 1452 PC (art. 1452 CC) (compraventa). Este carácter neutro del incumplimiento permite una norma como la del artículo 1209.IV PC, localizada en la regulación del remedio indemnizatorio. Finalmente, el segundo rasgo del incumplimiento (insatisfacción del interés del acreedor) puede extraerse de diversas normas. Por ejemplo, de la norma que dispone que no afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación (la imposibilidad originaria del art. 1303 PC) en coordinación con la norma que para el contrato de compraventa dispone, que la imposibilidad originaria no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad de ejercitar los derechos derivados del incumplimiento (art. 1460.I PC); o, de la regla que dispone que quedan insertas en el contrato y tienen valor vinculante las afirmaciones o declaraciones de un profesional rea-

de los deberes que en virtud de la relación obligatoria le incumben» [*Fundamentos II* (2008), 6.ª ed., p. 654].

lizadas en la publicidad o en actividades de promoción (art. 1276 PC; adviértase que la regla va referida al contratante profesional).

[i] En su reciente trabajo sobre el lucro cesante en el Derecho español (2010), Morales Moreno precisa que el concepto de incumplimiento que utiliza se encuentra en los PECL (y reproduce el art. 1:103 (4) PECL, el cual define al incumplimiento: *infra* [29] [iii]). Indica, además, que la noción de incumplimiento que maneja la aplica la CISG, aunque ésta no defina que es el incumplimiento⁴³. Dicho esto, caracteriza al concepto de incumplimiento por los rasgos de:

- a) su amplitud⁴⁴;
- b) porque contempla ante todo la falta de satisfacción del interés del acreedor⁴⁵;
- c) porque es un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor⁴⁶.

Tras ello, afirma:

«En el nuevo sistema de responsabilidad contractual, el incumplimiento es el supuesto básico de todos los remedios: de la preten-

⁴³ Además de las citas que hago en las notas que siguen a ésta de Morales Moreno: MORALES MORENO (2006-A), pp. 19-22, 29-30, 32-35 y (2006-B) pp. 56-57. Vid. SAN MIGUEL PRADERA (2004) [132]-[134], pp. 122-124; PANTALEÓN, ADC (1993), pp. 1720-1727; en relación con la CISG, VIDAL OLIVARES (2006), pp. 27-29 y (2008) pp. 434-438.

⁴⁴ MORALES MORENO [(2010) p. 29]: «1) En primer lugar, por su *amplitud*. Consiste en la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato, en cualquiera de sus manifestaciones. Tal amplitud permite integrar, en un sistema único, la pluralidad de sistemas de responsabilidad contractual (en sentido amplio) que encontramos en el Código civil. De este modo podemos hacer desaparecer los sistemas especiales de responsabilidad que implican los saneamientos. La mora y la imposibilidad pasan a ser consideradas como manifestaciones del incumplimiento; y la resolución, como un remedio, entre otros, del incumplimiento./ La unificación del sistema de responsabilidad contractual exige la configuración de un concepto unitario de incumplimiento, suficientemente amplio para abarcar todas sus manifestaciones, tal como hacen los PECL».

⁴⁵ MORALES MORENO [(2010), p. 30]: «2) En segundo lugar, el nuevo concepto de incumplimiento contempla, ante todo, la *falta de satisfacción del interés del acreedor* garantizado por el contrato. Por eso, no sólo se refiere a la inejecución de deberes de conducta previstos en el contrato (obligaciones), sino también a la existencia o inexistencia de ciertos hechos, circunstancias o estados de la realidad presupuestos en el contrato y garantizados por un contratante en interés del otro. No es sólo un incumplimiento de obligaciones, aunque pueda seguir siendo designado así, sino un incumplimiento del contrato».

Para la compraventa de empresas: GÓMEZ POMAR (2007), pp. 32-38. PANTALEÓN, ADC (1993), pp. 1720-1721.

⁴⁶ MORALES MORENO [(2010) p. 30]: «3) En tercer lugar, es un *concepto neutro*, desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor. Constata, simplemente, de modo objetivo, la falta de realización de las exigencias del contrato, en orden a la satisfacción del interés del acreedor. No contiene ningún elemento de imputación de responsabilidad al contratante incumplidor y menos aún de reproche./ Esto sucede en todo tipo de obligaciones, tanto en las denominadas obligaciones de resultado como en las de medios. En estas últimas, la culpa del deudor, que ha de probar el acreedor, no es otra cosa que la omisión de la conducta debida; es decir, no es otra cosa que el propio incumplimiento». Plantea BARROS BOURIE (Ponencia) si es posible construir un concepto unitario de incumplimiento que incluya a las obligaciones de hacer de medios [(2009), pp. 157-192], a quien responde MORALES MORENO (Contraoponencia) entendiendo que sí es posible [(2009), pp. 209-221, en particular a partir de la p. 215].

sión de cumplimiento, de la suspensión del cumplimiento, de la resolución, de la reducción de la contraprestación, y de la indemnización de daños. Por eso hemos de configurarlo con los elementos mínimos necesarios para que pueda cumplir esa función. Cada remedio puede tener, además, su propio supuesto, complementario, que se añade al genérico del incumplimiento. Así sucede en la indemnización de daños o en la resolución»⁴⁷.

Morales Moreno aplica este concepto de incumplimiento al Código civil.

[26] A continuación voy a desenvolver el rasgo de que el incumplimiento es una noción amplia y unitaria y, una noción neutra. El rasgo de la insatisfacción del interés del acreedor incorporado al contrato y, cómo el mismo puede construirse, lo desenvolveré en otro lugar. En concreto, cuando analice los artículos 1303 (imposibilidad originaria y validez del contrato) y 1460.I PC (imposibilidad originaria e incumplimiento en la compraventa). Este último rasgo permite plantear la cuestión de la concurrencia entre el error y el dolo y el incumplimiento, y cómo se relacionan entre sí. Tal cuestión puede plantearse porque ciertos estados de la realidad se incorporan al contrato (forman parte de la regla contractual) y su no realización supone un incumplimiento del contrato. Esta cuestión requiere de una amplia explicación y, del tratamiento de aspectos contractuales conexos, no ligados estrictamente al incumplimiento. Por ello, he considerado adecuado explicarlo al final de este trabajo (dentro del epígrafe 6). Evito, de este modo, tratar ahora cuestiones que no encajan estrictamente en el hilo conductor de la exposición y reiteraciones.

3.1 Una noción amplia y unitaria

[27] La idea nuclear del incumplimiento es la de que el «deudor no realiza *exactamente*» (art. 1188.I PC, *supra* [24]). Es indiferente que lo que no realice exactamente sea la *prestación principal* a que se obligó o, cualquier *otro de los deberes que resulten de la obligación* (sea por la autonomía de la voluntad, sea por ley; art. 1188.I PC).

[28] El artículo 1188.I PC no menciona a ninguna modalidad (o tipo) de incumplimiento.

a) *No menciona la mora del deudor, ni al retraso.* Si hay fecha fijada para el cumplimiento, en la *Propuesta civil* desaparece la

⁴⁷ MORALES MORENO (2010), p. 30.

exigencia del Código civil de la intimación al cumplimiento del artículo 1101 CC (cfr. arts. 67, 70 y 946 PM). Y, si bien en otros preceptos de la *Propuesta civil* se emplea el término mora, puede desprenderse que se hace en el sentido de retraso en el cumplimiento⁴⁸. En la *Propuesta civil*, puede considerarse incumplimiento el mero hecho de que el deudor no cumpla en la fecha de vencimiento de la obligación contractual (el retraso es incumplimiento). Por otro lado, el artículo 1188.I PC tampoco alude al cumplimiento retrasado, sí mencionado en otros preceptos de la *Propuesta civil*⁴⁹. Pues, como estoy indicando, el artículo 1188.I PC define el incumplimiento, abstrayéndose de su tipología.

b) De lo que acabo de indicar es lógico que el artículo 1188.I PC tampoco aluda al «cumplimiento defectuoso». Esta habitual expresión es sustituida en la *Propuesta civil*, en ocasiones, por la de «no conformidad» de la prestación⁵⁰. Es conocido que la «no conformidad» se incorporó a nuestro Ordenamiento mediante la CISG (art. 35), recogiéndola después el Texto Refundido de Consumidores de 2007 (art. 116 TRLGDCU; con anterioridad art. 3 Ley 23/2003), por contenerla la Directiva 1999/44/CE.

c) El artículo 1188.I PC no menciona la *imposibilidad sobrevenida, total, definitiva y no imputable al deudor*. En la *Propuesta civil*, la imposibilidad sobrevenida de cumplir, no imputable al deudor (casual), es incumplimiento. Esto implica, que no se acoge la distinción entre incumplimiento y «teoría de los riesgos». Pero, de esto doy cuenta más detallada en el siguiente epígrafe 3.2.1. Lo que ahora quiero destacar es que en la noción de incumplimiento de la *Propuesta civil* no se menciona a la imposibilidad sobrevenida y que la misma tiene encaje directo en el artículo 1188.I PC.

⁴⁸ Pero, en otros artículos de la *Propuesta civil* se hace referencia a la mora, parece que desde una perspectiva tradicional. Por ejemplo, el artículo 1138 PC, en la solidaridad de acreedores: «Cualquier acreedor podrá poner en mora al deudor con efectos para todos los acreedores./ Los efectos de la mora en recibir de un acreedor solidario se extienden a los demás». En la *Propuesta civil* se reforma el artículo 1501.3.º CC, en la regulación del contrato de compraventa, con esta formulación: «Supuesto 3.º/ 3.º Si se hubiere incurrido en mora».

⁴⁹ Otros preceptos de la *Propuesta civil* se refieren al cumplimiento retrasado. Por ejemplo, los artículos 1146.I, 1148.I (todos en el Capítulo dedicado a las cláusulas penales). Al ofrecimiento tardío se refiere el artículo 1201 (en la resolución de la relación contractual).

⁵⁰ Por ejemplo, los artículos 1197.I (que regula el remedio de la reducción del precio), 1200.I, 1201 (ambos en sede del remedio de la resolución de la relación contractual). También alude a la no conformidad y a los vicios jurídicos, el artículo 1166.II (que regula la dación en pago; en la *Propuesta sobre compraventa* se emplea la terminología de no conformidad y la de vicios jurídicos).

Pero, otras veces, la *Propuesta civil* sigue utilizando la expresión cumplimiento defectuoso. Por ejemplo, en los artículos 1146.I, 1148.I (ambos en la regulación de las cláusulas penales), 1262.3.b) (cláusulas o condiciones generales de la contratación abusivas) PC.

d) Finalmente, el artículo 1188.I PC no alude a la infracción del deber de colaborar o de cooperar en el cumplimiento del contrato. (*vid.* nota 51)

[29] Si bien para calificar la actuación del deudor como incumplimiento, en la definición del artículo 1188.I PC no se da especial relevancia al tipo de incumplimiento en que el deudor haya incidido, el mismo sí está presente en la regulación de algunos de los remedios por incumplimiento (por ejemplo, en la resolución de la relación contractual, en la reducción del precio).

[i] A diferencia de la Propuesta civil, en las definiciones, que del incumplimiento nos ofrecen los Principios UNIDROIT y los PECL, sí se mencionan ciertos tipos de incumplimiento. No obstante, dichas definiciones pueden caracterizarse por recoger una noción amplia y unitaria del incumplimiento.

[ii] El artículo 7.1.1 Principios UNIDROIT dispone:

«(Definición del incumplimiento)

El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.»

a) En el Comentario del artículo 7.1.1 se señala, como primera característica de la definición, que el incumplimiento «*incluye tanto las formas de cumplimiento defectuoso o tardío, como las de incumplimiento total.* Por lo tanto, el constructor de un edificio incurre en incumplimiento si ha cumplido parcialmente conforme al contrato y parcialmente en forma defectuosa, al igual que si termina de construirlo con retraso» (cursiva mía).

[iii] Según el artículo 1:301 PECL:

«Meaning of Terms

In these Principles, except where the context otherwise requires:

(...).

(4) “non-performance” denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract.»

a) En el *Comment D* del artículo 1:301 (4) PECL se señala que el término *non-performance* se emplea como *término general que cubre cualquier falta en el cumplimiento y por cualquier causa.* La definición de incumplimiento abarca *todas* las posibles formas de no llevar a cabo el cumplimiento, consista ello en una total inactividad (esto es, no llevar a cabo ninguna actuación para cumplir) o, que la conducta dirigida al cumplimiento del contrato no es de alguna mane-

ra conforme con el contrato, por ejemplo, *porque se hace tarde, de manera incompleta o de cualquier otra forma es defectuosa*. También se indica en el *Comment D* que el incumplimiento incluye no ejecutar el deber que el artículo 1:202 PECL impone, de cooperar en orden a dar pleno efecto al contrato⁵¹. Se añade, que, *en general, los PECL no distinguen un tipo de incumplimiento de otro*, si bien hay artículos que son aplicables a una concreta modalidad de incumplimiento⁵².

b) Las ideas que acabo de exponer se reiteran en el *Comment A* del artículo 8:101 PECL⁵³. Asimismo, se anticipan en las «Consideraciones generales» sobre los Capítulos 8 y 9 de los PECL⁵⁴. En definitiva, la amplitud es un rasgo caracterizador de la noción de incumplimiento contractual de los PECL, sobre el que la *Commission of European Contract Law* quiere llamar especialmente la atención.

[30] Que en la definición de incumplimiento de la *Propuesta civil* (art. 1188.I PC) no se indique que están incluidos ciertos tipos de incumplimiento, como hacen los Principios UNIDROIT y los PECL, creo que es un diseño legal más correcto. Las aclaraciones que los Principios UNIDROIT y los PECL hacen sobre qué tipos de incumplimiento incluye su definición, puede tener origen en la manera en que tales supuestos han sido tratados por los Derechos internos de los distintos países (por ejemplo, recuérdese la discusión doctrinal acerca de si el saneamiento por vicios ocultos puede justificarse en el incumplimiento o, el requisito de la intimación para poner en mora al deudor) y, los Principios UNIDROIT y los PECL se mueven en el ámbito de la contratación internacional, aunque los PECL tengan un alcance mayor.

En cualquier caso, los Principios UNIDROIT y los PECL adoptan una noción amplia y unitaria de incumplimiento contractual y en ello coincide la *Propuesta civil*. La *Propuesta civil* adopta ese

⁵¹ Artículo 1:202 PECL: «Duty to Co-operate/ Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract». Según el *Comment B* del artículo 1:202 PECL, en los PECL, la falta de cooperación es un incumplimiento de un deber contractual y atrae los remedios del incumplimiento contractual [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 120]. En el *Comment C* se indica, que el deber de cooperar se impone con el único fin de dar pleno efecto al contrato. En consecuencia, una parte no infringe dicho deber, si no lleva a cabo un acto que no ha prometido cumplir y no tiene interés para la otra parte; por ejemplo, no aceptar una oferta de cumplimiento de la otra parte, cuando ello no tiene consecuencias. En la *Illustration 5* se pone este ejemplo: B compra una entrada para ir al teatro que paga por adelantado mediante tarjeta de crédito y, no recoge la entrada o, no espera al cumplimiento. Esto no implica no cooperar u otro incumplimiento del contrato, habiendo B pagado el precio; quien se beneficia con la representación teatral no tiene interés en que se recoja la entrada. (*Op. cit.*, p. 120). En los Principios UNIDROIT, el artículo 5.1.3 dispone: «(Cooperación entre las partes)/. Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación puede ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última». Cfr. artículo 58 PM.

⁵² Se citan los artículos 7:110, 7:111, 8:104, 9:104, 9:508 PECL [*Comment D* del art. 1:301 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 124].

⁵³ *Comment A* del artículo 8:101 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 359.

⁵⁴ LANDO/BEALE (ed.) (2000), pp. xxxvii-xxxviii.

modelo, purgándolo de aquello que a fecha de hoy no es necesario en un Derecho nacional y actual.

3.2 El carácter neutral del incumplimiento

[31] Sabemos que en la *Propuesta civil*, el incumplimiento es una noción neutra desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor.

Este rasgo del incumplimiento me va a permitir desarrollar dos cuestiones: *una*, que el incumplimiento de la *Propuesta civil* absorbe la «teoría de los riesgos»; *la otra*, cómo opera la imputación subjetiva en el remedio indemnizatorio y en el remedio del cumplimiento.

3.2.1 LA INCORPORACIÓN DE LA «TEORÍA DE LOS RIESGOS» AL INCUMPLIMIENTO. EL TRASPASO DEL RIESGO DE PÉRDIDA O DETERIORO CASUAL DE LA COSA DEL VENDEDOR AL COMPRADOR

[32] En la *Propuesta civil*, la imposibilidad sobrevenida y definitiva de la prestación no imputable al deudor es incumplimiento [art. 1188.I PC; *supra* [28] *c*]. La noción de incumplimiento incluye al inexcusable y al excusable. O, dicho de otro modo, en la *Propuesta civil*, el incumplimiento absorbe la conocida como «teoría de los riesgos»⁵⁵. Este diseño constituye un importante cambio, comparando con el del Código civil. En el Código, puede reconocerse la distinción entre incumplimiento (contractual), fundado en el comportamiento culposo del deudor (arts. 1101 a 1105 CC) y «teoría de los riesgos», que trata de la imposibilidad sobrevenida, definitiva y no imputable al deudor (así, arts. 1452, 1568, 1589, 1590 y CC; arts. 1182 ss. CC)⁵⁶.

[33] El artículo 1568 PC, en el contrato de arrendamiento de cosas, es un ejemplo de lo que digo.

Según el artículo 1568 CC, si la cosa se pierde ha de observarse lo dispuesto en los artículos 1182 y 1183 CC, y si alguno de los contratantes falta al cumplimiento de lo estipulado, se estará a lo dis-

⁵⁵ PANTALEÓN [ADC (1993), pp. 1732-1733], refiriéndose a la resolución de la relación contractual; MORALES MORENO (2006-A), pp. 32-34; FENYO PICÓN, CCJC (2005) [27]-[31], pp. 548-553. Cfr. artículos 1463-1466 CC italiano 1942.

⁵⁶ Sobre esta estructura, SAN MIGUEL PRADERA: da información detallada (Derecho español y comparado, opinión de los autores) desde la perspectiva que le interesa, la de la forma de ejercicio de la resolución de la relación contractual, con indicación del tratamiento que se da al *commodum representationis* y del tratamiento, que, en su opinión, es adecuado para la imposibilidad sobrevenida, total, permanente y no imputable al deudor (la autora entiende que es un supuesto de incumplimiento contractual) [(2004) [074]-[161], pp. 81-142 (para el Derecho español, en particular a partir de [093] ss. pp. 97 ss)].

puesto en los artículos 1101 y 1124 CC⁵⁷. En el artículo 1568 CC se percibe la dicotomía entre incumplimiento e imposibilidad sobrevenida total, definitiva y no imputable al deudor. En la *Propuesta civil*, el artículo 1568 PC suprime la referencia a la pérdida de la cosa y se remite, sin más, a la regulación del incumplimiento.

[i] Según el artículo 1568 PC:

«Si alguno de los contratantes falta al cumplimiento de lo estipulado, se observará lo dispuesto en los artículos contenidos en el Capítulo VII del Título I de este Libro [arts. 1188 ss. PC].»

Este artículo 1568 PC exige, a mi juicio, una observación. Si la imposibilidad sobrevenida es una causa más de incumplimiento, no es necesario que en la regulación especial del arrendamiento haya una norma de remisión como la del artículo 1568 PC, que se limita a decir, que si un contratante falta al cumplimiento de lo estipulado, han de aplicarse las normas generales del incumplimiento. Otra cosa es que la redacción del artículo 1568 PC pueda explicarse por la previa redacción de la norma a la viene a sustituir. Creo aconsejable la supresión del artículo 1568 PC (y la del art. 1568 CC).

[34] Otro precepto de la *Propuesta civil*, en el que se trata del riesgo sobrevenido de pérdida o deterioro casual de la cosa es el artículo 1452, en el contrato de compraventa. Por ser la compraventa un

⁵⁷ Artículo 1568 CC: «Si se pierde la cosa arrendada o alguno de los contratantes falta al cumplimiento de lo estipulado, se observará respectivamente lo dispuesto en los artículos 1182 y 1183 y en los artículos 1101 y 1124». En relación con la pérdida total de la cosa se plantea la cuestión de si la resolución de la relación arrendaticia es de pleno derecho (automática) o no. Refiriéndose a la pérdida de la cosa (añado: que es total), LUCAS FERNÁNDEZ indica: «La STS 3-III-51 declara que al perecer por caso fortuito la cosa arrendada, el contrato quedó resuelto de pleno derecho por ser ésta el objeto esencial para su existencia, conforme a lo establecido en el art. 1568, en relación con los 1136 y 1261 CC. (...) / Que sea por caso fortuito o por culpa de una de las partes no influye en la solución: en todos estos casos se produce la extinción del contrato. Si influirá en cambio la causa de la pérdida en otra consecuencia: en la indemnización de daños y perjuicios que no siendo por caso fortuito o fuerza mayor el culpable habrá de satisfacer a la otra parte. Mayores dudas puede ofrecer en el caso concreto y según las circunstancias que concurren la hipótesis de pérdida jurídica total o parcial, y la de pérdida física parcial» [(1993) 2.ª ed. pp. 1131-1132; también LUCAS FERNÁNDEZ (1997) 3.ª ed. (1997) pp. 1224-1225]. En cuanto al tenor del artículo 1568 CC, indica LUCAS FERNÁNDEZ: «Los dos últimos artículos (1101 y 1124) a que se remite en su caso el 1568 no se citaban en las primeras ediciones del Código, y sí, en la última edición oficial. / Inexplicablemente hay todavía comentaristas que en recientes publicaciones no tienen en cuenta la actual redacción del artículo 1568 y siguen comentando el precepto con la redacción antigua, que es desde luego oscura e incongruente. / Y no es que con la redacción definitiva sea el precepto un modelo digno de alabanza. Lejos de ello ha merecido una crítica adversa, porque, como dice García Goyena comentando el artículo 1499 del Proyecto de 1851, precedente del 1568 del actual Código, tal norma “es una consecuencia o aplicación de las reglas generales a que se refiere, y por esto ha sido suprimida en algunos Códigos; el arriendo se resuelve y extingue como las demás obligaciones”» [op. cit. (1997) p. 1223, v. también p. 1247].

contrato traslativo de la propiedad⁵⁸, a partir de un determinado momento, el riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa ha de trasladarse del vendedor al comprador. De la fijación de dicho momento se ocupa el artículo 1452 PC (art. 1452 PCV), precepto que, en una visión conjunta, ha de relacionarse con el artículo 1481 PCV.

Como es conocido, la regulación del Código civil de los riesgos, en el contrato de compraventa, no es hoy plenamente satisfactoria (art. 1452.I CC). En una aproximación básica, puede decirse que el riesgo de la pérdida sobrevenida y definitiva de la cosa, no imputable al vendedor (fortuita), corresponde al comprador desde la perfección del contrato⁵⁹. El artículo 1452 PC reforma el artículo 1452 CC en dos sentidos: por un lado, parte del presupuesto de que la pérdida o deterioro casual de la cosa, *anterior al momento de entrega, es un incumplimiento del vendedor*; por otro, desplaza temporalmente el traspaso del «riesgo» de pérdida del vendedor al comprador, al momento en que aquél ha hecho aquello que le incumbía para cumplir su obligación de entrega. La determinación del momento de ese traspaso del «riesgo» al comprador requiere tener en cuenta si en la compraventa de bienes muebles interviene su transporte y cómo se ha organizado éste en el contrato. Todo ello sin perjuicio de que, *si después de dicho traspaso del riesgo al comprador, se manifiesta una falta de conformidad o la existencia de un derecho de tercero, el comprador pueda reclamar al vendedor por haber éste incumplido el contrato de compraventa. Pero, el origen de este incumplimiento es previo al momento de traspaso del «riesgo»*. Se trata de un incumplimiento que existía en el momento del traspaso del riesgo y que se ha manifestado con posterioridad.

Creo que es claramente perceptible la influencia que la CISG ha tenido en la redacción de estos preceptos de las *Propuestas civil y sobre compraventa* [art. 36.1, 36.2 y 66, 70, 67 a 69 CISG⁶⁰; § 446 BGB].

[i] El artículo 1452 PC comparte la redacción del artículo 1452 PCV (*supra* nota 15). En la Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa* se explican las razones del cambio normativo del artículo 1452 PCV frente al Código civil⁶¹.

⁵⁸ Artículo 1445 PCV: «Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de tercero que no hayan sido contemplado en él, y el comprador a pagar un precio en dinero y a recibirla en las condiciones estipuladas».

⁵⁹ Información sobre el alcance e interpretaciones de los autores de la regla del artículo 1452 CC: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [141]-[150], pp. 128-135.

⁶⁰ SAN MIGUEL PRADERA (2004) [151]-[161], pp. 135-142.

⁶¹ MORALES MORENO, ADC (2003-A), pp. 1628-1629, 1634.

[ii] El artículo 1452 PC (art. 1452 PCV) dispone(n):

«El riesgo de pérdida o deterioro *casual* de la cosa vendida corresponde al comprador *desde* que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa.

Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que éste la retire del establecimiento de aquél, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla⁶².

A partir del momento en que pasa el riesgo al comprador corresponderán a éste los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute.

El traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros» (cursiva mía).

Según el artículo 1481 PCV:

«El vendedor responderá ante el comprador de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo a éste.»

[iii] En el núm. 3 de la Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa* se explica:

«El anterior artículo 1452, dedicado a la regulación del riesgo en el contrato de compraventa, debe ser modificado para adaptarlo al sistema de regulación del incumplimiento contractual que adopta la reforma, sistema en el que se inspira la Directiva 1999/44 y que está presente en el Convención de Viena. Éste es también el sistema que se propone para la unificación de los derechos europeos en los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

Este nuevo sistema afecta al tratamiento el *[sic]* problema del riesgo en el contrato de compraventa. *Toda pérdida o deterioro casual de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del*

⁶² Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa* núm. 3: «El momento de traslación del riesgo al comprador se sitúa, pues, en el de la entrega de la cosa vendida; pero la entrega puede producirse bajo diferentes modalidades, que comprenden la puesta a disposición del comprador, la remisión, poniéndola en poder del primer transportista, o la traslación hasta el lugar previsto en el contrato. Lo que importa para la transmisión del riesgo es que el vendedor haya realizado todo lo que le incumbe, según la modalidad de entrega prevista en el contrato. Sin embargo, en caso de entrega mediante puesta a disposición, parece conveniente adoptar una regla especial: no sólo exigir la efectiva puesta a disposición del comprador (estando la cosa debidamente identificada, con conocimiento del comprador), lo que ya supondría que el vendedor ha hecho todo lo que le incumbe en el cumplimiento de su obligación de entrega, sino, además, que el comprador la retire o haya incidido en retraso en su recepción. De este modo se estimula el cuidado de la cosa por vendedor, pues al seguir ésta en su poder es quien se halla en mejores condiciones de poner los medios para conservarla. Además se evita la discusión sobre si el vendedor es o no culpable de la pérdida de la cosa. Y ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que seguramente se llegaría a parecidos resultados, aunque no se atribuyera en este caso el riesgo al vendedor, si se le imputa responsabilidad por la pérdida o deterioro de la cosa proveniente de causas que se hallen en su esfera de control».

vendedor: la pérdida de la cosa provoca el incumplimiento de la obligación de entregar y el deterioro de la misma desemboca en el incumplimiento de la obligación de entregarla en conformidad con el contrato. El incumplimiento determina responsabilidad contractual, con la consiguiente aplicación de los correspondientes remedios. Esta construcción unitaria y objetiva del incumplimiento no deja espacio para separar entre incumplimiento imputables, a los que se aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se aplicaría la doctrina del riesgo. El problema del riesgo ha de ser hoy tratado como un problema de incumplimiento.

(...).

La regla de la traslación del riesgo al comprador a partir del momento en que el vendedor ha hecho todo lo que le incumbe en el cumplimiento de su obligación de entrega, *no se aplica en los casos en los que la pérdida o deterioro de la cosa, posterior a la entrega, no es fortuita, sino imputable al vendedor. Por ejemplo, la falta de conformidad de la cosa, existente en el momento de la entrega, provoca posteriormente su pérdida o un mayor deterioro*» (cursiva mía; art. 36.1 CISG)⁶³.

Y en el núm. 16 de la Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa*:

«El nuevo artículo 1481 establece el momento en que debe existir la conformidad de la cosa. Ese momento coincide con el de transmisión del riesgo al comprador. El nuevo artículo 1481 ha de entenderse en relación con el nuevo 1452, y *procede tomar en consideración lo ya dicho en esta exposición de motivos a propósito de este artículo*. La falta de conformidad que se produzca posteriormente es a riesgo del comprador, no determina incumplimiento del vendedor, *salvo que la misma sea debida a causas imputables al vendedor*» (cursiva mía; arts. 36, 1 y 2, y 66 CISG)⁶⁴.

⁶³ Artículo 36 CISG: «1. El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, *aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento*» (cursiva mía).

⁶⁴ Artículo 36 CISG: «1. (transcrito en la nota que antecede)/ 2. El vendedor también será responsable de toda falta de conformidad *ocurrida después del momento indicado en el párrafo precedente y que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones*, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado período, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas» (cursiva mía). Según MORALES MORENO [(1998) p. 315]: «(...) Por ejemplo: la mala selección del transporte, o no haber dado las instrucciones adecuadas al transportista, o una defectuosa prestación del servicio de asistencia postventa, que el vendedor se comprometió a prestar, o no haber redactado convenientemente las instrucciones de uso./ El deterioro de las mercaderías debido al defectuoso embalaje que se produce con posterioridad a la transmisión del riesgo, no es la manifestación de la falta de conformidad inicial, sino una falta de conformidad sobrevenida, imputable al incumplimiento de un deber del vendedor, que debe encuadrarse en el artículo 36.2 y no en el 36.1 CV [CISG]. Esto no excluye que el embalaje defectuoso o inadecuado pueda ser considerado, en sí mismo, un embalaje no conforme (art. 35), siendo de aplicación el artículo 36.1./ El incremento de deterioro de las mercaderías que sea consecuencia del estado inicial de falta de conformidad puede ser también tratado como un

3.2.2 PARTICULAR REFERENCIA A LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN EL REMEDIO INDEMNIZATORIO. ALUSIÓN AL REMEDIO DEL CUMPLIMIENTO

[35] Que el incumplimiento sea una noción neutral, no impide que en la regulación de los remedios por incumplimiento pueda decidirse si se tiene o no en cuenta la imputabilidad del incumplimiento al deudor. Aprovechando el estudio del carácter neutral del incumplimiento, voy a tratar de la cuestión de la imputabilidad subjetiva del incumplimiento a efectos del remedio indemnizatorio y aludiré al remedio del cumplimiento. Esta cuestión conecta con la estructura global del incumplimiento.

[36] Según el artículo 1209.I PC (transcrito *infra* [41]), el deudor no responde de los daños que su incumplimiento haya causado al acreedor, si se dan ciertos presupuestos. En este caso, el incumplimiento es excusable (causa de exoneración). En otro caso, el incumplimiento será inexcusable, teniendo el deudor que indemnizar. El artículo 1209.IV PC viene a señalar que la mentada exoneración es a los efectos indemnizatorios. Al acreedor no se le impide que ejercite otros derechos distintos del indemnizatorio que pudieran corresponderle según la *Propuesta civil*. Podrá ejercitar, por ejemplo, la resolución de la relación contractual, la reducción del precio. Puede ejercitarlos bajo sus respectivos presupuestos aplicativos y porque, en relación con ellos, la *Propuesta civil* no exige un incumplimiento inexcusable. La resolución y la reducción del precio también se aplican en el incumplimiento excusable. Esto es posible, por el carácter neutral del incumplimiento de la *Propuesta civil*.

¿*Qué sucede en el remedio del cumplimiento?*⁶⁵. En la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil*, está claro que al cumplimiento

caso de falta de conformidad sobrevenida, imputable al vendedor./ Las obligaciones del vendedor a las que se refiere el artículo 36.2 suelen ser obligaciones anteriores al momento de transmisión del riesgo; los ejemplos que acabamos de exponer son muestra de ello. Sin embargo, la expresión utilizada (“incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones”) permite tomar en consideración el incumplimiento de obligaciones que se produzcan después de ese momento. Por ejemplo: el defectuoso montaje de la máquina suministrada es el origen de los defectos originados en ésta con posterioridad al momento de transmisión del riesgo./ (...)».

Artículo 66 CISG: «La pérdida o deterioro de las mercaderías *sobrevenidos después de la transmisión del riesgo* al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, *a menos que se deba a un acto u omisión del vendedor*» (cursiva mía).

⁶⁵ MORALES MORENO [(2006-B) p. 58]: «La cuestión que pretendo considerar es la siguiente: ¿el supuesto de exoneración de la pretensión de cumplimiento debe coincidir con el de exoneración de la pretensión indemnizatoria? ¿O, por el contrario, tratándose de dos remedios distintos, cada uno de ellos puede tener su propio supuesto? Para que se comprenda el interés de la cuestión planteada basta recordar las discrepancias existentes no sólo en nuestra doctrina, sino entre la CISG y los PECL». El autor expone, para el Derecho positivo español, las opiniones de Badosa (quien entiende que los supuestos del cumplimiento y de la indemnizatoria coinciden) y las de Carrasco, Verdura Server y Pantaléon

no se le aplica el artículo 1209.I PC. Se trata de una opción de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación. Es conveniente conocer, con cierto detalle, las regulaciones de la CISG, de los Principios UNIDROIT y de los PECL. Ello nos va a facilitar la interpretación de la *Propuesta civil*.

[37] CISG.—El artículo 79 CISG dispone:

«1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

(...)

5. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercitar cualquier derecho distinto del derecho a exigir indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.»

De la interpretación coordinada de estos dos apartados del artículo 79 CISG, pueden inducirse dos reglas.

Una, que el artículo 79 CISG se refiere al remedio de la *indemnización de daños y perjuicios*, del cual no dispone el acreedor si el incumplimiento del deudor es excusable (causa de exoneración). La falta de cumplimiento del deudor es excusable, si tiene origen en un impedimento ajeno a su voluntad, el cual no cabía razonablemente esperar que se tuviera en cuenta cuando la celebración del contrato, ni cabía razonablemente esperar que el deudor lo evitase o superase sus consecuencias.

La otra regla es que, si bien el artículo 79 CISG permite al deudor exonerarse de indemnizar los daños que su falta de cumplimiento haya podido causar al acreedor, esa exoneración *no conlleva que el acreedor se vea privado de los otros remedios por el incumplimiento contractual*. Esto depende del respectivo supuesto de hecho de cada uno de los remedios.

[i] Hay una cuestión discutida sobre el alcance de la regla del artículo 79.1 CISG que conviene recordar: la de si aquél incluye el incumplimiento del vendedor, consistente en la entrega de una cosa no conforme con el contrato (art. 35 CISG). Si se entiende no incluido, se está afirmando, que un vendedor que de buena fe entrega mercaderías no conformes, no puede exonerarse de los daños y perjuicios que las mismas hayan causado al comprador.

(para quienes no hay coincidencia) (*op. cit.* pp. 59-61). Para las diferencias entre el supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento y el de la indemnizatoria, *op. cit.*, pp. 65-78.

Honnold, por ejemplo, defiende que el artículo 79.1 CISG no incluye el incumplimiento de la obligación de entrega de mercadería conforme, lo cual justifica en los antecedentes históricos y en la propia tramitación de la CISG (el art. 79 emplea el término «impedimento» y no el de «circunstancia» como hacía el art. 74 ULIS)⁶⁶. Otros autores, en cambio, consideran que el artículo 79.1 CISG también se aplica a la obligación del vendedor de entregar cosa conforme. Se destaca que el artículo alude a cualquiera de las obligaciones y, entre las obligaciones del vendedor se encuentra la de la entrega de mercaderías conformes. Luego, cumpliéndose los requisitos del artículo 79 CISG, el vendedor podrá exonerarse⁶⁷.

[38] En relación con los otros remedios, suele señalarse que la exoneración del artículo 79 CISG no priva al acreedor de la *resolución*. En cambio, hay distintas opiniones acerca de si el acreedor pueda exigir el *cumplimiento* de la obligación. La importancia de la cuestión apuntada requiere de una exposición algo más amplia.

Honnold, por ejemplo, destaca que el acreedor puede resolver⁶⁸. El remedio de la resolución opera, en la CISG, al margen del

⁶⁶ HONNOLD plantea la cuestión comparando el artículo 79.1 CISG con el *Uniform Commercial Code*: «(...) El UCC 2-615 prevé la exoneración *sólo para el vendedor* y con respecto a *dos aspectos* de su cumplimiento: “retraso en la entrega” y “falta de entrega”./ (...) / Los diferentes ámbitos de las normas sobre exoneración en la Convención y en el UCC llevan a la siguiente cuestión: ¿Puede exonerarse de responsabilidad el vendedor no negligente que entrega mercaderías defectuosas? Según el UCC, la respuesta es no, ya que el supuesto no afecta a la “entrega” ni a la “falta de entrega”. En la Convención la respuesta no es tan obvia, ya que la exoneración puede aplicarse a la falta de cumplimiento por una parte de cualquiera de sus obligaciones» [«Comentario del artículo 79 CISG» (1987 de la trad. esp.) núms. 424 y 427 pp. 471-472]. El autor recuerda, que con en el artículo 74 ULIS el vendedor podía exonerarse si la mercadería adolecía de un defecto (*op. cit.* núm. 427, pp. 472-473). Y, «[d]urante los trabajos de UNCITRAL, los delegados que encabezaban las tendencias del *common law* retornaron a esta cuestión y lograron sustituir “circunstancias” por “impedimentos”, palabra que (al igual que “obstáculo”) implica una barrera al cumplimiento, como, por ejemplo, la entrega de las mercaderías, antes que aspectos personales sobre el cumplimiento del vendedor. Este punto fundamental, por el que la exoneración no se aplica a un cumplimiento defectuoso, como, por ejemplo, al suministro de mercaderías no conformes, fue confirmado por el debate y por las decisiones tomadas por la Conferencia diplomática» (*op. cit.* núm. 427 p. 473). Por último: «Esta decisión tiene importantes consecuencias prácticas para los compradores que sufren serios daños derivados de mercaderías defectuosas. Para decidir si el defecto resultó de una “culpa” puede ser necesario un examen del proceso de producción del vendedor o del suministrador lejano. Incluso cuando la carga de la prueba deba soportarse por el vendedor (o por el suministrador), la resolución final de la cuestión sería incierta y costosa, y los problemas de la prueba se multiplicarían cuando la mercadería fue producida por un suministrador extraño. Como veremos, la exoneración, según el artículo 79 (...), normalmente debe estar basada en eventos (p. ej., guerra, embargo, riadas, incendios) que son ampliamente notorios. La exoneración basada en la diligencia puesta en el proceso de fabricación por el productor es tan anómala como poco práctica» (*op. cit.* núm. 427, p. 474; núm. 434, p. 435).

⁶⁷ Informan sobre las dos expuestas tesis: SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 79 CISG» (1998), pp. 639-640; ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS (2003), p. 242. *Vid.* PANTALEÓN, *ADC* (1991), p. 1071 y nota 125.

⁶⁸ HONNOLD: «Limitar la exoneración a la “indemnización de los daños y perjuicios” tiene esta importante consecuencia: cuando una parte no cumple sus obligaciones, el derecho de la otra parte a “resolver el contrato” no se ve afectado. Las causas de resolución

carácter excusable del incumplimiento, pero, con el requisito de que sea esencial (art. 25 CISG). Por su parte, Salvador Coderch informa de que para la opinión mayoritaria –a la cual se suma– «la exoneración del deudor no altera la naturaleza de incumplimiento contractual que tiene “la falta de cumplimiento” en el mismo artículo 79.1». *Cualquier derecho distinto al de la indemnización de daños y perjuicios permanece inalterado (art. 79.5 CISG)*. El acreedor dispone de la resolución, de la reducción del precio (art. 50 CISG) o, del pago de intereses (art. 78 CISG)⁶⁹. «En particular *no se extingue la facultad de exigir al deudor el cumplimiento de la obligación*». Indicado esto (regla de principio), el autor añade: «Mas, evidentemente, hay casos claros en los que resulta innegable la extinción de la obligación de igual manera que, en otros, su permanencia conforme a lo dicho es obvia: así, se extingue la obligación del deudor siempre que la permanencia de la obligación principal *privaría de sentido* a la regla del artículo 79.1 como, por ej., sucede en los casos de imposibilidad objetiva de realizar la prestación por destrucción de la cosa específica que había de entregarse, o aquellos en los que las sanciones por incumplimiento –al estilo de la *astreinte* francesa– equivaldrían a la indemnización de daños y perjuicios o, también, aquellos en los que el cumplimiento supondría una carga insoportable para el deudor. Más este continúa obligado si la permanencia de la obligación no supone una *derogación práctica* de la regla del artículo 79.1 (casos de retraso provocados por un impedimento que luego desaparece, por ejemplo, o aquellos en los que, entregado un *aliud pro alio* como consecuencia del impedimento es factible la restitución y la posterior entrega de lo debido). La idea es, que la falta de extinción de la obligación ex artículo 79.5 no puede *privar de aplicación práctica* a la regla de exoneración del artículo 79.1: la una no niega

que hemos examinado (arts. 25, 47, 49, 63, 64, 72 y 73) siguen siendo aplicables aunque la parte afectada no pueda obtener indemnización por daños y perjuicios» [«Comentario del artículo 79 CISG» (1987 trad. esp.), núm. 423, p. 469, *vid.* desde p. 468; también núm. 435, pp. 483-484].

⁶⁹ ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS: «Otro problema que afecta a la determinación de los intereses (...) es el relativo a la relación entre los artículos 74 y 78 [CISG]. El artículo 74 [CISG] determina el derecho que tienen tanto el vendedor como el comprador de solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato por su contraparte. El artículo 78 [CISG] es claro al indicar que el pago de los intereses no interfiere con la acción de indemnización de daños y perjuicios en la Convención. Ello quiere decir que se ha de realizar una distinción entre los intereses y los daños, *por lo que la obligación de pagar intereses no está sujeta al límite de la previsibilidad recogido en el artículo 74 [CISG], ni a las reglas de exoneración de responsabilidad de los artículos 79 y 80 [CISG]*» [cursiva mía (2003), p. 253]. *Vid.* VIDAL OLIVARES (2006), pp. 113-114; PANTALEÓN PRIETO, «Comentario del artículo 78 CISG» (1998), pp. 629-631. Cfr. artículo 68 PM.

a la otra sino que ambas se complementan» (cursiva del autor)⁷⁰. Salvador Coderch informa de otra opinión (la de Honnold), según la cual, «la letra del artículo 79.5 es demasiado extensa» y, que la conclusión de que el deudor, exonerado de indemnizar, pueda ser requerido para cumplir, es incongruente con el artículo 79.1 CISG, cuyas palabras son que el deudor «no será responsable». Según Honnold, la regla del artículo 79.5 CISG *sólo* se justifica en circunstancias especiales, como «la finalización de un impedimento temporal o la introducción también temporal, de una prohibición de tráfico de la divisa en que había de hacerse el pago del precio»⁷¹.

[i] El artículo 79 CISG (*supra* [37]) dispone, asimismo:

«(...).

3. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

4. La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

(...).»

[39] *Principios UNIDROIT*.—En su definición del incumplimiento, el artículo 7.1.1 Principios UNIDROIT nada indica sobre su carácter excusable (*supra* [29] [ii]). Ello se indica en el Comentario del artículo: «La segunda característica [de la definición de incumplimiento] es que, para los propósitos de los Principios [UNIDROIT], el concepto de incumplimiento *incluye tanto el incumplimiento no excusable como el inexcusable (...)*»⁷². En el

⁷⁰ SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 79 CISG» (1998), pp. 653-654. ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCAYLLAS (2003), pp. 245-246; VIDAL OLIVARES (2006), pp. 29, 36, 37-38, 44-47 (en particular la nota 104 en p. 45), 115; PANTALEÓN, *ADC* (1991), p. 1060, *vid.* hasta p. 1064. MORALES MORENO [(2006-B) p. 62]: «Esto significa que, en caso de incumplimiento, las causas de exoneración del deber de indemnizar daños, previstas en el artículo 79 CISG, no son directamente aplicables al deber de cumplir; es decir, no liberan al deudor del cumplimiento de la prestación. Pero no implica que, necesariamente, la pretensión de cumplimiento no tenga sus propios límites. En la CISG no están suficientemente desarrollados, y esto ha obligado a sus comentaristas a buscar vías, a veces forzadas, para establecerlos».

⁷¹ SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 79 CISG» (1998), pp. 654-655. Continúa: «Además, exigir con carácter de generalidad el cumplimiento *in natura* sería incongruente con el derecho nacional en muchas jurisdicciones que, consecuentemente, quedarán en libertad de aplicar sus propias reglas según el artículo 28» (*op. cit.*, p. 655).

⁷² Desde su análisis crítico (esto es, como propuesta de enmienda), MORÁN BOVIO señala: «Por otra parte, en este precepto [7.1.1] se echa en falta la alusión a las circunstancias que hacen excusable el incumplimiento, que figuran enseguida en la misma Sección

Comentario se aclara, además, cuáles son las consecuencias de que el incumplimiento sea excusable: «Una parte *no está facultada para reclamar el resarcimiento o el cumplimiento específico* por un incumplimiento *excusable* de la otra parte, pero la parte que no recibió el cumplimiento *tiene derecho, en principio, a resolver el contrato* independientemente de que el cumplimiento haya sido o no excusable» (cursiva mía).

[i] De los preceptos que en el Comentario del artículo 7.1.1 Principios UNIDROIT se citan como supuestos de incumplimiento excusable (7.1.2, 7.1.3, 7.1.7 Principios UNIDROIT), voy a detenerme en el artículo 7.1.7. Éste dispone:

«(Fuerza mayor) (*forcé majeure*)

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haberlo evitado o superado sus consecuencias.

(...).

(4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.»

a) En el Comentario 2 del artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT se indican los efectos de la fuerza mayor⁷³:

«El presente artículo *no limita el derecho* de la parte que no ha recibido la prestación *a resolver el contrato*, siempre que dicho *incumplimiento sea esencial*. Lo que esta disposición establece, en el caso de ser aplicable, es *la exención de la parte incumplidora a pagar una indemnización de los daños y perjuicios*» (cursiva mía)⁷⁴.

[ii] Al igual que en la CISG, los Principios UNIDROIT regulan el supuesto del impedimento temporal. Según el artículo 7.1.7 (2) Principios UNIDROIT:

(v. arts. 7.1.2, 7.1.3 y 7.1.7) y que sería mejor mencionarlas en la definición, a fin de ofrecer mayor nitidez al sistema» [(2003), 2.^a ed., p. 324].

⁷³ Comentario 1 del artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT: «El presente artículo abarca la materia que en la tradición jurídica del *common law* se conoce como la doctrina de la “frustración e imposibilidad de cumplimiento” y en la tradición jurídica continental como *forcé majeure*, *Unmöglichkeit*, etc. Sin embargo, el concepto de *forcé majeure* no se identifica con ninguna de estas doctrinas. La expresión fuerza mayor (*forcé majeure*) ha sido escogida por ser ampliamente conocida en la práctica comercial internacional, como lo confirma la inclusión de las llamadas cláusulas de *forcé majeure* en innumerables contratos internacionales» [Principios UNIDROIT (2004), p. 214].

⁷⁴ Principios UNIDROIT (2004), p. 215.

«Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.»

a) En el citado Comentario 2 del artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT también se lee:

«En algunos casos el impedimento obstaculizará cualquier tipo de cumplimiento; en muchos otros simplemente retrasará el cumplimiento, en cuyo caso el efecto de este artículo será el otorgar más tiempo para cumplir. En este supuesto, el tiempo extra para cumplir podrá ser mayor o menor que la duración del impedimento temporal, porque lo que importa es determinar el impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato»⁷⁵.

[iii] Finalmente, el apartado (3) del artículo 7.1.1 Principios UNIDROIT, de modo similar a la CISG, dispone:

«La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su actitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.»

[40] *PECL*.—En los *PECL*, el artículo 1:301 (4) aclara, expresamente, que hay incumplimiento contractual tanto si es inexcusable como excusable (*supra* [29] [iii])⁷⁶. El artículo 8:108 *PECL* nos indica cuándo el incumplimiento del deudor es excusable. Si el incumplimiento es *excusable*, el acreedor *no dispone* de los remedios *del cumplimiento y de la indemnización de daños*, según el artículo 8:101 (2) *PECL*. Si el incumplimiento es *inexcusable*, el acreedor puede ejercitar *cualquiera* de los remedios por incumplimiento que regula en el Capítulo 9 [art. 8:101 (1) *PECL*].

[i] El artículo 8:101 *PECL* dispone:

«Remedies Available

(1) Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Arti-

⁷⁵ Principios UNIDROIT (2004), p. 215. «Ejemplo/ “A” celebra un contrato en el que se compromete a colocar un conducto de gas natural a lo largo del país X. Las condiciones climáticas son tales que resulta prácticamente imposible trabajar del 1.º de noviembre al 31 de marzo. El contrato fija el plazo para concluir las obras el 31 de octubre. Sin embargo, los trabajos comienzan con un mes de retardo debido a que una guerra civil, que ha estallado en un país vecino, impide transportar a tiempo toda la tubería. La consecuencia de este evento es la de impedir la continuación de los trabajos hasta la primavera próxima, “A” tiene derecho a una prórroga de cinco meses para completar su trabajo, a pesar de que la duración del impedimento se limitó a un mes» [Comentario 2 del art. 7.1.7, *op. cit.*, p. 216].

⁷⁶ *Comment D* del artículo 1:301 *PECL* [LANDO/BEALE (ed.) (2000), pp. 123-124]; también *op. cit.*, letra (c), p. xxxviii.

cle 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9.

(2) Where a party's non-performance is excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages.

(3) (...)»⁷⁷. Cfr. artículo III.-3:101 (1) y (2) DCFR 2009.

[ii] Según el artículo 8:108 PECL:

«Excuse Due to an Impediment

(1) A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences. (...)». Cfr. artículo III.-3:104 (1) DCFR 2009.

a) En el *Comment D* del artículo 8:108 PECL⁷⁸ se indica, que si el impedimento reúne los requisitos señalados en el precepto, la parte incumplidora no es responsable⁷⁹. El artículo 8:108 PECL tiene un acercamiento pragmático al problema. Y así:

a.1) Cualquier forma de *cumplimiento* [cfr. arts. 8:101 (2), 9:101, 9:102 PECL] es, por definición, imposible.

a.2) El incumplidor no responde de cualquier tipo de *daño*, lo cual incluye las cláusulas de «liquidación de daños» y las cláusulas penales, salvo que las partes hayan acordado otra cosa [cfr. art. 8:101 (2) PECL].

a.3) Sobre *la resolución*, se precisa que la cuestión es más compleja.

⁷⁷ MORALES MORENO: «(...), por otra parte, en el caso del artículo 8:108 (1) PECL es explicable que se libere al deudor, tanto del deber de cumplir como el del de indemnizar (de manera definitiva o transitoria), si el obstáculo al cumplimiento surge fuera de su esfera de control (es decir, fuera de su esfera de atribución de riesgos), no le era previsible al contratar, ni tampoco debe evitar o superar el impedimento o sus consecuencias» [(2006-B), p. 64]. Pero, el autor también destaca: «(...) que no debe extraerse la conclusión de que los PECL hayan pretendido hacer coincidir siempre las causas de exoneración de la pretensión de cumplimiento y de la indemnizatoria» (*op. cit.*, p. 64). Los preceptos en los que se percibe la diferencia de las causas de exoneración del cumplimiento y de la indemnización de daños son el artículo 8:108 (2) PECL (impedimento temporal, *vid.* [40] [iii]) y los artículos 9:101, 9:102 (que contemplan excepciones a la exigibilidad del cumplimiento), lo cual destaca el artículo 9:103 (*op. cit.* pp. 64-65).

⁷⁸ LANDO/BEALE (ed.) (2000), pp. 381-382.

⁷⁹ En el *Comment B* del artículo 8:108 PECL [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 379] se señala su aplicación a cualquier obligación contractual, lo que incluye a las obligaciones pecuniarias. La insolvencia normalmente no constituirá un impedimento en el sentido del precepto (no está más allá del control del deudor), pero, una prohibición gubernativa de transferir la suma debida debería serlo. Además, el término impedimento alcanza a todo tipo de evento (acontecimientos naturales, acto del príncipe, acto de terceros). Según el *Comment C* del artículo 8:108 PECL, las condiciones del artículo 8:108 PECL son análogas a las que tradicionalmente se han requerido para la fuerza mayor (*op. cit.* p. 379).

Si el incumplimiento es *total y permanente*, es innecesario exigir del acreedor una declaración de resolución y la relación contractual se resuelve automáticamente [cfr. art. 9:303 (4) PECL].

En cambio, tratándose de un *impedimento parcial*, como, cuando parte de la obligación principal o accesoria llega a ser imposible, entonces el acreedor tiene la posibilidad de elegir. Se le permite decidir si mantiene o no la relación contractual, cuando el cumplimiento parcial tiene un valor. Esta opción del acreedor se rige por las reglas generales: así, la posible resolución de la relación contractual depende de si el incumplimiento es o no esencial. Si la parte perjudicada no elige la resolución, puede exigir el cumplimiento de aquella parte que aún pueda ejecutarse. En este último caso, la prestación del acreedor será reducida proporcionalmente, según lo dispuesto en el artículo 9:401 PECL (*Right to Reduce Price*)⁸⁰.

[iii] El artículo 8:108 PECL, al igual que la CISG y los Principios UNIDROIT, regula el impedimento temporal:

«(...)»

(2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this Article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such»⁸¹. Cfr. artículo III.-3:104 (3) DCFR 2009.

a) El *Comment E* del artículo 8:108 PECL se inicia con la afirmación de que es habitual entender que un impedimento temporal, en principio, sólo conlleva una excusa temporal. Se aclara, además, que la noción de impedimento temporal no abarca sólo las circunstancias que causan el obstáculo al cumplimiento, *sino también sus consecuencias*. Esto es, la excusabilidad temporal cubre *todo el período de tiempo durante el cual el deudor es incapaz de cumplir*⁸²:

⁸⁰ En el *Comment D* del artículo 8:108 PECL se nos ofrece este ejemplo (*Illustration 4*): Si A arrienda un almacén a B y éste se destruye después parcialmente por un incendio, tratándose de un impedimento temporal, B puede resolver la relación contractual si la ocupación de todo el almacén constituía un parte esencial del contrato. Si B no comunica que resuelve, no puede exigir daños por la pérdida de ocupación, pero, podrá reducir proporcionalmente la renta. [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 382].

⁸¹ En el *Comment E* del artículo 8:108 PECL se indica que si el cumplimiento tardío (por causa del impedimento temporal) no tiene utilidad para el acreedor, éste puede resolver la relación contractual si el retraso en el cumplimiento es esencial (art. 8:103 PECL). También en el supuesto del impedimento temporal, el acreedor puede utilizar el procedimiento que prevé el artículo 8:106 (2) PECL, a través del cual puede lograr que el tiempo de cumplimiento llegue a ser esencial y, en consecuencia, poder resolver. [LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 382-383]. *Vid. Comment D* del artículo III.-3:104 DCFR 2009 [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009), I, p. 786].

⁸² En la *Illustration 5* se pone este ejemplo: el almacén, en donde están almacenadas las materias primas farmacéuticas, imprevisiblemente se inunda y tales materias devienen inútiles. El retraso excusable en su entrega a los clientes incluye no sólo el período en que está inundado el almacén, sino también el período necesario para que el fabricante obtenga nuevos suministros [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 382]. *Vid. Comment D* del artículo III.-3:104 DCFR 2009 [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009), I, pp. 785-786].

[iii] Finalmente, el artículo 8:108 PECL, al igual que la CISG y los Principios UNIDROIT, dispone:

«(...).

(3) The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances [cfr. art. 1:303 PECL, *Notice*]. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice». Cfr. artículo III.-3:104 (5) DCFR 2009.

a) En el *Comment F* del artículo 8:108 PECL, se indica que la presente regla es una aplicación de la obligación de buena fe, la cual gobierna la totalidad de los PECL. La comunicación del impedimento y de sus efectos, por el incumplidor, permite a la otra parte adoptar las medidas adecuadas para evitar las consecuencias del incumplimiento. Si el incumplidor no lleva a cabo la oportuna comunicación, asume las pérdidas sufridas por el otro contratante, consecuencia de la no información⁸³.

[41] *Propuesta civil.*—Tras la anterior exposición de la CISG, de los Principios UNIDROIT y de los PECL procede que transcriba el artículo 1209 PC. Dispone:

«No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes:

1.º Que el impedimento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control.

2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias.

La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

El deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir la prestación deberá sin demora ponerlo en conocimiento de la otra parte y será responsable de los daños causados por no hacerlo.

Lo dispuesto en este artículo no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de

⁸³ En la *Illustration 8* se indica, como ejemplo, el de un famoso tenor contratado para cantar una determinada temporada que enferma, constituyendo ello un impedimento para cantar. El tenor no comunica de inmediato su indisponibilidad al empresario. El empresario puede exigirle una compensación, al habersele privado de la oportunidad de lograr una contratación sustitutoria, con lo que hubiera reducido sus pérdidas [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 383]. *Vid. Comment E* del artículo III.-3:104 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009), I, p.788].

daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código»⁸⁴.

También procede que vuelva a reproducir el siguiente texto de la *Exposición de Motivos* de la *Propuesta civil* (apartado VIII):

«El texto que presentamos se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering de que cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado *favor debitoris* no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía. *Ello significa que el deudor no se exonera por no haber sido culpable, sino que sólo se exonera cuando concurren las justas causas de exoneración. Significa también que la pretensión de cumplimiento de la obligación corresponde siempre al acreedor salvo que la prestación se haya hecho imposible o se haya convertido es especialmente onerosa y que el perjudicado por el incumplimiento tiene siempre derecho a resolver el contrato y desligarse de él, por lo menos en aquellos casos en que el incumplimiento es esencial.* Esto significa que el dibujo de los incumplimientos no es el mismo en cada uno de los remedios (acción de cumplimiento, resolución por incumplimiento, pretensión de indemnización de daños), pero, sin duda, también que puede tener vigencia un sistema que generalice la figura del incumplimiento» (cursiva mía; *supra* [12]).

[42] Con base en todo lo que antecede, la *Propuesta civil* puede ser caracterizada, en mi opinión, de la manera que sigue:

a) Contiene la regla de que el deudor no ha de indemnizar los daños causados por el incumplimiento excusable (art. 1209.I PC).

b) No acoge de modo expreso la regla de los PECL, de que, siendo el incumplimiento excusable, el acreedor no dispone del cumplimiento [art. 8:101 (2) PECL]. La *Propuesta civil* responde al modelo de la CISG (art. 79, 1 y 5 CISG; art. 1209.IV PC)⁸⁵.

⁸⁴ Vid. CARRASCO PERERA sobre el artículo 1105 CC y funciones del caso fortuito: «Comentario del artículo 1105 CC» (1989), pp. 649-659.

⁸⁵ PANTALEÓN, sobre la reforma de la responsabilidad contractual del Código civil y para el cumplimiento, señala: «Ha de continuar siendo un remedio *independiente de la imputabilidad o no del incumplimiento al deudor* y la causación o no de daño al acreedor. La primera idea se ve oscurecida en los apartados 4 del artículo 7.1.7 PCCI [Principios UNIDROIT] y 2 del artículo 3.101 PDEC [artículo de la Parte I publicada inicialmente en 1995, ahora art. 8:101 (2) PECL], a tenor de los cuales todos aquellos impedimentos que exoneran de responsabilidad contractual al deudor excluyen la pretensión de cumplimiento del acreedor. Cometiendo un error que se evitó, por fortuna, en el apartado 5 del artículo 79 (CNUV [CISG]: no es razonable que únicamente la imposibilidad absoluta pueda liberar al deudor de responsabilidad; o no lo es que la prestación de cumplimiento se extinga, siempre e *ipso facto*, por la imposibilidad relativa, la inexigibilidad o la excesiva onerosidad de la prestación (cuestión diferente es que el acreedor pueda oponer, en su caso, la excepción de modificación o de resolución del contrato por desaparición de la base del negocio) (...)» [ADC (1993), pp. 1729-1730; *vid.*, también, nota 34 en p. 1730; con anterioridad ADC (1991), pp., 1046-1047]. Vid. Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos* (2008), 6.ª ed. p. 711, p. 775; GÓMEZ POMAR (2007), nota 9, en pp. 9-10; INFANTE RUIZ (2008), pp. 181-192; MORALES MORENO, *supra*, nota 65.

c) Ahora bien, el remedio del cumplimiento tiene sus propios límites, que sólo mencionaré. Según el artículo 1192.II PC, en las «obligaciones distintas de las de pagar dinero», el acreedor no podrá exigir el cumplimiento específico, si es *imposible*, si es *excesivamente oneroso* para el deudor, si se trata de *una prestación personal* del deudor y, si la exigencia del cumplimiento es *contraria a la buena fe*. Estos límites al cumplimiento en las «obligaciones distintas de las de pagar dinero», aunque con alguna que otra importante diferencia, se recogen en los Principios UNIDROIT (art. 7.2.2) y en los PECL (art. 9:102). La *Propuesta civil* aplica tales límites del artículo 1192, además, «a la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado» (art. 1193 PC; cfr. art. 7.2.3 Principios UNIDROIT).

d) En conclusión, la *Propuesta civil* adopta el modelo del artículo 79, 1 y 5, CISG⁸⁶. Este modelo se combina con algunas de las expresas excepciones que al cumplimiento señalan los Principios UNIDROIT y los PECL.

[43] En cuanto a la *Propuesta mercantil*, voy a limitarme a transcribir los artículos 62.2 y 65.1, con una breve anotación.

[i] Artículo 62.2 PM:

«El deudor no será responsable del incumplimiento del contrato cuando se haya producido por una causa no imputable a él. Deberá, no obstante, notificar a la otra parte la existencia de dicha causa dentro de un plazo razonable, a partir del momento en que tuvo o pudo tener conocimiento de ella. En caso contrario responderá de los daños y perjuicios debidos a la falta de la oportuna notificación.»

Artículo 65.1 PM:

«La parte perjudicada tendrá derecho a la reparación íntegra de los daños y de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, salvo que se trate de un incumplimiento excusable.»

Los dos reproducidos artículos parecen referirse al remedio indemnizatorio. Mi anotación es, que se alude a una causa no imputable al deudor (art. 62.2 PM) y al incumplimiento excusable (art. 65.1 PM), pero no se indica cuándo el incumplimiento no es imputable (art. 62.2 PM), ni cuándo es excusable (art. 65.1 PM). En la *Propuesta mercantil* no hay norma similar a la del artículo 1209.I PC, ni tampoco a la del artículo 1209.IV PC. Si se aplicase el siste-

⁸⁶ Cosa distinta es que la interpretación doctrinal del artículo 1209 PC haya de ser similar a la vertida sobre la CISG, lo que no creo que tenga que ser necesariamente así.

ma de fuentes del artículo 50 PM (*supra* [5]), en último lugar podría acudir a la *Propuesta civil*.

4. LA REGLA DE LA NO INVOCACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO POR AQUEL QUE LO CAUSÓ

[44] El artículo 62.1 PM dispone:

«Ninguna de las partes podrá invocar el incumplimiento del contrato si se ha causado por su conducta o por cualquier evento cuyas consecuencias está obligado a asumir.»

Por su parte, en la *Propuesta civil*, el artículo 1188.II preceptúa:

«Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque.»

[45] Las *Propuestas mercantil y civil* recogen, con carácter general, una regla clara: si el contratante que invoca el incumplimiento del otro contratante lo ha motivado o, le ha imposibilitado cumplir, no puede alegar el incumplimiento del otro. Esta regla de las *Propuestas mercantil y civil* tiene un importante campo de actuación en aquellos contratos en los que para que el deudor cumpla es preciso, de algún modo, la colaboración o participación del acreedor (por ejemplo, contratos de obra, contratos de prestación servicios).

Junto a lo anterior, en la *Propuesta mercantil* (art. 62.1) también se indica que, si el riesgo del evento que impide el cumplimiento, ha de asumirlo una de las partes contratantes, aquélla que haya de asumirlo, lógicamente, no podrá invocar el incumplimiento del contrato.

Más allá de esta idea general, comienza la necesidad de perfilar algunos posibles casos.

[46] En ocasiones, el incumplimiento es *totalmente* imputable a la parte que lo invoca y no dispone de los remedios del incumplimiento. En otras ocasiones, en cambio, el incumplimiento puede imputarse al comportamiento (concurrente) *de ambos contratantes*. Ha de discernirse de qué remedios dispone el acreedor y en qué medida puede invocarlos. Por ejemplo, si puede exigir la reparación de los daños y en qué cuantía; si puede suspender el cumplimiento de su propia prestación. En estas ocasiones, hay una *limitación* de los remedios.

El primer supuesto del incumplimiento del otro contratante, totalmente imputable a la parte que lo invoca, encaja directamente en la dicción de los artículos 62.1 PM y 1188.II PC. El segundo supuesto puede entenderse que está en el espíritu de los artículos 62.1 PM y 1188.II PC, siendo el aplicador del Derecho quien haya de determinar en cada caso concreto las oportunas consecuencias jurídicas en cuanto a los remedios.

[i] El artículo 80 CISG dispone:

«Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquella.»

a) En su comentario al artículo 80 CIGS, Salvador Coderch manifiesta:

«[e]l artículo 80 presupone que el acreedor *exclusivamente* ha causado el incumplimiento del deudor y que ello excluye una infracción contractual de éste. No quedan cubiertos, por tanto, los casos de participación del acreedor en el incumplimiento del deudor: daños en la cosa causados por ambos; (...). No hay regla en el Convenio [CISG] para estos casos de causación conjunta de daños y una liberación del deudor no tiene lugar ex artículo 80. Más bien, hay que resolver según los principios generales del derecho uniforme (art. 7.1) (*supra* [3] y nota 8) y decidir que hay una responsabilidad compartida y dividir proporcionalmente los daños» (cursiva del autor)⁸⁷.

[ii] a) Según el artículo 7.1.2 Principios UNIDROIT:

«(Interferencia de la otra parte)

⁸⁷ SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 80 CISG» (1998), pp. 657-658. Además: «Ciertamente, se ha defendido una interpretación alternativa y amplia del texto, de manera que resulte cubierta la *causación conjunta* del incumplimiento con inclusión del comportamiento doloso o negligente del acreedor; ello daría lugar a la posibilidad de reducir proporcionalmente la indemnización reclamada por el acreedor. Pero se ha reargüido que el texto del artículo 80 nada dice sobre la causación o distribución conjunta de los daños; antes bien, el artículo, como muestran sus precedentes, se mueve en el ámbito del principio de los *actos propios* y limita la garantía del resultado de la promesa de prestación del deudor con arreglo al buen sentido» (*op. cit.*, p. 658). Por su parte, HONNOLD: «En la Conferencia diplomática hubo delegados que plantearon la siguiente pregunta: Supongamos que B impide a A el cumplimiento (p. ej., B no facilita las especificaciones o las condiciones de entrega o rechaza el contrato), ¿tendría B derecho a resolver el contrato?/ Según una opinión generalizada, una parte no debía tener derechos basados en su propia acción ilícita. Efectivamente, algunos delegados pensaban que éste era un principio tan básico que no necesitaba siquiera ser formulado, particularmente porque el artículo 7.1 establece que la Convención debe ser interpretada teniendo en cuenta la necesidad de asegurar “la observancia de la buena fe en el comercio internacional”. No obstante, la mayoría de los delegados estimó que podía ser prudente evitar toda duda en la aplicación de un principio general, y unánimemente se aprobó el texto que se convirtió en el artículo 80» [(1987, de la trad. esp.), núm. 436, p. 486]. Y, en nota 2, HONNOLD: «(...) demuestra que la Conferencia consideró el artículo 80 como enunciado de un principio general aplicable a toda la Convención». *Vid.* VIDAL OLIVARES (2006), pp. 115-116, 154-155.

Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.»

a.1) En el Comentario 1 del artículo 7.1.2 Principios UNIDROIT se indica que el precepto va conceptualmente más allá del incumplimiento. Porque, «[c]uando este artículo es aplicable, la conducta pertinente no se convierte en un incumplimiento excusable, sino que pierde la condición de incumplimiento»⁸⁸ (cursiva mía).

a.2) El otro supuesto que el precepto contiene –según el Comentario 1 del art. 7.1.2 Principios UNIDROIT– es, «que la interferencia de una de las partes en el cumplimiento de la otra sea sólo parcial. En estos casos, será necesario determinar en qué medida el incumplimiento se debe a la interferencia de la otra parte y en qué medida se pueden reconocer otras causas» (cursiva mía). Los Principios UNIDROIT regulan este otro supuesto en la regulación del remedio indemnizatorio.

b) Y, según el artículo 7.4.7 Principios UNIDROIT, ubicado en la regulación de la indemnización:

«(Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.»

b.1) En el Comentario 1 del artículo 7.4.7 Principios UNIDROIT se explica:

«Conforme al principio general establecido en el Artículo 7.1.2, que limita los remedios de la parte perjudicada cuando el incumplimiento se deba en parte a su propia conducta, el presente artículo limita el derecho al resarcimiento en la medida en que la parte perjudicada haya contribuido parcialmente al daño, ya que sería injusto que dicha parte recibiera el resarcimiento íntegro por daños de los que ella misma es parcialmente responsable» (cursiva mía)⁸⁹.

⁸⁸ Se indica este ejemplo: «1. “A” conviene en realizar trabajos de construcción en el terreno de “B” a partir del 1.º de febrero. Si “B” cierra con llave el acceso al terreno y no permite entrar a “A”, “B” no puede quejarse de que “A” no ha comenzado los trabajos. La conducta de “B” suele equipararse a un incumplimiento no excusable, ya sea porque existe una disposición expresa facultando a “A” a acceder al terreno, o porque la conducta de “B” contraviene los deberes de buena fe y cooperación. Este resultado, sin embargo, no depende de que el incumplimiento de “B” sea excusable. El resultado será el mismo, independientemente de la excusabilidad del incumplimiento de “B”, por ejemplo, en el supuesto de que el acceso al terreno fuera obstaculizado por huelguistas» [Comentario 1 del art. 7.1.2, Principios UNIDROIT (2004), pp. 201-202].

⁸⁹ Principios UNIDROIT (2004), p. 250. En el Comentario 2 del artículo 7.4.7 Principios UNIDROIT: «La contribución de la parte perjudicada al daño puede consistir en su propia conducta o (...). La conducta puede revestir la forma de un acto (v. gr., dar al transportista una dirección equivocada) o una omisión (v. gr., no haber dado al constructor de la

Más allá, en el Comentario del artículo 7.4.7 Principios UNIDROIT se quiere dejar claro que el artículo 7.4.7 opera *en campo distinto* al de la regla de la mitigación del daño (que regula el art. 7.4.8 Principios UNIDROIT).

[iii] a) En los PECL, el artículo 8:101 PECL dispone:

«Remedies Available

(...)

(3) A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party's non-performance». Cfr. artículo III.-3:101 (3) DCFR 2009.

a.1) En el *Comment B (iii)* del artículo 8:101 PECL se precisa, que el incumplimiento causado por un acto u omisión del acreedor tiene efectos sobre los remedios de que pueda disponer. Sería contrario a la buena fe, que aquél dispusiera de un remedio, *cuando precisamente ha sido él el responsable* del incumplimiento. La situación más clara es la denominada *mora creditoris*. Pero, hay otros casos en los que el comportamiento del acreedor tiene influencia en el incumplimiento y sus consecuencias. Por ejemplo, si hay un deber de informar a la otra parte y la información ofrecida es errónea o incompleta, dando lugar a que el contrato se ejecute de manera incompleta. En el *Comment B* del artículo 8:101 PECL también se aclara, que *hay otros casos en los que el deudor, asimismo, incumple y el acreedor podrá ejercitar, en cierta medida, los remedios del incumplimiento. Si la pérdida la causan el deudor (que ha incumplido) y el acreedor (con su comportamiento), este último no ha de tener el conjunto de los remedios. La contribución del acreedor al incumplimiento tiene consecuencias. Los efectos podrán ser totales, en la medida en que el acreedor no puede ejercitar ningún remedio, o pueden ser parciales*⁹⁰. Tras ello, en el *Comment B* se indica que las consecuencias del comportamiento

maquinaria que resultó defectuosa todas las instrucciones necesarias). Con frecuencia dichos actos u omisiones resultan de la falta de cumplimiento de la parte perjudicada de sus prestaciones u obligaciones contractuales. Sin embargo, también podría provenir de su conducta negligente o de la falta de cumplimiento de otros contratos. (...)» (*op. cit.*, p. 251). Y en el Comentario 3 del artículo 7.4.7 Principios UNIDROIT: «(...), la exoneración será parcial, dependiendo de la medida en que la parte perjudicada haya contribuido al daño. Puede que sea muy difícil aportar pruebas para determinar la contribución de cada una de las partes al daño sufrido. En algunos casos esto dependerá de un sano ejercicio de la discreción judicial. A fin de brindar una pauta a los tribunales, este artículo dispone que el juez deberá tener en cuenta el comportamiento de las partes. Cuanto mayor sea la falta de una parte, mayor será su cuota de contribución al daño causado» (*op. cit.*, pp. 251-252).

⁹⁰ Se señala el ejemplo que sigue. A acuerda transportar la cristalería de B desde Copenhague hasta París, con un empaquetado basto. Esto hubiera provocado la ruptura de la cristalería frágil, pero no la del cristal grueso. Sin embargo, B no empaqueta de modo adecuado todo el cristal y éste se pierde totalmente. B puede rehusar pagar la tasa del transporte y exigir la reparación de daños en relación con las piezas de cristal frágil, pero no en relación con las que no lo eran (las de cristal grueso) [*Illustration 5, Comment B (iii)* del art. 8:101 PECL; LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 361].

del acreedor se examinan en cada uno de los remedios⁹¹. Siendo esto así, es oportuno que realice algún apunte sobre el remedio de la *indemnización*, lo cual implica que haya de referirme al artículo 9:504 PECL.

b) Según el artículo 9:504 PECL:

«Loss Attributable to Aggrieved Party

The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party contributed to the non-performance or its effects». Cfr. artículo III.-3:704 DCFR 2009.

b.1) En el *Comment A* del artículo 9:504 PECL se indica que el artículo abarca dos situaciones. Una, *aquella en que la conducta de la parte perjudicada causó parcialmente el incumplimiento*. La otra, *aquella en que la parte perjudicada por el incumplimiento, aunque no sea responsable del incumplimiento, agrava las pérdidas por su comportamiento*. Hay una tercera situación, en la cual los daños que derivan del incumplimiento podrían haber sido reducidos o evitados, si se hubieran adoptado las medidas adecuadas para mitigarlos. De este último caso se ocupa el artículo 9:505 PECL (*Reduction of Loss*), regla de la mitigación que la *Propuesta civil* recoge en su artículo 1211⁹².

Según el *Comment B* del artículo 9:504 PECL, en la medida en que la parte perjudicada *ha contribuido* al incumplimiento, mediante su actuación u omisión, no puede exigir la reparación de los daños. *Esto es una aplicación especial de la regla general del artículo 8:101 (3) PECL*⁹³, precepto que, recuerdo, establece que una parte no puede recurrir a los remedios del incumplimiento del Capítulo 9 de los PECL en la medida en que ha causado el incumplimiento de la otra parte, con su propio comportamiento.

[47] La regla general que expresamente se recoge en los artículos 62.1 PM y 1188.II PC es una novedad en nuestro Derecho de contratos, si se compara con la regulación actual del Código de

⁹¹ Todo lo indicado en el párrafo: LANDO/BEALE (ed.) (2000), pp. 360-361.

⁹² En el *Comment A* del artículo 9:504 PECL se aclara que la razón de dividir el tratamiento de los tres supuestos expuestos en el texto entre los artículos 9:504 y 9:505 PECL se debe a que algunos sistemas legales diferencian dichas situaciones, al menos en cierto grado. Así, en el Derecho inglés las dos primeras situaciones se encuentran en el concepto de «contributory negligence», mientras que la tercera se encuentra en «failure to mitigate». Se añade, que muchos sistemas legales europeos continentales no distinguen los dos conceptos, *si bien obtienen similares resultados utilizando conceptos tales como el de la causación*. [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 444]. Sobre la regla de la mitigación del daño: SOLER PRESAS (1998), 61-72, *vid.*, en particular, pp. 63-64, 72.

⁹³ En síntesis, el ejemplo de la *Illustration 1* es que B contrata con S un sistema para ordenadores para cumplir determinada finalidad. El sistema falla debido, en parte, a un defecto de diseño y en parte, debido a que las instrucciones que B dio a S fueron incompletas. B no puede recuperar las pérdidas sufridas en la medida en que conecten con sus instrucciones inadecuadas. [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 444].

comercio y del civil⁹⁴. Considero adecuado que haya sido introducida de modo expreso en las *Propuestas*.

5. IMPUTACIÓN AL DEUDOR DE LOS ACTOS DE SUS AUXILIARES Y COLABORADORES

[48] En este punto, el artículo 1189 PC dispone:

«Si el deudor se sirviere del auxilio o colaboración de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de éste se imputarán al deudor como si los hubiera realizado el mismo.»

[49] Otra vez, la generalización de una norma, en este caso la de la imputación al deudor de los actos ejecutados en su beneficio por un tercero, constituye novedad en comparación con la regulación del Código civil. En el Código civil, esta regla de imputación se encuentra en la regulación de algunos contratos (así, en el art. 1596 CC, en el contrato de obra⁹⁵; en el art. 1721, en el mandato; o, en el art. 1784 CC, en el depósito).

El artículo 1189 PC recoge una regla de imputación del incumplimiento al deudor, que opera de modo neutral. En el mundo de los contratos, no habiéndose pactado una obligación personalísima o, no habiendo prohibición pactada, el deudor puede encargar a un tercero, total o parcialmente, el cumplimiento del contrato. Esto es algo habitual en una sociedad de servicios como la actual. Con independencia del tipo de relación que el deudor y el tercero mantengan, la *Propuesta civil* establece que la actividad de ese tercero (el acto, la omisión) se imputa al deudor a efectos del incumplimiento. El deudor asume jurídicamente la actuación desenvuelta en su propio beneficio empresarial por el auxiliar o por el tercero contratado. El artículo 1189 PC dispone, expresamente, que la actuación del tercero es como si la hubiera realizado el deudor, lo que permite la aplicación adaptada de las oportunas normas que regulan el incumplimiento⁹⁶.

⁹⁴ Sobre la aplicación judicial del artículo 1103 CC para la concurrencia de culpas, PANTALEÓN, *ADC* (1991), pp. 1042-1043, con cita de Silvia Díaz Alabart; para la opinión de PANTALEÓN sobre la función que cumple el artículo 1103 CC, *op. cit.*, pp. 1037-1038, 1041-1042. En otro plano, PANTALEÓN, *ADC* (1993), p. 1742; también, *ADC* (1993), p. 1743.

⁹⁵ SALVADOR CODERCH, apartados I.2 y II.1 del «Comentario del artículo 1596 CC» (1993), 2.ª ed. pp. 1206-1207.

⁹⁶ PANTALEÓN [*ADC* (1991), p. 1058] sobre la imputación subjetiva y para el Código civil: «El deudor que encomienda a otras personas el cumplimiento total o parcial de sus obligaciones responderá de todo incumplimiento provocado por ellas, que le hubiera sido subjetivamente imputable de haber actuado como sus auxiliares en el cumplimiento lo han hecho, aunque el deudor no haya incurrido en culpa-negligencia alguna en la elección, dirección e instrucciones, o la vigilancia de los mismos. Y lo mismo cabe decir del deudor

[i] En la CISG, y para el remedio de la indemnización de daños, el artículo 79.2 dispone:

«Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo queda exonerada de responsabilidad:

a) Si está exonerada conforme al párrafo precedente (art. 79.1, *supra* [37] ss.), y

b) Si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.»

a) Salvador Coderch precisa, que el artículo 79.2 CISG «se refiere exclusivamente al caso del incumplimiento de un *tercero a quien se ha encargado la ejecución*, total o parcial, del contrato, es decir, a quien *acepta conscientemente llevar a cabo el cumplimiento de la obligación*» (cursiva del autor)⁹⁷.

[ii] Según el artículo 8:107 PECL:

«Performance Entrusted to Another

A party which entrusts performance of the contract to another person remains responsible for performance.»

a) En el *Comment A* del artículo 8:107 PECL se destaca, que actualmente muchos contratos no se ejecutan personalmente por los contratantes. El artículo 8:107 PECL trata de este aspecto de la moderna división del trabajo, el de la responsabilidad de las partes por incumplimiento⁹⁸. El principio básico del precepto –se indica en el *Comment B*– es, que si una parte no cumple personalmente el contrato, confiando el cumplimiento a un tercero, aquélla permanece responsable del correcto cumplimiento del contrato frente al otro contratante. En tal contexto, la relación interna entre el tercero y la parte, a la que le confió el cumplimiento del contrato, es irrele-

que legitima el acceso de otras personas a una situación respecto del bien objeto del programa de prestación, que incrementa sensiblemente el riesgo de que tales personas pueda frustrar o alterar en daño del acreedor dicho programa (arg. arts. 498, 1550, 1564, 1596, 1721, 1601, 1784, 1890 CC; arts. 587, 618.2º CCom; arts. 16, 111 LAU; art. 79.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías)».

⁹⁷ SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 79 CISG» (1998), p. 649. Además: «La existencia de un encargo –aunque sea en sentido amplio– es esencial para la aplicación del artículo 79.2: el tercero al que se refiere esa regla no es un simple *proveedor del deudor* sino alguien que se relaciona con éste precisamente para cumplir la obligación de que se trata en el sentido de que asume la responsabilidad por su incumplimiento frente al deudor» (cursiva del autor; *op. cit.*, p. 649). HONNOLD también señala que el artículo 79.2 CISG no incluye al proveedor, sino al tercero al que se le encarga la ejecución total o parcial del contrato [«Comentario del artículo 79 CISG» (1987 de la trad. esp.), núms. 433-434, pp. 480-483]. *Id.* VIDAL OLIVARES (2006), pp. 42-43.

⁹⁸ *Comment A* del artículo 8:107 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 378. Para otros aspectos: artículo 1:305 PECL, *Imputed Knowledge and Intention*.

vante. El tercero puede ser un empleado o, un representante de la parte que le confió el cumplimiento contractual o, puede ser un subcontratista independiente⁹⁹.

[50] La *Propuesta mercantil* no contiene una norma similar a la del artículo 1189 PC.

6. LA IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA DE LA PRESTACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL INCUMPLIMIENTO

[51] Centro ahora mi atención en los artículos 1303 y 1460.I PC. Aunque ninguno de ellos se encuentra en el Capítulo VII, «*Del incumplimiento*» (del Título I, del Libro IV de la *Propuesta civil*) que constituye el objeto central de mi trabajo, la visión completa del incumplimiento en la *Propuesta civil* requiere de su conocimiento. Recordaré, que de los tres rasgos, con los que caractericé la noción de incumplimiento de la *Propuesta civil* (*supra* [25], [26]), el segundo consistía en que el incumplimiento conlleva la insatisfacción del interés del acreedor incorporado al contrato. En las siguientes líneas desenvuelvo este rasgo y sus implicaciones.

6.1 La prestación originariamente imposible y la validez del contrato

[52] El artículo 1303 PC, que no tiene equivalente en la *Propuesta mercantil*, dispone:

«No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo.»

[53] El artículo 1303 PC se ubica en el Capítulo IX, «*De la nulidad y la anulación de los contratos*», del Título II, «*De los contratos*», en el Libro IV de la *Propuesta civil*. El precepto contiene dos supuestos de hecho: *uno*, aquel en el que en el momento de la celebración del contrato no es posible el cumplimiento de la obligación; *otro*, aquél en el que, en dicho momento, alguno de los contratantes no puede disponer de los bienes objeto de contrato. La consecuencia jurídica es la misma para ambos supuestos: *por ese mero hecho* (imposibilidad originaria, no facultad de disposición)

⁹⁹ *Comment B* del artículo 8:107 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 378.

no se ve afectada la validez del contrato (cfr. arts. 1599, 1601 Code civil; § 311a I BGB).

[i] En la CISG, el estudio de la imposibilidad originaria de la prestación se ha localizado en el artículo 79 CISG (transcrito *supra* [37], [38], [49]).

Sobre la imposibilidad originaria, piensa Salvador Coderch, que los antecedentes del artículo 79 CISG y su tenor literal «parece indicar que no se ha querido distinguir entre *imposibilidad originaria* y *sobrevenida*»¹⁰⁰. Informa también, de que hay otra opinión según la cual la tesis de que la imposibilidad originaria se incluye en el artículo 79 CISG *no es algo tan obvio* (así, en aquellos sistemas en los que la existencia del objeto del contrato, en el momento de la perfección, es un problema de validez del contrato; es el caso del Derecho español: art. 1272 CC; art. 4 CISG¹⁰¹).

La diferencia práctica más relevante entre entender que la imposibilidad originaria no está incluida en el artículo 79 CISG o, que sí está incluida, es que en el primer caso hay un supuesto de invalidez originaria e *ipso iure*, y, en el segundo, el acreedor está facultado para resolver el contrato¹⁰².

[ii] Según el artículo 3.3 Principios UNIDROIT:

«(Imposibilidad inicial)

(1) No afectará a la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.

(2) Tampoco afectará a la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato» (cfr. art. 3.19 Principios UNIDROIT)¹⁰³.

¹⁰⁰ SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 79 CISG» (1998), p. 644. ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS [(2003) p. 242]: «A los efectos de la aplicación del artículo 79 es irrelevante que el impedimento existiese con anterioridad a la perfección del contrato o con posterioridad, siempre que se cumplan las demás condiciones que el artículo 79 demanda».

¹⁰¹ Artículo 4 CISG: «La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: / a) *A la validez del contrato* ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso. / b) *A los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas*» (cursiva mía).

¹⁰² SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 79 CISG» (1998), p. 645. Citando a Pantaleón, SALVADOR CODERCH apunta otro problema de régimen jurídico en relación con la imposibilidad originaria. Si se trata como problema de validez y se le asocia el régimen de la nulidad, la indemnización se restringe al interés contractual negativo; pero, si el contrato se considera válido y la otra parte conoció la imposibilidad o, se le puede imputar haberlo prometido ignorando la imposibilidad, la indemnización se construye bajo el esquema del interés contractual positivo (*op. cit.*, p. 645).

¹⁰³ Artículo 3.19 Principios UNIDROIT: «(Carácter imperativo de estas disposiciones) / Las disposiciones de este capítulo [Capítulo 3, Validez] son imperativas, salvo cuando ellas se refieran a la fuerza vinculante del mero acuerdo, *a la imposibilidad inicial de cumplimiento* y al error» (cursiva mía). Según el Comentario (único) del artículo 3.19 Prin-

a) En el Comentario 1 del artículo 3.3 Principios UNIDROIT se explica:

«Contrariamente a lo establecido en numerosos sistemas jurídicos, que consideran nulo un contrato de compraventa si han perecido los bienes objeto del contrato al momento de su celebración, el párrafo (1) de este artículo, *de acuerdo con las tendencias más modernas*, establece en términos generales que la validez del contrato no se ve afectada por el hecho de que en el momento de celebrarse la obligación contraída sea de cumplimiento imposible.

Un contrato es válido aun cuando los bienes a los que se refiere hayan perecido al momento de contratar, con la consecuencia de que la imposibilidad originaria de cumplimiento se equipara a la imposibilidad que se presenta después de la celebración del contrato. Los derechos y obligaciones que surgen por la imposibilidad de cumplimiento de alguna o de ambas partes se determinarán de acuerdo a las normas sobre incumplimiento. Conforme a estas disposiciones podría tenerse en cuenta, por ejemplo, al hecho de que el deudor o el acreedor conocieran la imposibilidad de cumplimiento en el momento de celebrarse el contrato.

(...).

Si la imposibilidad inicial de incumplimiento *se debe a una prohibición legal* (v. gr. a una prohibición de exportación o de importación), la validez del contrato dependerá de si, conforme al derecho bajo el cual se ha dictado la prohibición, ésta tiene el propósito de invalidar o simplemente de impedir el cumplimiento del contrato.

El párrafo (1) también se aparta de algunos sistemas de tradición jurídica romanista que establecen el requisito de que el objeto del contrato sea posible./ (...)» (cursiva mía)¹⁰⁴.

b) En el Comentario 2 del artículo 3.3 Principios UNIDROIT se precisa:

«Algunos sistemas jurídicos establecen la nulidad de un contrato de compraventa celebrado bajo tales circunstancias [que en el momento de la celebración del contrato no se tiene facultad de disposición sobre los bienes]. Como en el caso de la imposibilidad inicial, y en base a razones más convincentes, el párrafo (2) (...) considera que dicho contrato es válido. Además, la parte contratante puede, y de hecho frecuentemente así sucede, adquirir la legitimación o el poder de disposición sobre dichos bienes con posterioridad a la celebración del contrato. Si esto no sucede se aplicarán las disposiciones sobre incumplimiento./ (...)»¹⁰⁵.

Principios UNIDROIT: «Por el contrario, las disposiciones de este capítulo que se refieren (...) al supuesto de imposibilidad inicial de cumplimiento (...) no tienen carácter imperativo. Por lo tanto, las partes pueden (...). Ellas también pueden acordar que el contrato no tendrá validez en caso de imposibilidad inicial de cumplimiento (...)» [Principios UNIDROIT (2004) p. 122].

¹⁰⁴ Principios UNIDROIT (2004), pp. 99-100.

¹⁰⁵ Principios UNIDROIT (2004), p. 100.

[iii] Por último, el artículo 4:102 PECL dispone:

«Initial Impossibility

A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates».

a) En el Comentario (único) del artículo 4:102 PECL se señala, que en algunos sistemas legales el contrato es ineficaz si, siendo ello *desconocido* por las partes, es imposible de ejecutar, por ejemplo, porque no hay objeto o, porque el vendedor no tiene derecho de disposición sobre los bienes que pretende vender. Se destaca que los PECL *no adoptan ese acercamiento jurídico al problema*. Y, se indica, que *muchos de esos casos pueden tratarse como supuestos de errores esenciales*, lo que permite a cada parte afectada ejercitar *la anulación del contrato*. En otros casos, lo que sucede es que *una parte asume el riesgo de la imposibilidad originaria* y en consecuencia, *no puede anular el contrato*. Se añade, por último, *que naturalmente el cumplimiento específico es imposible*, pero, *la parte que ha asumido el riesgo puede responder de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento*¹⁰⁶.

[54] La norma del artículo 1303 PC rompe con el sistema del Código civil. En el Código civil se recoge una regla tradicional: *Impossibilium nulla obligatio est* (D. 50, 17, 185)¹⁰⁷. El artículo 1261.2º CC señala que no hay contrato (invalidéz), si no hay objeto cierto que sea materia del contrato y, según el artículo 1272 CC, «[n]o pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios que sean imposibles». En la *Propuesta civil*, en cambio, no se requiere *para la validez del contrato* que la prestación sea inicialmente posible. La misma regla se aplica –la de que no afecta a la validez– al hecho de que alguno de los contratantes carezca de facultad de disposición de los bienes en el momento de la perfección del contrato. Para este otro supuesto, la *Propuesta civil* también constituye una novedad, en el sentido de que habría un expreso pronunciamiento legal, pues entre nuestros autores se ha ido progresivamente asentando la idea de que en tal caso el contrato es válido (me limito a recordar, a modo de mero ejemplo, la discusión doctrinal sobre la validez de la venta de cosa ajena; *vid.* por ejemplo la STS, 1.ª, 26-02-2008 referida a la enajenación de una cuota ideal sobre una cosa en comunidad mayor que la que corresponde al enajenante,

¹⁰⁶ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 228.

¹⁰⁷ *Ad impossibilia nemo tenetur*; ZIMMERMANN (1996), pp. 240-241.

Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, FD 2.º, RJ 2008/2819).

[i] Por lo reciente de la *Propuesta civil* (2009) conviene realizar algún apunte sobre cómo se tratan los requisitos del contrato; esto es, acerca de cuándo tiene lugar la vinculación jurídica¹⁰⁸. Esto se regula en el Capítulo Primero, «*Disposiciones generales*», del Título II, «*De los contratos*», del Libro IV de la *Propuesta civil* (arts. 1236 a 1244 PC). Antes que nada, debo dejar claro que en la *Propuesta civil* no hay un precepto equivalente al artículo 1261 CC, que exija, para que haya contrato, consentimiento, objeto y causa. Aunque el eje central de la siguiente exposición es la *Propuesta civil*, también aludo, cuando es oportuno, a la *Propuesta mercantil*.

[ii] *Consentimiento*.

a) Es claro que para la *Propuesta civil* el contrato se asienta en el mutuo consentimiento de los contratantes. En esto, la *Propuesta civil* no supone un cambio en relación con el Código civil, que también requiere del consentimiento de los contratantes para que haya contrato (art. 1261.1.º, 1262.I CC). Los cambios que la *Propuesta civil* contiene frente al Código civil comienzan a percibirse en cuanto uno se fija en el contenido de ese consentimiento. En este otro aspecto, la influencia de los PECL es clara.

Señalado lo anterior, entre otros preceptos de la *Propuesta civil* en los que se destaca esa exigencia del consentimiento de la partes, puede mencionarse al artículo 1255 PC, que regula el momento en que el contrato se perfecciona; o, el artículo 1239.I PC, que regula la forma del contrato (*infra* [v] en este [54]); o, el artículo 1242 PC, que dispone que el contrato se perfecciona, aunque algún punto quede pendiente de ulterior negociación. Podemos encontrar además otros preceptos.

El citado artículo 1242 PC dispone:

«No impedirá la perfección de un contrato, si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales¹⁰⁹ y quieren vincularse ya,

¹⁰⁸ Sobre la construcción del contrato y la vinculación jurídica en los PECL, en los Principios UNIDROIT, en la CISG y en el *Uniform Commercial Code*: MARCO MOLINA (2009), pp. 589-611.

¹⁰⁹ Diversos textos jurídicos consideran que si las partes tienen clara voluntad de concluir un contrato, éste existe aunque en él haya algún aspecto no determinado (términos abiertos). Sobre el precio, se facilita su determinación si las partes no lo han fijado expresamente o, si posteriormente hay algún problema para su determinación (cfr. arts. 14.1 y 55 CISG; arts. 2.1.14, 5.1.7 Principios UNIDROIT; arts. 6:104, 6:105, 6:106, 6:107 PECL). Según el artículo 1277 PC: «1. No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado./ Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiese sido dejada a una de las partes, la declaración de que ésta haga se integrará en el contrato siempre que, al efectuarla, se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido o a los que resultaran del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiese observado tales criterios./ 2. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero y éste no quisiere o no pudiese hacerlo, los Tribunales podrán designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designa-

el que hayan dejado algún punto pendiente de negociaciones ulteriores.

Si en el curso de una negociación y antes de alcanzarse el acuerdo, una de las partes hubiera manifestado a la otra que el contrato no se entendería celebrado hasta haber extendido el referido acuerdo a determinadas cláusulas o condiciones o hasta que se suscriba un documento, el contrato no estará formado mientras tales requisitos no se cumplan.»

b) En la *Propuesta mercantil*, el artículo 50.5 dispone:

«Salvo disposición contraria de la Ley, los contratos mercantiles se perfeccionan, modifican y extinguen por el mero consentimiento» (cfr. art. 50.6 PM; arts. 29.1, 11 y 12 CISG).

c) Como en las *Propuestas civil y mercantil*, en los Principios UNIDROIT y en los PECL, el elemento nuclear del contrato es el acuerdo de las partes (art. 3.2 Principios UNIDROIT)¹¹⁰, el que las partes consideren que están legalmente vinculadas, habiendo alcanzado un acuerdo suficiente (art. 2:101 PECL)¹¹¹.

ción inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones./ Si en la determinación del tercero hubiera una significativa falta de observancia de los criterios a que hubiera debido atenderse, se estará a lo que los Tribunales decidan./ 3. Cuando el precio u otra circunstancia del contrato hayan de ser determinados por referencia a un factor que al tiempo de la celebración del contrato hubiere dejado de existir o no fuere accesible a las partes, quedará sustituido por el equivalente o subsidiariamente por el que resulte más similar con las adaptaciones necesarias en este último caso». Según el artículo 57 PM: «1. Cuando en un contrato no se hubiere fijado el precio o establecido los medios de determinarlo, se entenderá que las partes, a falta de cualquier indicación en contrario, se han referido al precio generalmente establecido, al tiempo de la perfección del contrato, para tal prestación en circunstancias equiparables del tráfico correspondiente./ 2. Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no pueda o quiera fijarlo se entenderá por precio uno que sea razonable./ 3. Cuando se pacte que el precio deba fijarse atendiendo a referencias que no existen, que han dejado de existir o que no son accesibles a las partes, se acudirá a la referencia equivalente más cercana».

¹¹⁰ Según el artículo 3.2 Principios UNIDROIT: «(Validez del mero acuerdo)/ Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional». En el inicio del Comentario del artículo 3.2 Principios UNIDROIT se indica: «[L]a finalidad de este artículo es dejar claro que el mero acuerdo de las partes es suficiente para que un contrato quede perfeccionado, modificado o extinguido válidamente, sin necesidad de otros requisitos que suelen exigirse bajo el derecho interno» [Principios UNIDROIT (2004) p. 98]. De aquí, lo innecesario de la *consideration*, propia de los países de tradición jurídica anglosajona [Comentario 1 del art. 3.2 Principios UNIDROIT, *op. cit.*, p. 98]: «En el tráfico mercantil este requisito tiene una importancia mínima, ya que en este contexto las obligaciones casi siempre son contraídas por ambas partes. Ésta es la razón por la que el artículo 29 (1) de CISG libera del requisito de *consideration* a la modificación y extinción del contrato de compraventa internacional de mercaderías. La extensión de este principio a la celebración, modificación y extinción, por acuerdo de las partes, de todos los contratos mercantiles internacionales ofrece mayor certeza y disminuye las controversias». En Comentario 2 del artículo 3.2 Principios UNIDROIT se justifica, asimismo, lo innecesario de la *causa*, propia de algunos países de tradición jurídica romanista (*op. cit.* p. 98). Finalmente, en el Comentario 3 del artículo 3.2 Principios UNIDROIT, se indica que en los Principios UNIDROIT todos los contratos son consensuales, lo que implica la exclusión de la categoría de los contratos reales recogida en algunos sistemas (v. gr., préstamo) [*op. cit.* pp. 98-99].

¹¹¹ Según el artículo 2:101 PECL: «Conditions for the Conclusion of a Contract/ (1) A contract is concluded if: / (a) the parties intend to be legally bound, and/ (b) they

[iii] Causa.

a) En la *Propuesta civil* no se indica, que para que haya contrato se requiera de la «[c]ausa de la obligación que se establezca», como requiere el Código civil en el artículo 1261.3.º No obstante, no debe pensarse que en la *Propuesta civil* la causa haya sido desderrada del mundo de los contratos. La causa está presente desempeñando una función de control del contenido del contrato (de la autonomía de la voluntad). En esta materia, la *Propuesta civil* no rompe con el Código civil. Hay una continuidad. En la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil* se indica que, «aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en una causa que sea lícita, no se dota al elemento causa del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener» (EM VII).

Además, la *Propuesta civil* recoge un conocido concepto para la civilística española: el del «propósito práctico del contrato», tomado del pensamiento de Federico de Castro y Bravo.

Esta caracterización, que acabo de realizar sobre la causa del contrato en la *Propuesta civil*, resulta del artículo 1238 PC —ubicado en el Capítulo Primero, «*Disposiciones generales*», del Título II,

reach a sufficient agreement without any further requirement./ (2) A contract need not to be concluded or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, including witnesses». En el *Comment B* del artículo 2:101 PECL se indica, que para vincularse contractualmente una parte debe tener intención de vincularse legalmente; por otro lado, si, de hecho, se tiene tal intención es irrelevante, si la otra parte tiene razón para inferir de la declaración o de otra conducta de la primera parte que se entiende que se vincula (art. 2:102 PECL) [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 137]. En el *Comment D* del artículo 2:101 PECL se aclara que para que haya contrato no se exigen más requisitos: no se requiere forma, ni *consideration*; incluso una promesa de prestar dinero o de recibir un depósito son efectivas antes de su ejecución; tampoco un contrato es inválido porque al tiempo de su conclusión fuera imposible cumplir la obligación [*op. cit.*, p. 138].

Los requisitos del artículo 2:101 (1) PECL se desarrollan en los artículos 2:102 y 2:103 PECL.

a) Según el artículo 2:102 PECL: «Intention/ The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party». En el *Comment B* se precisa que el artículo 2:102 PECL contiene un principio general sobre los efectos de la declaración de una parte o de su conducta. Tales efectos se determinan cómo razonablemente aparecen a la otra parte. Si la verdadera intención es comprendida por la otra parte, la primera se vincula. No importa la manera en la cual se exprese la intención. Esto se coordina con la regla de interpretación del artículo 5:101 (1) PECL, según la cual la común intención de las partes prevalece, incluso si se aparta del significado literal de las palabras empleadas. En otros supuestos, el contrato se interpreta de conformidad con el significado que una persona razonable, del mismo tipo que las partes, hubiera dado en tales circunstancias [art. 5:101 (2) PECL]. Para determinar la oferta también se aplican otras reglas de interpretación como la de los artículos 5:102, 5:103 (a) y (c-f) y 5:104 PECL [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 144].

b) Según el artículo 2:103 PECL: «Sufficient Agreement/ (1) There is sufficient agreement if the terms/ (a) have been sufficiently defined by the parties so that the contract can be enforced, or/ (b) can be determined under these Principles./ (2) However, if one of the parties refuses to conclude a contract unless the parties have agreed on some specific matter, there is no contract unless agreement on that matter has been reached». El artículo 1237 PC dispone: «Las partes podrá obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público [cfr. art. 1255 CC]./ Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes [cfr. art. 1256 CC]».

«De los contratos», del Libro IV de la *Propuesta civil*– y del artículo 1296 PC –situado éste en el Capítulo IX, «De la nulidad y anulación de los contratos», del mismo Título II, «De los contratos», del Libro IV de la *Propuesta civil*–.

El artículo 1238 PC dispone:

«1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral [cfr. art. 1275 CC]¹¹².

Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo [cfr. art. 1306 CC].

2. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario [cfr. art. 1277 CC].

La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita [cfr. art. 1276 CC].

3. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado¹¹³.

¹¹² El artículo 4:101 PECL (*Matters not Covered*) dispone que el Capítulo 4 de los PECL, que trata de la *Validez de contrato*, no regula la invalidez que surge de la ilegalidad, inmoralidad o falta de capacidad. En la Parte III de los PECL se regula los contratos ilegales e inmorales. Para un análisis de esos artículos de los PECL y de los correspondientes en el DCFR: INFANTE RUIZ/OLIVA BLÁZQUEZ, *InDret*, 2009/2 pp. 33-48. Los autores consideran que no es necesario acudir a la categoría de la causa para controlar la legalidad de los contratos y evitar los pactos ilícitos y los pactos inmorales. Consideran que tales patologías del contrato pueden abordarse en sede de contratos *contra legem* (art. 6.3 CC) y de vulneración de los límites de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Señalan que puede suprimirse la técnica de la causa para controlar la licitud de los contratos. Citan a los artículos 1238 ([54] [iii]) y 1306 PC, haciendo ciertas consideraciones sobre este último. [*InDret* 2009/2 pp. 31-32]. *Vid.* Luis Díez-PICAZO, *ADC* (2003), pp. 1573-1574.

¹¹³ CASTRO Y BRAVO: «(...)»/El ordenamiento jurídico, en materia de Derecho privado, deja amplio margen de libertad para que los particulares formen y conformen sus relaciones. Mas, cuando se solicita su intervención coactiva, lo hecho se medirá, para ver a qué figura o tipo negocial se ajusta; y los que conoce y admite el Derecho, se han acuñado en las leyes y en la práctica no como nombre vacíos sino conforme a su variada significación social. Calificar unos tratos de compraventa, donación, etc., no es competencia de los particulares; el querer que se produzcan ciertos efectos jurídicos del contrato de compraventa (hacer dueño al adquirente a título de comprador), cuando no se adquiere por precio sino por liberalidad, no bastará para que se le considere jurídicamente compra y se impida la aplicación de las reglas sobre la donación. La regulación de los negocios jurídicos se hace atendiendo al propósito práctico o resultado social del negocio, porque conforme a él se protege a las mismas partes (p. ej., revocación de la donación), y se valora su alcance como título de derechos y obligaciones en relación con los terceros interesados (por ejemplo, en tercería de dominio y de mejor derecho, respecto de los acreedores en general y de los legitimarios)./ Atender al propósito práctico del negocio no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino por el contrario tenerla en cuenta en su doble aspecto de libertad y de responsabilidad. Lo que con ello se entiende no permitido, es el pretender aprovecharse de una figura jurídica, respecto de ciertos efectos (adquirir como comprador), aunque no se den los requisitos (p. ej., el precio), propios de ella (los que se pretenden suplidos por la voluntad del efecto jurídico) y con esto el liberarse, a costa de otros u otros, de las cargas y limitaciones (responsabilidad) que impone la figura jurídica que corresponde al propósito práctico propuesto (p. ej., hacer una liberalidad)./ También se tiene en cuenta mejor la verdadera voluntad de los particulares, atendiendo al fin práctico del negocio; lo que se puede observar en el mismo ejemplo de Savigny de la compra de la casa.

4. Cuando un contrato contenga elementos de diversos contratos típicos, se aplicarán conjuntamente las disposiciones relativas a estos contratos en aquello que se adecúe con la causa del contrato celebrado»¹¹⁴.

Por su parte, el artículo 1296 PC preceptúa:

«1. La nulidad de pleno derecho de un contrato por carecer de causa o ser ésta ilícita o por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva, (...), se declarará a instancia de cualquier persona con interés legítimo. Esta acción es imprescriptible./ (...)»

b) En la *Propuesta mercantil* no hay un precepto equivalente al artículo 1274 CC, que defina las causas genéricas de los contratos (onerosa, gratuita, remuneratoria).

[iv] *Objeto del contrato.*

Sobre el objeto del contrato, como he expuesto (*supra* [52] ss.), la *Propuesta civil* (art. 1303), sí que contiene importantes cambios en comparación con el Código civil (art. 1272). Mientras que en el Código civil, la imposibilidad originaria afecta a la validez del contrato –el contrato se considera nulo por falta de objeto (arts. 1261, 1271)–, en la *Propuesta civil*, la imposibilidad originaria no impide la validez del contrato (art. 1303). Media entre ambos textos un giro radical en el tratamiento jurídico de la imposibilidad originaria.

[v] *Forma.*

a) En la *Propuesta civil*, al igual que en el Código civil, la regla es la libertad de forma del contrato.

El artículo 1239.I PC dispone:

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional [cfr. art. 1278 CC; arts. 11, 12 y 29.2 CISG].

Según su criterio, quedaría extramuros del Derecho el propósito práctico del comprador de habitarla o arrendarla, aunque de ello se tratara con el vendedor. En cambio, conforme al fin práctico propuesto (como hacen en sus decisiones los tribunales), se entenderá integrado en el propósito negocial el de habitar o arrendar la casa, y consiguientemente quedará viciado el negocio cuando se ocultó el mandato de su derribo (p. ej., por servidumbre a un aeródromo, por ser zona militar) o la prohibición de arrendar (p. ej., respecto ciertas construcciones protegidas)./ (...)» [(1971) (ed. facsimilar de 1985) § 27, pp. 28-29; también § 248 pp. 188-189]. Se centra en esta segunda función del propósito práctico de Castro y Bravo, MORALES MORENO: «El “propósito práctico”, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)» (2006-C), en particular pp. 329-334. Este trabajo de MORALES MORENO es clave en el pensamiento del autor: posiblemente pueda considerársele como uno de los trabajos a partir de los cuales comenzó con su conocida trayectoria de renovación del Derecho de las obligaciones contractuales.

¹¹⁴ CASTRO Y BRAVO [(1971) (ed. facsimilar de 1985)], § 264 a § 270, pp. 205-211.

La manifestación de voluntad puede hacerse de modo expreso o resultar de actos concluyentes».

Además, según el artículo 1240 PC:

«Habrán de constar para su validez en documento público¹¹⁵ los contratos para los que la ley así lo disponga expresamente.

En los demás casos podrán los contratantes compelerse recíprocamente a llenar la forma de documento público u otra especial en cualquiera de los siguientes supuestos: [cfr. art. 1279 CC].

1.º Cuando la ley exija tal forma para que el contrato celebrado alcance determinados efectos y, en especial, cuando se trate de contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. [Cfr. art. 1280.1º CC].

2.º Que esté así estipulado en el contrato.

También las partes podrán compelerse recíprocamente a que conste por escrito, aunque sea privado, el contrato celebrado cuando la cuantía de cualquiera de las prestaciones exceda de la cantidad mínima de diez mil euros [cfr. art. 1280, *in fine*, CC].

Será de cargo de quien la exige los gastos de forma, salvo los casos en que el contrato o la ley establezca otra cosa.»

b) En cuanto a la *Propuesta mercantil*, el artículo 50 dispone:

«(...).

7. En el momento de la celebración del contrato mercantil o con posterioridad, cualquiera de los contratantes tendrá derecho a exigir que el contrato y sus modificaciones o adiciones se consignen por escrito, así como a que se le entregue un ejemplar.

8. Los contratos mercantiles celebrados por vía electrónica producirán los efectos previstos en el ordenamiento jurídico cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez, sin que sea necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

Siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.» (*vid.* art. 50.5 PM).

[55] Si bien el artículo 1303 PC dispone que *el mero hecho de la imposibilidad inicial u originaria de la prestación o el mero hecho de carecer inicialmente de facultades de disposición, no afecta a la validez del contrato*, ello no impide que el contrato pueda *anularse*

¹¹⁵ Cfr. artículos 1269 a 1275 PC, Capítulo III, «De los documentos públicos y privados», del Título II, del Libro IV de la *Propuesta civil*.

(art. 1305 PC¹¹⁶; arts. 3.14 Principios UNIDROIT¹¹⁷, 4:112 PECL¹¹⁸) *si hay causa para tal impugnación*. Tal posible causa se halla en los vicios del consentimiento¹¹⁹, y, en particular, en el error y en el dolo. La *Propuesta civil* regula el error en el artículo 1298 PC y el dolo en el artículo 1300 PC.

[i] *El error.*

a) La *Propuesta civil*.—La regulación del error de hecho y de derecho de la *Propuesta civil* está claramente inspirada en los PECL; es también cercana a los Principios UNIDROIT. Puede decirse que la *Propuesta civil* condensa, en un único artículo, reglas que se encuentran en distintos preceptos de los Principios UNIDROIT y de los PECL. Por otra parte, como vamos a comprobar de inmediato, la regulación del error en la formación del contrato de la *Propuesta civil* difiere de la del Código civil.

¹¹⁶ Artículo 1305 PC: «La facultad de anulación podrá ejercitarse extrajudicialmente, dentro del plazo de caducidad, mediante comunicación dirigida a la otra parte con expresión de las razones en que se funde./ También podrá oponerse mediante excepción frente a la demanda de cumplimiento y en este caso no será de aplicación el plazo previsto en el artículo anterior». Cfr. artículo 408.2 LEC. Según Luis Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES [(2002), p. 238]: «En la tradición del Derecho europeo continental y de los códigos civiles, la acción de anulación es una acción judicial y, por regla general, se entiende que sólo los tribunales están facultados para establecer la nulidad del contrato. Naturalmente, no se excluye que las partes puedan ponerse de acuerdo sobre la anulación, aunque, en tales casos, puede ponerse en tela de juicio si lo que se produce es una verdadera anulación o un mutuo disenso. *No se conoce, en la mencionada tradición de los códigos civiles, un ejercicio de la acción de anulación que se produzca extrajudicialmente, aunque habrá que pensar que, de la misma forma que la jurisprudencia española y la de otros países realizaron el recorrido necesario para trasladar las acciones de resolución del contrato originariamente judiciales, a un posible ejercicio extrajudicial, ningún inconveniente existe para que lo mismo ocurra en materia de anulación. Éste es el punto de vista que adopta los PECL en el art. 4:112 (...)*» (cursiva mía). Las *Propuestas mercantil* (art. 64.2.I PM) y *civil* (art. 1999.II PC) acogen el ejercicio de extrajudicial del remedio de la resolución de la relación contractual.

¹¹⁷ Artículo 3.14 Principios UNIDROIT: «(Notificación de anulación)/ El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte». Según el Comentario 1 del artículo 3.14: «Este artículo establece que la anulación de un contrato debe efectuarse mediante notificación a la otra parte, sin necesidad de intervención judicial» [Principios UNIDROIT (2004), p. 117]. Cfr. artículo 1.10 Principios UNIDROIT.

¹¹⁸ Artículo 4:112 PECL: «Notice of Avoidance/ Avoidance must be by notice to the other party». En el Comentario (único) se indica que la anulación puede llevarla a cabo quien para ello esté legitimado, no siendo necesaria una orden judicial para anular el contrato. La anulación tiene eficacia cuando la comunicación llega al otro contratante (art. 1:303 PECL). También se precisa en el Comentario, que, una conducta inequívoca, que indique que la parte ya no se considera vinculada por el contrato, constituye una anulación del contrato si ello es conocido por la otra parte. Asimismo, puede comunicarse la anulación como defensa, frente a la acción que se hubiere ejercitado en contra. [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 274].

¹¹⁹ Por reformar los vicios del consentimiento, la *Propuesta civil* también reforma el artículo 1817.I CC. El artículo 1817.I CC dispone: «La transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a los dispuesto en el artículo 1265 de este Código». Según el artículo 1817.I PC: «La transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el Capítulo IX del Título II de este Código [De la nulidad y anulación de los contratos, artículos 1296 a 1309]».

El artículo 1298 PC dispone:

«1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante.

2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció.

3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error.

2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas.

3. Los contratos no serán anulables por error cuando éste sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error¹²⁰.

4. Tampoco podrá anularse el contrato cuando la otra parte, tras ser informada del error, comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido [cfr. art. 1432 Codice Civile 1942].

5. La inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad será tratada conforme a las reglas de interpretación de los contratos y en los casos en que no puedan ser resueltos por ellas se aplicará lo dispuesto en este artículo.»

b) *Los Principios UNIDROIT*.—El artículo 3.4 Principios UNIDROIT dispone:

«(Definición del error)

El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente en el momento en que se celebró el contrato»¹²¹.

¹²⁰ Contrastando con los apartados 1, 2 y 3 del artículo 1298 PC, de interés las consideraciones de MORALES MORENO acerca del error, más allá de un concreto ordenamiento jurídico [(1993-A) pp. 229-246]; en relación con el requisito jurisprudencial de la excusabilidad del error y, sobre los criterios que el autor construye acerca de la imputabilidad del error para que éste tenga relevancia y, apoyo jurídico: *op. cit.*, pp. 292-312.

¹²¹ Para aplicar el error es clave el momento en el que ha de existir el mismo. En el Comentario 2 del artículo 3.4 Principios UNIDROIT se lee: «Este artículo se refiere al error que implica una concepción equivocada de los hechos o de las circunstancias jurídicas existentes en el momento de celebrarse el contrato./ La fijación de este elemento temporal obedece a la necesidad de diferenciar los supuestos en que se aplican las normas de error de aquellos otros en que se deberán ejercer las acciones por incumplimiento. En efecto, muchas veces un caso típico de error puede ser considerado como un obstáculo que evita o impide el cumplimiento del contrato. Se aplican las reglas del error si una parte ha celebrado un contrato bajo una falsa concepción de los hechos o del contexto jurídico, y por tanto, se equivoca acerca de los efectos del contrato. Si, por el contrario, una parte ha tenido una acertada concepción de las circunstancias fácticas y jurídicas en las que se celebró el contrato, pero incurre en un juicio equivocado acerca de sus efectos y más tarde se

Según el artículo 3.5 Principios UNIDROIT:

«(Error determinante)

(1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y

(a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial¹²²; o

(b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato.

(2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:

(a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o

(b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo».

El artículo 3.6 Principios UNIDROIT preceptúa:

«(Error en la expresión o en la transmisión)

Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración.»

Finalmente, el artículo 3.13 Principios UNIDROIT:

«(Pérdida del derecho a anular el contrato)

niega a cumplirlo, en este supuesto se trata de un caso de incumplimiento más que de error» [Principios UNIDROIT (2004), p. 101].

¹²² Comentario 2 del artículo 3.5 Principios UNIDROIT: «Los tres primeros requisitos indicados en el párrafo (1) (a) tienen en común el hecho de que la contraparte de quien incurre en error no merece protección, porque de una u otra forma ha contribuido al error de la parte equivocada./ La primera condición es que ambas partes incurran en error./ (...) / La segunda condición es que el error de la parte equivocada sea causado por la otra parte. Este supuesto suele presentarse cuando el error se origina en manifestaciones concretas –expresas o tácitas, culposas o no culposas– o en un comportamiento que en determinadas circunstancias puede ser considerado como una manifestación. Incluso el silencio puede dar lugar a error. Generalmente sería tolerada una simple exageración en la propaganda o en el curso de las negociaciones./ Si el error fue causado intencionadamente, se aplicará lo dispuesto en el artículo 3.8./ La tercera condición es que la contraparte de quien incurre en error conocía o debía haber conocido el error en que ésta se encontraba y resulta contrario a criterios razonables de lealtad comercial mantener a la otra parte en error. Lo que la contraparte de quien incurre en error “conocía o debió haber conocido” es lo que conocía o debió haber conocido una persona razonable en circunstancias similares. Para poder anular el contrato, la parte equivocada debe demostrar además que la otra tenía la obligación de informarle de su error» [Principios UNIDROIT (2004), p. 104].

(1) Si una de las partes se encuentra facultada para anular un contrato por causa de error, pero la otra declara su voluntad de cumplirlo o cumple el contrato en los términos en los que la parte facultada para anularlo lo entendió, el contrato se considerará perfeccionado en dichos términos. En tal caso, la parte interesada en cumplirlo deberá hacer tal declaración o cumplir el contrato inmediatamente de ser informada de la manera en que la parte facultada para anularlo lo ha entendido y antes de que ella proceda a obrar razonablemente de conformidad con la notificación de anulación.

(2) La facultad de anular el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaración o cumplimiento, y cualquier otra notificación de anulación hecha con anterioridad no tendrá valor alguno»¹²³.

Recuérdese, además, el artículo 3.19 Principios UNIDROIT, que dispone que no son imperativas las disposiciones referidas al error¹²⁴.

c) *Los PECL.*—En los PECL, el artículo 4:103 PECL dispone:

«(Fundamental Mistake as to Facts or Law)

(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:

(a) (i) the mistake was caused by information given by the other party; or

(ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or

(iii) the other party made the same mistake,
and

(b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the con-

¹²³ Comentario del artículo 3.13 Principios UNIDROIT: «De acuerdo con este artículo, se le puede impedir a la parte que incurrió en error que anule el contrato si la otra parte expresa su voluntad de cumplir o cumple el contrato de la manera en que lo entendió la parte equivocada. El interés de la otra parte en actuar de esta forma radica en su preferencia por los beneficios del contrato, aun bajo la versión modificada./ Esta preocupación por salvaguardar el interés de la otra parte sólo se justifica en el caso de error, no así en los otros casos de consentimiento viciado (amenaza o dolo), en los que raramente cabe esperar que las partes deseen convalidar el contrato» [Principios UNIDROIT (2004), pp. 115-116]. Y, en el Comentario 4 del artículo 3.13 Principios UNIDROIT: «La adaptación del contrato no excluye el derecho de la parte que incurrió en error a demandar daños y perjuicios conforme a lo establecido en el Art. 3.18, si ha sufrido un menoscabo que no encuentra compensación con la adaptación del contrato» (*op. cit.*, p. 116).

¹²⁴ Reproducido en nota 103. En el Comentario (único) de artículo 3.19 Principios UNIDROIT se indica que las partes «pueden acordar (...) que el error en el que puedan incurrir una o ambas partes no podrá alegarse como causa de anulación» [Principios UNIDROIT (2004), p. 122].

tract or would have done so only on fundamentally different terms.

(2) However a party may not avoid the contract if:

- (a) in the circumstances its mistake was inexcusable, or
- (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by it»¹²⁵.

Según el artículo 4:104 PECL:

«Inaccuracy in Communication

An inaccuracy in the expression or transmission of a statement is to be treated as a mistake of the person which made or sent the statement and Article 4:103 applies.»

Finalmente, el artículo 4:105 PECL:

«Adaptation of Contract

(1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party indicates that it is willing to perform, or actually does perform, the contract as it was understood by the party entitled to avoid it, the contract is to be treated as if it had been concluded as the that party understood it. The other party must indicate its willingness to perform, or render such performance, promptly after being informed of the manner in which the party entitled to avoid it understood the contract and before that party acts in reliance on any notice of avoidance.

(2) After such indication or performance the right to avoid is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.

(3) Where both parties have made the same mistake, the court may at the request of either party bring the contract into accordance with what might reasonably have been agreed had the mistake not occurred»¹²⁶.

En los PECL, los remedios por error pueden ser excluidos o modificados por las partes, salvo que ello sea contrario a la buena fe [art. 4:118 (2)¹²⁷].

[ii] *El dolo*.

¹²⁵ Sobre la regulación del error y del dolo en los PECL: MORALES MORENO (2003-B), pp. 373-386, 390-396.

¹²⁶ *Comment C* del artículo 4:105 PECL: «The adaptation of the contract by the other party or by the court under this Article does not preclude the mistaken party claiming damages under Article 4:117 if it has suffered loss which is not compensated by the adaptation of the contract» [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 247].

¹²⁷ Artículo 4:118 PECL: «Exclusion or Restriction of Remedies/ (...) (2) Remedies for mistake and incorrect information may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing».

a) *La Propuesta civil.*—En el dolo en la formación del contrato, entiendo, no se percibe tan directa proximidad entre la *Propuesta civil* y la regulación de los Principios UNIDROIT y la de los PECL, como la que hemos visto en el error. Además, en la *Propuesta civil* se codifica el dolo por omisión.

El artículo 1300 PC dispone:

«1. Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento con palabras o maquinaciones insidiosas [cfr. art. 1269 CC] o mediante la ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta la circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado.

2. Para que haga anulable el contrato, el dolo deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes [cfr. art. 1270.I CC].

3. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios [cfr. art. 1270.II CC].»

b) *Los Principios UNIDROIT.*—El artículo 3.8 Principios UNIDROIT dispone:

«(Dolo)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial»¹²⁸.

c) *Los PECL.*—Según el artículo 4:107 PECL:

«(Fraud)

(1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed.

(2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive.

¹²⁸ Sobre la distinción entre el error y el dolo, en el Comentario 2 del artículo 3.8 Principios UNIDROIT se indica: «(...) radica en la naturaleza y fin de las maniobras u ocultamientos de la parte que comete el dolo. (...). Dicha conducta es dolosa al pretender inducir a error a la otra parte obtener [*sic*], por ello cierta ventaja en detrimento de dicha parte. El carácter reprochable de la conducta dolosa es razón suficiente para anular el contrato, sin necesidad de que concurren los requisitos adicionales establecidos en el Art. 3.5 para que el error se considere determinante» [Principios UNIDROIT (2004), p. 108]. Para el Derecho español, sobre la distinción entre el error y el dolo: MORALES MORENO (1993-B), pp. 390-392.

(3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:

- (a) whether the party had special expertise;
- (b) the cost to it of acquiring the relevant information;
- (c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and
- (d) the apparent importance of the information to the other party.»

[iii] La *Propuesta mercantil* no regula los vicios del consentimiento.

[56] Finalizaré este apartado sobre la prestación originariamente imposible y la validez del contrato, reproduciendo un párrafo de la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil*, que, a mi entender, condensa con brevedad y contundencia el significado y el alcance de la nueva regla (frente al Código civil) contenida en el artículo 1303 PC:

«En el mundo contemporáneo se entiende que, desde el punto de vista económico, la celebración y multiplicación de contratos es una buena medida de fomento del desarrollo que siempre se realiza a través o por medio de contratos de todo tipo. De aquí la conveniencia de facilitar lo más posible la contratación y de suprimir muchas de las cortapisas con que puede encontrarse. (...). *Más se facilita también al aceptar la regla, que hoy parece ya haberse abierto camino definitivamente, según la cual la imposibilidad inicial de la prestación no hace nulo por sí sola el contrato con independencia de que pueden existir otros motivos de anulación*» (apartado VI; cursiva mía)¹²⁹.

6.2 La imposibilidad originaria en la compraventa y el incumplimiento

[57] El anterior análisis del artículo 1303 PC ha sido preciso, en cuanto que es el paso previo (validez del contrato) para poder explicar y situar correctamente el artículo 1460.I PC. Este último, ubicado en la compraventa, conecta directamente con el incumplimiento, la materia objeto de mi estudio. El artículo 1460.I PC, del que obviamente no hay equivalente en la *Propuesta mercantil*, dispone:

«La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera con-

¹²⁹ Luis Díez-PICAZO, *ADC* (2003), pp. 1572-1573.

fiado razonablemente en su posibilidad de ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos.»

[58] En el Código civil, puesto que no pueden ser objeto de contrato las cosas imposibles (arts. 1272, 1261.2.º CC), si la cosa objeto de compraventa se hubiera perdido en su totalidad en el momento de la celebración del contrato, el contrato queda «sin efecto» (art. 1460.I CC¹³⁰). En la *Propuesta civil*, al no afectar a la validez del contrato la imposibilidad inicial de cumplimiento (art. 1303), se puede, *bajo el presupuesto de que en el contrato se incorporen y garanticen estados de la realidad*, reconducir al incumplimiento el hecho de que el vendedor no pueda entregar la cosa por su pérdida total y definitiva antes de la perfección de la compraventa. Ese criterio inspira la redacción del artículo 1460.I PC.

[i] El artículo 1460.I PC y el artículo 1450 de la *Propuesta sobre compraventa* comparten la redacción. En la Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa* se explica la razón y las consecuencias del artículo 1450 PCV (trasladables al artículo 1460.I PC):

«5. La imposibilidad inicial ha sido considerada, tradicionalmente, en los Ordenamientos europeos como una causa de nulidad del contrato. A ese criterio responde la redacción del párrafo primero del anterior artículo 1460 [CC]. Pero tal criterio se halla sometido a revisión. El hecho de que al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa se haya perdido la totalidad de la cosa objeto de la misma no excluye necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes. *La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. El vendedor debe responder del incumplimiento de ese contrato, si ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa. Esta nueva manera de resolver el problema de la imposibilidad inicial ha inspirado la modificación del Código.* El artículo 1460 [CC] ha sido suprimido sustituyendo su regulación actual por la del nuevo artículo 1450 [PCV; art. 1460 PC]» (cursiva mía)¹³¹.

¹³⁰ Artículo 1460.I CC: «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto». *Vid.*, por ejemplo, STS, 1.ª, 10-01-2008, FD 4.º, también FD 3.º, Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades, RJ 2008/204.

¹³¹ MORALES MORENO (2003-B), pp. 372-737, y ADC (2003-A), p. 1630. Para el Código civil, con carácter general, y referido al incumplimiento de deberes precontractuales en relación con el interés de conservación: MORALES MORENO (2010), pp. 89-90.

[59] El artículo 1460.I PC, aunque referido a la compraventa, tiene un enorme interés para poner de manifiesto las orientaciones de la *Propuesta civil*. Voy a hacer algún comentario sobre su presupuesto de aplicación y consecuencia jurídica.

[60] *Presupuesto de aplicación*.—No siempre que el vendedor no pueda materialmente entregar la cosa por causa de la imposibilidad inicial va a responder bajo las reglas del incumplimiento. Ello tendrá lugar, según el artículo 1460.I PC, si el comprador hubiera confiado razonablemente en la posibilidad de poder ejercitar los derechos derivados del incumplimiento (conforme al régimen de cada uno de ellos). ¿Cómo ha de entenderse esto? En mi opinión, ello ha de entenderse en el sentido de que a la regla contractual se incorpora el que el vendedor entregará efectiva y materialmente la cosa al comprador. Esa vinculación se basa en la confianza que el vendedor ha generado en el comprador de que será así. Tal confianza se genera, unas veces, por las declaraciones de voluntad expresas o por el comportamiento concluyente del vendedor. Ha, pues, de interpretarse el contrato (arts. 1278 a 1281 PC¹³², 55 PM¹³³). Por

¹³² Artículo 1278 PC: «Los contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras./ Si uno de los contratantes hubiera entendido el contrato o alguna de sus partes en un determinado sentido que el otro, en el momento de su conclusión, no podía ignorar, el contrato se entenderá en el sentido que le dio aquél./ Cuando el contrato no puede interpretarse de acuerdo con lo que disponen los párrafos anteriores, se le dará el sentido objetivo que personas de similar condición que los contratantes le hubieran dado en las mismas circunstancias» [cfr. art. 8, 1 y 2, CISG; art. 4.1 Principios UNIDROIT (Intención de las partes); art. 5:101 PECL (General Rules of Interpretation); art. 1281 CC; art. 55, 1 y 2, PM]. Artículo 1279 PC: «Para interpretar el contrato se tendrán en cuenta:/ 1. Las circunstancias concurrentes en el momento de su conclusión, así como los actos de los contratantes, anteriores, coetáneos o posteriores./ 2. La naturaleza y el objeto del contrato./ 3. La interpretación que las partes hubieran ya dado a cláusulas análogas y las prácticas establecidas entre ellas./ 4. Los usos de los negocios./ 5. Las exigencias de la buena fe» [cfr. art. 8.3 CISG; art. 4.3 Principios UNIDROIT (Circunstancias relevantes); art. 5:102 PECL (Relevant Circumstances); arts. 1282, 1286, 1287 CC; art. 55.1 PM]. Artículo 1280 PC: «1. Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas ellas [cfr. art. 1285 CC]./ La interpretación de acuerdo con la cual las cláusulas de un contrato sean lícitas y produzcan efecto deberán preferirse a aquéllas que las hagan ilícitas o las prive de efectividad./ 2. La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad [cfr. art. 1288 CC]» [cfr. arts. 4.4 Principios UNIDROIT (Interpretación sistemática del contrato), 4.5 Principios UNIDROIT (Interpretación dando efecto a todas las disposiciones), 4.6 Principios UNIDROIT (Interpretación *contra proferentem*); arts. 5:103 PECL (Contra Proferentem Rule), 5:105 PECL (Reference to Contract as a Whole), 5:106 PECL (Terms to Be Given Effect); arts. 1284, 1289 CC; art. 55.3 PM]. Artículo 1281 PC: «Cuando existan versiones de un contrato en diferentes lenguas y ninguna de ellas haya sido declarada preferente, en caso de discrepancia, se adoptará para la interpretación la versión original» [cfr. art. 4.7 Principios UNIDROIT (Discrepancias lingüísticas); art. 5:107 PECL (Linguistic Discrepancies); art. 55.4 PM; más allá, cfr. art. 9.3 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias]. El artículo 55 PM se transcribe en la nota siguiente.

Vid. SÁNCHEZ LORENZO (2009), pp. 443-488.

¹³³ Artículo 55 PM: «1. El contrato mercantil debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. Para determinar esta intención común se tendrán en cuenta

otro lado, el artículo 1276 PC señala el carácter vinculante de las afirmaciones realizadas por el profesional en actividades de promoción o publicidad del producto o servicio (no obstante, el precepto va referido fundamentalmente al caso de la atribución de cualidades a los productos o servicios)¹³⁴. En otros casos, la vinculación del vendedor se produce porque conoce de la pérdida de la cosa en el momento de la celebración del contrato y no informa de ello al comprador; la vinculación surge del dolo. Su silencio conlleva, según la buena fe (art. 1243 PC)¹³⁵, la asunción de la no entrega. Esa asunción se gobierna por las reglas del incumplimiento.

[i] Más allá de la imposibilidad originaria de la prestación, otro importante aspecto en el contrato de compraventa es el de la atribución de cualidades a la cosa y su incorporación a la regla del contrato. Este problema es, en principio, más frecuente que el de la imposibilidad originaria de la obligación del vendedor de entregar la cosa. Pero, desde la perspectiva jurídica, se plantea la misma problemática: la de qué se incorpora y qué no, a la regla del contrato. Cuando lo incorporado y, por tanto, exigible jurídicamente, no es llevado a cabo por el deudor, tiene lugar el incumplimiento del contrato y procede la aplicación de los (oportunos) remedios derivados del incumplimiento.

[ii] El artículo 6:101 PECL se ocupa expresamente de cómo las declaraciones de una parte se incorporan al contrato y dan lugar a la vinculación contractual. El artículo 6:101 PECL dispone:

«Statements giving rise to Contractual Obligations

todas las circunstancias y, en particular, los términos del contrato, las negociaciones previas, las prácticas entre los contratantes, la conducta de éstos después de celebrado el contrato, la naturaleza y finalidad del mismo y los usos y el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo sector de actividad económica./ 2. Las declaraciones y la conducta de cada parte se interpretarán conforme a su intención, siempre que la otra parte la hubiere conocido o podido conocer y, en su defecto, por el sentido que resulte de lo que normalmente se entienda en la práctica./ 3. Las cláusulas oscuras de un contrato establecidas por una de las partes no podrán ser interpretadas a favor del que las hubiera establecido./ 4. En caso de discrepancia entre las diversas versiones de un contrato que se hubiere redactado en varios idiomas, se preferirá la versión pactada por las partes y, en defecto de pacto o si se hubiere pactado que todas las versiones tengan el mismo valor, aquella en la cual el contrato hubiera sido redactado originariamente».

¹³⁴ Artículo 1276 PC: «Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta./ No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos». Cfr. artículos 61 TRLGDCU («Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato»; regla general) y 116.1.d) TRLGDCU («Conformidad de los productos con el contrato»; regla particular para la falta de conformidad).

¹³⁵ Artículo 1243 PC (cfr. art. 1258 CC): «Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

(1) A statement made by one party before or when the contract is concluded is to be treated as giving rise to a contractual obligation if that is how the other party reasonably understood it in the circumstances, taking into account:

- (a) the apparent importance of the statement to the other party;
- (b) whether the party was making the statement in the course of business; and
- (c) the relative expertise of the parties.

(2) If one of the parties is a professional supplier which gives information about the quality or use of services or goods or other property when marketing or advertising them or otherwise before the contract for them is concluded, the statement is to be treated as giving rise to a contractual obligation unless it is shown that the other party knew or could not have been unaware that the statement was incorrect.

(3) Such information and other undertakings given by a person advertising or marketing services, goods or other property for the professional supplier, or by a person in earlier links of the business chain, are to be treated as giving rise to a contractual obligation on the part of the professional supplier unless it did not know and had no reason to know of the information or undertaking» (cfr. art. 1276 PC, transcrito en nota 134).

a) En el *Comment A* del artículo 6:101 PECL se señala que el apartado (1) reitera la regla de que las declaraciones pueden llegar a formar parte del contrato. Si esto sucede o no, depende de cómo ello se perciba por las partes contratantes. El apartado (1) del artículo 6:101 PECL enumera algunos elementos que pueden hacer más fácil establecer la percepción de los contratantes¹³⁶.

b) En el *Comment C* del artículo 6:101 PECL, refiriéndose el apartado (2) del precepto, se indica que la información y las promesas realizadas por el proveedor se convierten en parte del contrato. Si la información dada es incorrecta o, la promesa incumplida, la otra parte puede ejercitar los remedios del incumplimiento contractual de los Capítulos 7, 8 y 9 PECL¹³⁷.

[61] *Consecuencia jurídica.*—Según el artículo 1460.I PC, el comprador dispondrá de aquellos remedios del incumplimiento cuyos requisitos de aplicación se reúnan. El artículo 1460.I PC sitúa el problema de la imposibilidad originaria en el sistema de responsabilidad contractual (expresión que empleo en sentido

¹³⁶ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 299.

¹³⁷ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 300. Continúa el texto: «Thus, it can make the supplier perform the contract as promised, and hold it liable in damages irrespective of fault, unless the non-performance is excused. Even if the non-performance is excused the aggrieved party may terminate the contract if the non-performance is substantial» (*op. cit.*, p. 300). *Vid.*, también, el *Comment D* del artículo 6:101 PECL. Sobre el artículo 6:101 PECL: Luis Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES (2002), pp. 273-277.

amplio). Presupone que la falta de entrega de la cosa por la imposibilidad originaria es un incumplimiento. Dicho incumplimiento pone a disposición del comprador el sistema de remedios del mismo. La aplicación de cada remedio depende de que se reúnan sus requisitos aplicativos.

La aplicación del artículo 1460.I PC supone:

a) Que el comprador no puede exigir del vendedor el cumplimiento, por ser éste físicamente imposible. Así lo destaca la Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa*, transcrita *supra* [58] [i]. También, el artículo 1192.II.1.º PC que dispone, con carácter general y para las «obligaciones distintas de las de pagar dinero», que no se puede exigir el cumplimiento, si éste es jurídica o físicamente imposible.

b) Que corresponden al comprador (acreedor) todas las acciones que el vendedor (deudor) tuviere contra terceros por razón de la cosa, con base en el artículo 1196 PC (cfr. art. 1186 CC).

c) Que el comprador no puede ejercitar el remedio de la reducción del precio (art. 1197.I PC). Este remedio presupone que el comprador ha recibido una prestación no conforme con el contrato y el supuesto de hecho del artículo 1460.I PC es otro: la no entrega de la cosa por el vendedor.

d) Que la no entrega definitiva de la cosa (por causa de la imposibilidad originaria) puede calificarse de incumplimiento esencial del vendedor y, en la *Propuesta civil*, si el incumplimiento es esencial, el acreedor (comprador) puede resolver la relación contractual (art. 1199.I PC).

e) Que el comprador podrá exigir la reparación de los daños que haya sufrido, si el incumplimiento del vendedor es inexcusable o imputable subjetivamente (art. 1209.I PC). Por ejemplo, el vendedor conocía de la imposibilidad originaria y no informó al comprador. Tal reparación de daños se rige por la disciplina de los artículos 1205 a 1212 PC¹³⁸.

¹³⁸ El artículo 1382 PCC 1851, antecedente del artículo 1460 CC, disponía en su párrafo I: «Si al tiempo de celebrarse la venta se había perdido la cosa en su totalidad, queda sin efecto el contrato». En su comentario al artículo 1382 PCC 1851, GARCÍA GOYENA señaló: «*Queda sin efecto*: mejor dicho, es nulo, porque le falta uno de los tres requisitos esenciales, á saber: la cosa, materia ú objeto: (...) / (...) / Si la cosa había perecido del todo (y entiéndase ser así cuando se compró un edificio y había desaparecido lo edificado, aunque se conserve el solar, ó se compró una heredad, precisamente por sus árboles frutales que derribó el huracán ó consumió el incendio) no hay venta cuando lo ignoraban los dos contrayentes; si lo sabía solo el vendedor, responde de los daños y perjuicios al comprador, pues que le engañó: si lo sabía solo el comprador, debe pagar al vendedor todo el precio, pues se presume que lo quiso donar: si lo sabían los dos no hay contrato, *dolo inter utramque partem compensando*, según la ley 57» [reimp. (1852), p. 736]. P. 5.5.14.

Sobre el artículo 1460.I CC, señala RIVERO HERNÁNDEZ: «Aunque el Código no hace distinción alguna, suele distinguir la doctrina siguiendo a García Goyena, según se conociera, y por quién, el perecimiento anterior de la cosa: si lo conocía el vendedor sólo,

6.3 La relación entre el error, el dolo y el incumplimiento

[62] El supuesto de la imposibilidad originaria me va a servir de posible ejemplo, entre otros, para la cuestión que en este epígrafe quiero plantear, la de la relación entre el error y el dolo en la formación del contrato, y el incumplimiento.

En la imposibilidad originaria de cumplir (art. 1303 PC), el comprador puede, si reúne los oportunos requisitos de aplicación, anular el contrato por error o anularlo por dolo (*supra* [55]) y, en ese mismo caso de imposibilidad originaria y en la compraventa, el artículo 1460.I PC permite al comprador ejercitar los remedios derivados del incumplimiento, *si pudo razonablemente confiar en su ejercicio* (*supra* [57]). En consecuencia, es posible que en un caso dado puedan concurrir las figuras del error y del dolo en la formación del contrato, y la del incumplimiento¹³⁹. La subsecuente cuestión es si la persona legitimada para ejercitar la pretensión de anulación y los remedios por incumplimiento puede elegir entre uno u otro sistema de protección o, si tiene marcada por ley la opción. La *Propuesta civil*, que permite plantear la cuestión, no se pronuncia de modo expreso. Antes de aventurar una posible inter-

debe indemnizar al comprador por los daños y perjuicios producidos por la ineficacia del contrato que él conocía (actuación dolosa: cfr. art. 1101 Cc.); la misma solución cabe predicar cuando sea el comprador quien conoció la pérdida total anterior de la cosa (para García Goyena, deberá pagar todo el precio); si lo conocían los dos, habrá compensación de dolos. Cuando haya indemnización de perjuicios, alcanzará ésta (dice Rubino) a lo que la doctrina llama “interés contractual negativo” (gastos hechos, eventuales ocasiones perdidas por el comprador de estipular un contrato análogo con otras personas, y eventuales sacrificios afrontados para pago del precio concertado)» [*Elementos de Derecho civil, II-3.º*, 2.ª ed. (1986), p. 21]. CARRASCO PERERA [(1989), pp. 431-432], tras analizar el artículo 1460 CC, señala que ha de generalizarse la norma de que si la nulidad por imposibilidad inicial del objeto era conocida por una de las partes, ha de indemnizar todo el interés de cumplimiento de su cocontratante; tampoco ve razón alguna para que no pueda igualmente ser condenado el deudor culpable del desconocimiento. En relación con el artículo 1270 CC, MORALES MORENO: «El dolo puede determinar que el contrato celebrado sea inicialmente inviable, por carencia de alguno de los requisitos esenciales para que sea posible esa viabilidad. Por ejemplo: el dolo ha impedido al contratante engañado advertir la ausencia de algunos de los elementos esenciales para una normal eficacia del contrato (carencia de objeto, imposibilidad de la prestación). Tal inviabilidad, en los términos en él establecidos, no excluye la indemnización de los daños y perjuicios al contratante engañado (art. 1270.2.º); ni debe impedir que tal indemnización se produzca en la medida del interés en el cumplimiento, tal como podía esperar, según la buena fe, el contratante engañado (art. 1258)» [(1993-B), p. 415]. *Vid.* GARCÍA RUBIO (1991), pp. 39-40, 187-193. En relación con su Propuesta de reforma del Código civil: PANTALEÓN, ADC (1993), pp. 1721-1722. Cfr. § 311 a (2) BGB.

¹³⁹ CASTRO Y BRAVO informa de que Pufendorf consideraba que el error sobre la cosa coincidía con el incumplimiento: «Pufendorf (...). En los convenios, distingue si se ha procedido por una falsa presunción o si el error recae sobre la cosa misma. En el primer caso, (...). El error respecto a la cosa misma lo considera coincidente con el incumplimiento (se entrega algo distinto a lo convenido) y explica la referencia a “las cosas esenciales” diciendo que se trata no sólo de “la esencia física”, “sino también de las cualidades que el contratante tuvo principalmente presentes”» [ed. fac. de 1971 (1985), § 129, p. 106]. Sobre la doctrina de Pufendorf sobre el error: MORALES MORENO (1988), pp. 41-43.

pretación legal, conviene conocer qué solución contienen los Principios UNIDROIT y los PECL.

[i] El artículo 3.7 Principios UNIDROIT dispone:

«(Remedios por incumplimiento)

Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento.»

a) En el Comentario 1 del artículo 3.7 Principios UNIDROIT se indica:

«Este artículo tiene el propósito de resolver el conflicto que puede surgir entre hacer valer los derechos y remedios relativos a la anulación del contrato en virtud del error o hacer valer los derechos y remedios por incumplimiento. En caso de conflicto debe preferirse la segunda opción, puesto que ofrece una mejor solución y resulta más flexible que la solución tajante de la nulidad»¹⁴⁰. Este artículo 3.7 Principios UNIDROIT se refiere al error¹⁴¹.

[ii] Según el artículo 4:119 PECL:

«Remedies for Non-performance

A party which is entitled to a remedy under this Chapter [4] in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy.»

a) En el Comentario (único) del artículo 4:119 PECL, se precisa que algunas situaciones pueden analizarse como un supuesto de error o de incorrecta información y, como supuesto de incumplimiento. Por ejemplo, podría haber un remedio por incumplimiento de acuerdo con el artículo 6:108 PECL (*Quality of Performance*), si el cumplimiento de una de las partes no es de la calidad media¹⁴²;

¹⁴⁰ Principios UNIDROIT (2004) p. 107. En el Comentario 2 del artículo 3.7 Principios UNIDROIT se especifica que la regla de la preferencia por la normativa del incumplimiento se aplica tanto si el conflicto entre error e incumplimiento es real como si es potencial: «Puede ocurrir que el conflicto entre ambos grupos de derechos y remedios se presente sólo en forma potencial, debido a que la parte que incurrió en error podría pretender el remedio de incumplimiento y daños y perjuicios, pero se encuentra impedido de hacerlo por alguna circunstancia, tal como la prescripción de la acción. También en este supuesto se aplica este artículo, con la consecuencia de que no podrá ejercitarse la acción de anulación en base al error» [Principios UNIDROIT (2004), pp. 107-108].

¹⁴¹ En su propuesta de reforma del Código civil y a propósito de la línea jurisprudencial que admite la compatibilidad entre las normas de los vicios ocultos y las del error vicio, PANTALEÓN hace esta consideración: «Jurisprudencia ésta que, dicho sea de paso, induce a predicar la incorporación a nuestro Código Civil de un precepto tan razonable como el que prevé el artículo 3.7 PCCI [se refiere a los Principios UNIDROIT]: (...). Con acierto no se prevé lo mismo para la anulación por dolo (art. 3.8 PCCI) [Principios UNIDROIT]» [ADC (1993), p. 1725].

¹⁴² Artículo 6:108 PECL: «Quality of Performance/ If the contract does not specify the quality, a party must tender performance of at least average quality». Según el artícu-

o, si una de las partes prometió como cierto un hecho relativo al cumplimiento (art. 6:101 PECL, *Statements giving rise to Contractual Obligations*; *supra* [60] [ii]). En estos supuestos –continúa el Comentario (único) del art. 4:119 PECL– no parece haber buenas razones para evitar que la parte perjudicada pueda elegir qué conjunto de remedios ejercitar. Normalmente, los remedios por incumplimiento le ofrecen una más completa reparación, pero, es posible que la parte perjudicada pueda considerar más sencillo ejercitar los remedios del Capítulo 4 de los PECL (Validez; por ejemplo, anular el contrato con fundamento en el error). Finalmente se indica, que la parte perjudicada puede elegir los remedios que sean compatibles. Y así, por ejemplo, no se puede anular el contrato y reclamar indemnización de daños por incumplimiento (art. 8:102 PECL)¹⁴³.

[63] Como he indicado, la *Propuesta civil* no ofrece una respuesta expresa para los casos en que, por el supuesto de hecho, puede haber concurrencia entre los remedios del error, del dolo y los del incumplimiento. Lo cual sorprende, si se tiene en cuenta que los Principios UNIDROIT (art. 3.7) y los PECL (art. 4:119) ofrecen una regla expresa y se recuerda la influencia que tales Principios, sobre todo los últimos, han tenido sobre la *Propuesta civil*. Dejando al margen el hecho de que cada uno los citados Principios acoja una solución distinta (la de la prevalencia de unos remedios sobre otros, la de libre elección), también sorprende el silencio de la *Propuesta civil*, si se tiene presente que el problema de la colisión entre el error y el incumplimiento ha sido tratado por nuestros autores a propósito del contrato de compraventa¹⁴⁴. Por todo ello, parece oportuno pen-

lo 5.1.6 Principios UNIDROIT: «(Determinación de la calidad de la prestación)/ Cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada en base a éste, el deudor debe una prestación de una calidad razonable y no inferior a la calidad media, según las circunstancias». Y, el artículo 1097 PC: «Cuando la calidad de la cosa no resulte del contenido del contrato, el acreedor no podrá exigirla de las superiores ni el deudor entregarla de las inferiores». Cfr. artículo 1167 CC.

¹⁴³ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 285. Sobre el artículo 6:101 PECL, Luis DíEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES señalan: «Convendrá también destacar que en estos momentos, las declaraciones y afirmaciones se examinan para decidir si son fuentes de integración del contrato y si generan obligaciones contractuales. Ello significa que quedan, naturalmente, abiertos los demás remedios o posibilidades de ejercicio de acciones que el ordenamiento pueda conceder, como ocurrirá en todos aquellos casos en que las declaraciones o afirmaciones hayan producido error, supuesta la facilitación de la información inexacta o determinado cualquier otra causa de anulación (p. ej.: dolo o engaño); o quepa el ejercicio de acciones de responsabilidad precontractual por culpa *in contrahendo*» [(2002), p. 275].

¹⁴⁴ Vigente la Ley 23/2003 (hoy arts. 113 ss. TRLGDCU), que incorporaba la Directiva 1999/44, analicé la problemática que plantean los casos en los que concurre el error y la falta de conformidad, teniendo presente la CISG [FENOY (2006) [69] pp. 189-190], los Principios UNIDROIT [*op. cit.* [70]-[75], pp. 190-207] y los PECL [*op. cit.* [76]-[77], pp. 207-212]. Para este concreto supuesto de la no conformidad, señalé que cuando aquéllos concurrían, entendía adecuado que el régimen de la falta de conformidad desplazará al del error [*op. cit.* [78], p. 215; para los argumentos favorables al desplazamiento y los favorables a la admisión de que el consumidor pudiera optar entre el error y la falta de conformidad: *op. cit.* [68], pp. 187-188; [82]-[85], pp. 245-249; [91], pp. 258-264]. La mayoría de los autores españoles ha defendido (con base en distintos textos jurídico), que el comprador (consumidor) puede elegir entre el

sar que la *Propuesta civil* ha dejado a los intérpretes la decisión oportuna y su argumentación. Y hoy, lo cierto es que en el Ordenamiento español (Código civil y TRLGDCU) parece predominar la solución adoptada por los PECL: el legitimado puede optar entre los remedios que podríamos denominar precontractuales (anulación, *culpa in contrahendo*) y los remedios contractuales por incumplimiento. No parece, por ello, que la *Propuesta civil* vaya a ser entendida conforme a los Principios UNIDROIT, en dónde prevalece la aplicación de los remedios del incumplimiento frente a los del error¹⁴⁵.

6.4 Excurso sobre el sistema de los PECL

[i] Por último, voy a exponer, utilizando como fuente única los Comentarios de los PECL, el sistema que estos Principios dise-

error o la falta de conformidad (compatibilidad) (así: MORALES MORENO [*op. cit.* [86], pp. 250-252], NAVAS NAVARRO [*op. cit.* [87], p. 252], GARCÍA RUBIO [*op. cit.* [88], p. 253], ÁLVAREZ VEGA [*op. cit.* [89], pp. 254-255, y LETE ACHIRICA [*op. cit.* [90], pp. 256-258]. En cuanto al dolo y a la falta de conformidad, cuando sus supuestos de hecho concurren en un caso dado, señalé su compatibilidad en el sentido de que el consumidor podía elegir cuál ejercitar [*op. cit.* (2006) [92]-[98], pp. 264-280, en particular [98] p. 280]. Con posterioridad, *vid.* MARÍN LÓPEZ «Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2009), pp. 1476-1478; BASOZABAL ARRUE en la nota siguiente; PANTALEÓN, *supra* nota 141.

¹⁴⁵ Recientemente, BASOZABAL ARRUE [*ADC* (2009), pp. 647-711] analiza la problemática de las obligaciones precontractuales de información. Entre otros casos que plantea, BASOZABAL expone el de la compra de una casa en un barrio residencial, que el comprador quería buscando tranquilidad, pero, en dicho momento, había proyectada una carretera que pasaría cerca, poniendo en peligro dicha tranquilidad. Si lo hubiera sabido, el comprador no hubiera comprado; el vendedor sabía de la carretera proyectada y no informó. A este caso, el autor va aplicando el error, el dolo, los vicios ocultos y el incumplimiento (cumplimiento defectuoso) y plantea el problema de su posible compatibilidad (pp. 656-664, en particular a partir de la p. 661). También presta especial atención a la contratación con consumidores y a las diferentes consecuencias jurídicas que el legislador asocia a las obligaciones de información que impone [en la contratación fuera de establecimiento mercantil: la anulación; en el crédito al consumo: la integración y la nulidad parcial del contrato; en el aprovechamiento por turnos: la anulación y la resolución; en las garantías en la compraventa de bienes de consumo: la reparación, la sustitución, la reducción del precio y la resolución, no siendo pacífica la compatibilidad de estos remedios con los generales del Código civil (pp. 667-674); menciona la regulación de la contratación a distancia y la de viajes combinados, en dónde las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de información se solucionan con la aplicación de las reglas generales (p. 673; un extracto de la situación en pp. 673-674). Asimismo, analiza la problemática de las obligaciones de información, las figuras en las que puede encajar y las consecuencias jurídicas de la defectuosa información en los PECL y en el DCFR (pp. 674-682, con mención de los *Acquis Principles* y del *Acquis Group*). Tras todo ello, procede a construir las obligaciones precontractuales de información (pp. 683-702, en particular pp. 699-700; señala, «si no resulta más provechoso, en lugar de preguntar *cuándo nace la obligación de información*, hacerlo *cuándo resulta razonable que la falta de información de uno de los contratantes sea relevante de cara al contrato*», p. 698, cursiva del autor). Establecido el supuesto (cuando la no información es relevante), BASOZABAL plantea cómo proteger al contratante desinformado, qué puede hacer con su contrato (p. 702) y, reflexiona sobre las categorías autónomas del Código civil de la invalidez, del incumplimiento, de los vicios ocultos y de la *culpa in contrahendo* (pp. 702-708). A su entender: «lo más correcto y acorde con nuestro sistema de protección sería que fuese el propio protegido en su falta de información quién decida cuál es el interés que prefiere proteger: (...)» (p. 709; *vid.* pp. 708-711).

ñan a propósito de las declaraciones que se incorporan o que no se incorporan al contrato y, las figuras del error, dolo e incumplimiento. No siempre estas figuras son aplicables al mismo caso. Cuando lo son, ya lo he indicado, los PECL permiten al legitimado la elección de cuál ejercitar (art. 4:119 PECL). Para mayor claridad, voy a examinar por separado los dos supuestos que anteriormente he tratado. Las consideraciones que se encuentran en los Comentarios de los PECL a propósito de cada uno de estos dos supuestos podrían servir de orientación en la interpretación la *Propuesta civil*.

[ii] *Primer supuesto: la imposibilidad originaria.*

a) En el *Comment F* del artículo 4:103 PECL (*Fundamental Mistake as to Facts or Law*) y para el *error común*, puede leerse este ejemplo. Una mujer inglesa, propietaria de una casita de campo en Francia, que no suele alquilarla, acuerda hacerlo con un amigo danés por el plazo de un mes. El arrendamiento comenzará cinco días después. El amigo danés reserva unos billetes, no reembolsables, para volar a Francia. Es entonces cuando se descubre que la villa se destruyó totalmente por un fuego la noche anterior a la celebración del contrato. Este contrato puede ser *anulado por ambas partes*, con las consecuencias de que la renta no se pagará y que el amigo danés no tendrá compensación por el coste de los billetes que han resultado inútiles¹⁴⁶.

b) La solución se puede encauzar de otra manera, si uno de los contratantes *conoce* de la imposibilidad de la prestación antes de la celebración del contrato. En el *Comment G* del artículo 4:103 PECL (*Fundamental Mistake as to Facts or Law*) se señala, que los supuestos de imposibilidad inicial o de no existencia del bien vendido *se tratan igual que otros tipos de error*. En los PECL, cabe la anulación por error. Se reitera, que el contrato *no es nulo por falta de objeto* (art. 4:102 PECL, *supra* [53] [iii]). *Por ello, puede haber casos en los que la venta del objeto inexistente sea válida y el vendedor sea responsable por incumplimiento*, porque el Tribunal entienda que en esas circunstancias el vendedor es la parte que asume dicho riesgo. En la *Illustration 7* se pone el ejemplo que sigue. Se vende una pieza de un equipo usado, localizado en un lugar remoto al que el comprador habrá de ir a recogerla. Antes de acordar la venta, no es factible que el comprador pueda examinar el bien. Cuando el comprador acude a recoger la pieza, descubre que el equipo había sido destruido por un fuego antes de la celebración del contrato. El vendedor debía de haberlo sabido. El vendedor responde por incumplimiento y no puede anular el contrato por error¹⁴⁷.

¹⁴⁶ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 233. En dicho *Comment F* también se indica que en los casos de errores compartidos normalmente no habrá derecho a la reparación de daños, pues el artículo 4:117 PECL (*Damages*) sólo se aplica si una parte sabía o debería haber sabido del error (*op. cit.* p. 233). *Vid.*, también, *Comment D* del artículo 4:117 PECL (*op. cit.* p. 283) y la nota siguiente. El artículo 4:117 se transcribe en nota 149.

¹⁴⁷ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 234. De interés, las afirmaciones de Luis Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES [(2002), p. 223], en el análisis del artículo 4:102 PECL: «La regla de que el contrato celebrado sobre una prestación originariamente imposible no es nulo por esa razón, no significa que la vinculación del deudor a la prestación imposible sea incondicionada. Naturalmente, un contrato celebrado sobre una prestación imposible

[iii] Segundo supuesto: las declaraciones o promesas sobre las cualidades o el uso del bien o servicio, incorporadas al contrato.

a) Si la información dada fue incorrecta o el deudor incumple la promesa (*información y promesa incorporadas al contrato*) son aplicables los remedios por incumplimiento (así se indica en el *Comment C* del art. 6:101 PECL¹⁴⁸; *supra* [60] [ii]).

Pero, además, tal como se señala en el *Comment E* del artículo 6:101 PECL, la falsa representación de una parte *puede dar derecho a anular el contrato con base en el error* (art. 4:103 PECL) o, *exigir indemnización de daños de conformidad con el artículo 4:106 PECL (Incorrect Information)*¹⁴⁹. Si antes de la celebración del con-

puede ser anulado por error cuando éste sea sustancial y cuando, además, sea un error común a las dos partes contratantes, siempre, lógicamente, que concurren los demás requisitos para que el error deba ser considerado como relevante. En este sentido, se puede apuntar la idea de que la máxima *impossibilia nemo tenetur* probablemente funcionó como anticipo de la regulación del error que no se encontraba todavía desarrollada, pues es sabido que este desarrollo sólo se produjo muy tardíamente. Por otra parte, es también claro que el deudor de una prestación imposible pondrá [*sic*] exonerarse, de acuerdo con los preceptos correlativos, del deber de indemnizar daños y perjuicios, pues en el momento del cumplimiento de las prestaciones imposibles, el único remedio de la otra parte, por regla general, será la resolución del contrato».

¹⁴⁸ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 300.

¹⁴⁹ Artículo 4:106 PECL: «Incorrect Information/ A party which has concluded a contract relying on incorrect information given it by the other party may recover damages in accordance with Article 4:117 (2) and (3) even if the information does not give rise to a fundamental mistake under Article 4:103, unless the party which gave the information had reason to believe that the information was correct» [*vid. Comment E* del art. 4:106, LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 250]. El citado artículo 4:117 PECL dispone: «Damages/ (1) A party which avoids a contract under this Chapter may recover from the other party damages so as to put the avoiding party as nearly as possible into the same position as if it had not concluded the contract, provided that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage./ (2) If a party has the right to avoid a contract under this Chapter, but does not exercise its right or has lost its right under the provisions of Articles 4:113 [Time Limits] or 4:114 [Confirmation], it may recover, subject to paragraph (1), damages limited to the loss caused to it by the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage./ The same measure of damages shall apply when the party was misled by incorrect information in the sense of Article 4:106./ (3) In other respects, the damages shall be in accordance with the relevant provisions of Chapter 9, Section 5, with appropriate adaptations».

En los Principios UNIDROIT, también se admite en relación con la anulación del contrato, y *para ciertos casos*, el resarcimiento de daños. El artículo 3.18 Principios UNIDROIT dispone: «(Daños y perjuicios)/ Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato». Según el Comentario del 2 de este artículo 3.18: «A diferencia de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento, regulados en el Capítulo 7, Sección 4, el resarcimiento contemplado en el presente artículo sólo tiene la finalidad de dejar a la otra parte en la misma posición en la que se encontraría de no haber celebrado el contrato./ Ejemplo/ “A” vende software a “B” a pesar de que “A” no podía ignorar lo inadecuado de dicho software para el uso al que lo deseaba destinarlo “B”. Independientemente de que “B” decida anular el contrato, “A” debe compensar a “B” los gastos que éste incurrió al capacitar a su personal para el uso del software. No obstante, “A” no es responsable por las pérdidas sufridas por “B” como consecuencia de la imposibilidad de usar el software para los fines que lo deseaba» [Principios UNIDROIT (2004), p. 121]. Según el artículo 3.17 Principios UNIDROIT: «(Efectos retroactivos)/ (1) La anulación tiene efectos retroactivos./ (2) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido

trato, el proveedor profesional u, otra persona de la que se responda, ofrece una información incorrecta sobre la cualidad o la utilidad del bien [art. 6:101 (3) PECL], esta información siempre será tratada como parte del contrato. El otro contratante puede elegir qué remedio ejercitar (art. 4:119 PECL, *supra* [62] [ii]; esto es, la anulación por error, la indemnización [responsabilidad precontractual] por la información incorrecta, los remedios por incumplimiento)¹⁵⁰.

b) En el *Comment D* del artículo 4:103 PECL (*Fundamental Mistake as to Fact or Law*) y, a propósito del error inducido por

anulada, siempre que proceda al mismo tiempo a restituir lo recibido conforme al contrato o a la parte que haya sido anulada. Si no puede restituir en especie lo recibido, deberá compensar adecuadamente a la otra parte». De conformidad con el Comentario 1 del artículo 3.17 Principios UNIDROIT: «El párrafo (1) de este artículo establece que la anulación tiene efectos retroactivos. *En otras palabras, se considera que el contrato jamás ha existido.* (...)» Existe, sin embargo, algunas disposiciones del contrato que pueden subsistir aun en caso de anulación de todo el contrato. Las cláusulas de arbitraje, de selección del foro y de la ley aplicable se consideran diferente a las otras disposiciones del contrato, por lo que se puede mantener su validez a pesar de que el contrato sea anulado total o parcialmente. (...)» (*op. cit.*, p. 120). En el *Comment A* del artículo 4:115 PECL: «Avoidance involves setting aside the contract, or the part of it avoided, as if it had not been made. (...)» [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 277; Artículo 4:115 PECL: «Effect of Avoidance/ On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, provided it makes concurrent restitution of whatever it has received. If restitution cannot be made in kind for any reason, a reasonable sum must be paid for what has been received».

Para el Derecho español, sobre el dolo incidental, responsabilidad precontractual e indemnización: MORALES MORENO (1993-B), pp. 409-434. Sobre la concurrencia entre la anulación por dolo e indemnización (dolo incidental), opina MORALES MORENO: «(...) se plantea una cuestión: la anulación del contrato, ¿impone limitar la indemnización de los daños a los comprendidos en el denominado interés negativo? Una respuesta positiva, que implique admitir tal limitación, podría intentarse justificar así: anulado el contrato a petición del contratante, éste no puede pretender obtener, al mismo tiempo, en vía indemnizatoria, las ventajas que el propio contrato le debía proporcionar. Pero tal razonamiento no me parece que sea adecuado en caso de dolo; porque la indemnización se justifica, prioritariamente, en la decepción de la confianza provocada con el dolo, de acuerdo con las exigencias de la buena fe (art. 1258 del código civil). Si el dolo implica un engaño, la indemnización por dolo debe referirse al daño provocado por el engaño./ La existencia del contrato (o, simplemente, de una apariencia de contrato) explica que haya podido surgir la confianza y permite delimitar, por referencia a él, el interés protegible, así como el cauce jurídico para su reparación (acción contractual), pero la indemnización no deriva directamente del contrato. Por ello, su subsistencia no es presupuesto necesario para la indemnización del interés. La declaración de nulidad del contrato, basada en el dolo, no debe excluir la indemnización del interés positivo./ La confianza que se genera, cuya frustración debe ser indemnizada, no es tanto la confianza en la validez cuanto la de poder obtener a través del mismo, la satisfacción de un determinado interés. El dolo ha impedido que el contrato, en su normal desarrollo, pueda ser el cauce adecuado para satisfacer el interés basado en la confianza. La frustración de esa expectativa, en cuanto sea debida al dolo (la expectativa y la frustración), es imputable al contratante doloso, y genera un deber de reparar, en la medida de ese interés. Entendido así, ese interés comprende al interés positivo» (*op. cit.*, pp. 433-434). Además, GARCÍA RUBIO (1991), pp. 164-172, en particular desde la p. 167, pp. 173-184, para el particular caso del contrato concluido por un menor que se hace pasar dolosamente por mayor, pp. 208-214 en particular pp. 213-214, pp. 230-254 en particular a partir de la p. 239. PANTALEÓN, ADC (1991), pp. 1034-1036.

¹⁵⁰ *Comment E* del artículo 6:101 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 300. Pero el apartado (3) del artículo 6:101 PECL no se aplica si el proveedor profesional no sabía o, no debía saber de la información o de la promesa; tampoco se aplican los apartados (2) y (3) del artículo 6:101 PECL, si el proveedor profesional o, las personas de las que responde u otras personas corrigen la información antes de la perfección del contrato de modo claro y accesible para el comprador [*Comment G* del art. 6:101 PECL, *op. cit.*, p. 301]. *Supra* [60] [iii].

una incorrecta información del otro contratante, se explica el sistema global de los PECL en cuanto a la aplicación de los remedios del error, el dolo y el incumplimiento. Se indica que, dependiendo de los hechos del caso, *la parte que sufrió el error, además de poder invocar éste*, puede disponer de otros posibles remedios. En concreto:

b.1) Si la declaración *constituye* una promesa contractual de acuerdo con el artículo 6:101 PECL, dispondrá de *un remedio por incumplimiento*.

b.2) Si la declaración *no constituye* una promesa contractual y la otra parte actuó *fraudulentamente* (dolo), la parte que erró dispone, de acuerdo con el artículo 4:107 PECL (*Fraud*) del remedio *por dolo*.

b.3) Si la otra parte *no actuó fraudulentamente* (dolo) y su declaración *no constituye* una promesa contractual, la parte que erró tiene *derecho a ser indemnizada de los daños de conformidad con el artículo 4:106 PECL (Incorrect Information)*¹⁵¹. Deber de indemnizar *que admite exoneración*, cuando la parte obligada a ello tenía un razonable fundamento para creer que la información suministrada por ella era verdadera.¹⁵²

III. PRECISIÓN FINAL

[64] En la Introducción de este trabajo adelanté que a través de la CISG, de los Principios UNIDROIT y de los PECL y la selección de los oportunos Comentarios explicaba las *Propuestas civil, mercantil y sobre compraventa*, además de emplear, en mi explicación, las obras de algunos autores que de modo particular han defendido la modernización de nuestro Derecho de las obligaciones contractuales. Entiendo que lo que avancé, habrá podido comprobarse. No me he centrado en posibles cuestiones formales de las *Propuestas*, que las habrá, sino en el análisis crítico de las reglas. Y, sobre todo, no me he detenido en el estudio de las reglas consideradas de modo aislado, sino que he intentado deducir y construir la noción de incumplimiento a partir de los textos. La noción de incumplimiento (y, sobre todo, la de qué se incorpora al contrato y cómo ello se realiza) es (son) una(s) de las claves de bóveda de la *Propuesta civil*. La calificación de incumplimiento abre la aplica-

¹⁵¹ Vid. *Comment A* del artículo 4:106 PECL [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 248].

¹⁵² Lo dicho en texto en *Comment D* del artículo 4:103 PECL [LANDO/BEALE (ed.) (2000), pp. 231-232]. De interés, también, el *Comment K* del artículo 4:103 PECL (p. 235); *Comment A* (p. 248) y *Comment D* (pp. 249-250) del artículo 4:106 PECL; *Comment E* (pp. 253-254), *Comment G* (p. 254) y *Comment H* (p. 254) del artículo 4:107 (Fraud) PECL; *Comment A* (p. 281) y *Comment B* (pp. 281-282), ambos del artículo 4:117 PECL. Todas las citas de LANDO/BEALE (ed.) (2000).

ción de sus remedios y, siendo todos ellos importantes, llamaría especialmente la atención sobre el del cumplimiento (y sus límites) y el de la indemnización de daños (su alcance; también, con carácter previo, sobre las causas de exoneración). Frente a la construcción del incumplimiento que en el Código civil puede reconocerse, la *Propuesta civil* maneja un concepto más amplio de incumplimiento y una exigencia mayor al deudor contractual.

[65] Asumo el evidente riesgo que encierra el empezar con el diseño de las construcciones globales a partir de solo el texto jurídico, el de la equivocación. Pero, es la única manera de avanzar, si se es partidario, como lo soy, de que se reforme y modernice el Derecho de las obligaciones contractuales. El progresivo análisis que los autores vayamos haciendo de las *Propuestas* de reforma de la Comisión General de Codificación¹⁵³, contribuirá a su difusión, entendimiento y perfeccionamiento (indicando si es o no norma oportuna, si proceden ciertos cambios, etc.) y, si se es partidario de la reforma, tal vez pueda lograrse el convencimiento de una mayoría suficiente de juristas y políticos. Otra cosa es la oportunidad, pero esto depende de los agentes políticos. Ahora bien, llamar su atención sobre la necesidad de reforma es algo que, entiendo, no puede soslayarse, si se persigue la consecución de tal objetivo.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS BOURIE, Enrique: «Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual», *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2009), pp. 135-192.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier: «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *ADC* (2009) pp. 647-711.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)», *ADC* (2007), pp. 621-848.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Comentario del artículo 1101 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del Código civil, Edersa, Madrid (1989), pp. 374-444.
- «Comentario del artículo 1105 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del Código civil, Edersa, Madrid (1989), pp. 630-666.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL): «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa», *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo de 2005, núm. 1988, pp. 108-124.

¹⁵³ En *InDret* ya se han publicado distintos trabajos; así, SALVADOR CODERCH, sobre la alteración de las circunstancias del artículo 1213 PC [4/2009, 60 pp.]; MARÍN GARCÍA, sobre la cláusula penal en la *Propuesta civil* [2/2009, 17 pp.].

- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN MERCANTIL): «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos mercantiles», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LX, 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 605-618.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL): «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009, Suplemento.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL): «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», Gobierno de España/Ministerio de Justicia (2009) (además de la Propuesta publicada por el Ministerio de Justicia en su Boletín de enero de 2009, Suplemento, incluye la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa publicada por el Ministerio de Justicia en su Boletín de mayo de 2005).
- COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law*, Ole LANDO/Hugh BEALE (eds.), The Hague, Kluwer Law International (2000). Cit. LANDO/BEALE (ed.) (2000). Esta obra está traducida al español: *Principios de Derecho contractual europeo (los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Parte I y II, a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España (2003/2007).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Civitas [(1971), ed. fac. (1985)].
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6.ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2008). Cit. *Fundamentos II*, 6.ª ed. (2008).
- «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», *ADC* (2003), pp. 1565-1574.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/ROCA TRÍAS, E./MORALES, A. M.: *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid (2002).
- EBERS, Martin: «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002», *ADC* (2003), pp. 1575-1608.
- FENOY PICÓN, Nieves: *El sistema de protección del comprador*, Madrid (2006).
- «Comentario a la STS de 10 de julio de 2003: Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento resolutorio: incumplimiento esencial», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 68, mayo-agosto (2005), pp. 509-555.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852 [al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza (1974)].
- GARCÍA RUBIO, M.ª Paz: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, ed. Tecnos, Madrid (1991).
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret* (3/2007), 49 pp.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Los Principios Lando», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, dir. Esteve Bosch Capdevila, coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (2009), pp. 151-182.

- HONNOLD, John O.: «Comentario del artículo 79 CISG», *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Madrid (1987 de la trad. esp.), núms. 423-435, pp. 467-485.
- «Comentario del artículo 80 CISG», *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Madrid (1987 de la trad. esp.), núm. 436, p. 486.
- HOWELLS, Geraint/SCHULZE, Reiner: «Overview of the Proposed Consumer Rights Directive», *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Geraint Howells/Reiner Schulze (eds.), Sellier, European Law Publishers (2009), pp. 3-25.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael/PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Derecho mercantil internacional. El Derecho uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid (2003).
- INFANTE RUIZ, Francisco José: *Contrato y término esencial. Derecho español y Derecho comparado*, La Ley, Las Rozas (Madrid) (2008).
- INFANTE RUIZ, Francisco/OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Los contratos ilegales en el Derecho privado europeo», *InDret*, 3/2009, 58 pp.
- JEREZ DELGADO, Carmen/PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: «La Comisión General de Codificación y su labor en la Modernización del Derecho de Obligaciones», *RJUAM* (2009), I, núm. 19, pp. 155-179.
- LANDO, Ole: «Have the PECL Been a Success or a Failure?», *ERPL*, 3/2009, pp. 367-375.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores: *nihil novum sub sole?*», *Estudios Jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, coord. M.^a Paz García Rubio, Civitas/Thomson Aranzadi (2009), pp. 493-511.
- LILLEHOLT, Kare: «Notes on the Proposal for a New Directive on Consumer Rights», *ERPL* (2009/3), pp. 335-343.
- LLÁCER MATAACÁS, Rosa María: «La garantía por falta de conformidad y el incumplimiento no conforme: el derecho español a la luz del Marco Común de Referencia», *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, dir. Esteve Bosch Capdevila, coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, Bosch (2009), Sabadell (Barcelona), pp. 461-474.
- LUCAS FERNÁNDEZ: «Comentario del artículo 1568 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo/Silvia Díaz Alabart, tomo XX, vol. 1.^o-B, artículos 1554 a 1582 del Código civil, 3.^a ed., Madrid (1997), pp. 1224-1225.
- «Comentario del artículo 1568 CC», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, 2.^a ed. (1993), pp. 1131-1133.
- MAK, Vanessa: «Review of the Consumer Acquis: Towards Maximun Harmonization?», *ERPL*, vol. 17 (2009/1), pp. 55-73.
- MARCO MOLINA, Juana: «Las nuevas tendencias legislativas en materia de perfección e interpretación del contrato: la aproximación entre el *civil* y el *common law* en las «nuevas leyes» o codificaciones internacionales del contrato», *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, coord. M.^a Paz García Rubio, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009), pp. 589-611.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio: «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret* (2/2009), 17 pp.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Comentario del artículo 117 TRLGDCU», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los*

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007), Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009), pp. 1472-1482.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, ed. Comares (2004).

— «Los Principios de UNIDROIT y de Derecho Contractual Europeo y la necesaria reforma de la prescripción extintiva en el Derecho contractual español», *Principios de Derecho contractual europeo y Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007*, dirs. M.^a Pilar Ferrer Vanrell/Anselmo Martínez Cañellas (2009), pp. 281-293.

MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil-Código de comercio?», *Derecho contractual europeo*, dir. Esteve Bosch Capdevila, coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (2009), pp. 509-524.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante, Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número por el Excmo. Sr. D. Antonio Manuel Morales Moreno y contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León*, Madrid (2010). También publicado: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2010).

— «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2009), pp. 193-221.

— «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-A), pp. 17-54.

— «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-B), pp. 55-92.

— «El “propósito práctico”, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-C), pp. 323-348.

— «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La compraventa», *ADC* (2003-A), pp. 1609-1651.

— «Validez del contrato», *Derecho Privado Europeo*, coord. Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid (2003-B), pp. 371-397.

— «Comentario del artículo 38 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas, Madrid (1998), pp. 312-318.

— «Comentario del artículo 1266 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1-B, artículos 1261 a 1280 del Código Civil, dirs. Manuel Albaladejo/Silvia Díaz Alabart, Edersa (1993-A), pp. 221-340.

— «Comentarios de los artículos 1269 y 1270 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1-B, artículos 1261 a 1280 del Código Civil, dirs. Manuel Albaladejo/Silvia Díaz Alabart, Edersa (1993-B), pp. 378-440.

— *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, (1988).

MORÁN BOBIO, David: «Comentario del artículo 7.1.1 Principios UNIDROIT», *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comer-*

- cio Internacional*, coord. David Morán Bobio, 2.ª ed., Thomson/Aranzadi (2003), pp. 323-325.
- PAISANT, Gilles: «Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels?», *SJ* (2009), núm. 9, I-118, pp. 11-16.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Comentario del artículo 78 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas (1998), pp. 628-634.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* (1993), pp. 1719-1745.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* (1991), pp. 1019-1091.
- PERALES VISCASILLAS, M.ª Pilar: «Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, dir. Esteve Bosch Capdevila, coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (2009-A), pp. 183-207
- «Principios UNIDROIT y PDCE en el arbitraje internacional», *Principios de Derecho contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, dirs. M.ª Pilar Ferrer Vanrell/Anselmo Martínez Cañellas (2009-B), pp. 157-175.
- «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho contractual europeo», *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro, Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, coords. María del Rosario Díaz Romero/Pilar Domínguez Lozano/Cristina García Grewe/Carmen Jerez Delgado/María del Pilar Pérez Álvarez/Alma María Rodríguez Guitián/María Eugenia Rodríguez Martínez/Carlos Varela Gil (2008), pp. 453-500.
- *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas, la Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006).
- PICOD, Yves: «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», *InDret*, 4/2009 (12 pp.).
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: en Lacruz y otros, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 3.º, *Contratos y Cuasicontratos*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona (1986).
- ROTT, Peter/TERRY, Evelyn: «The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules», *ZEuP*, 3/2009, pp. 456-488.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret* (4/2009), 60 pp.
- «Comentario del artículo 79 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas, Madrid (1998), pp. 635-656.
- «Comentario del artículo 80 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas, Madrid (1998), pp. 657-659.
- «Comentario del artículo 1596 CC», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, 2.ª ed. (1993), pp. 1206-1207.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «Nota crítica al libro “El Arrendamiento de Bienes Muebles”, de Sergio Cámara Lapuente», *ADC* (2008), pp. 1997-2010.
- *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid (2004).

- SANCHEZ LORENZO, SIXTO: «La interpretación del contrato», *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed. Sixto Sánchez Lorenzo, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009), pp. 443-488.
- SOLER PRESAS, Ana: *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Universidad Pontificia Comillas/Aranzadi, Navarra (1998).
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll (2009).
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in a part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. By Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre Jérôme Huet, Peter Schlechtriem, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll (2008).
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian von Bar/Eric Clive, vol. I. Cit. VON BAR/CLIVE (2009) I.
- TWIGG-FLESNER, Christian: «Fit for Purpose? The Proposals on Sales», *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Geraint Howells/Reiner Schulze (eds.), Sellier, European Law Publishers (2009) pp. 147-176.
- UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, Roma (2004), versión española bajo la dirección de Alejandro A.M. Garro, ed. Thomson/Aranzadi/UNIDROIT. Cit. Principios UNIDROIT (2004).
- VENDRELL CERVANTES, Carles: «PECL in Spain», *ZEUP* (2008/3), pp. 534-548.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: «La Convención de Viena (CISG) como clave del debate. La visión de un jurista americano», *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro, Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, coords. María del Rosario Díaz Romero/Pilar Domínguez Luelmo/Cristina García Grewe/Carmen Jerez Delgado/María del Pilar Pérez Álvarez/Alma María Rodríguez Guitián/María Eugenia Rodríguez Martínez/Carlos Varela Gil, (2008) pp. 429-452.
- *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, ed. Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile (2006).
- «La función integradora de los principios generales en la compraventa internacional de mercaderías y los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales», *ADC* (2003) pp. 993-1041.

- ZIMMERMANN, Reinhard: «Los medios de tutela en caso de incumplimiento, considerados desde el trasfondo de los Principios de Derecho Contractual Europeo», *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas (2005 del original, 2008 de la traducción), pp. 41-86.
- *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press (1996).