

La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento

NIEVES FENOY PICÓN*

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El Anuario de Derecho civil (2010, fascículo I) publicó un trabajo en el que analizaba el concepto de incumplimiento y una serie de aspectos jurídicos, conectados con aquél, que recogen dos propuestas de reforma del Código civil de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación sobre el régimen general de las obligaciones contractuales, y otra tercera propuesta, también sobre el régimen general de las obligaciones contractuales, de la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación. En este segundo trabajo analizo las regulaciones que esas tres Propuestas contienen de los remedios del incumplimiento del contrato. Esos remedios del acreedor, que este trabajo analiza, son: el cumplimiento forzoso, la reducción del precio, la resolución de la relación contractual y la indemnización de daños y perjuicios; junto con el derecho del deudor a subsanar su incumplimiento.

El estudio se realiza comparando las Propuestas con el Código civil y el Código de comercio, con la doctrina de los autores y la jurisprudencia; también se hace la oportuna comparación con la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980, con los Principios UNIDROIT de contratos comerciales internacionales de 2004, y con los Principles of European Contract Law.

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

PALABRAS CLAVES

Remedios por incumplimiento del contrato: cumplimiento forzoso, reducción del precio, resolución de la relación contractual, indemnización de daños y perjuicios. Derecho del deudor de subsanar el incumplimiento.

ABSTRACT

The yearbook Anuario de Derecho civil (2010, fascicle I) published a paper analysing the concept of non-performance, as well as certain legal aspects in connection thereto, covering two proposals for the amendment of the Civil Code which had been submitted by the Civil Law Section of the General Committee on Coding (one of them refers to the general scheme of liabilities, and the other one to purchase and sale transactions), as well as a third proposal, on the general scheme of contractual liabilities, submitted by the Commercial Law section of the General Committee on Coding. In this second paper, I have analysed the regulations contained in such proposals, as far as the available remedies in case of non-performance of contracts are concerned. The remedies of the Creditor which are analysed in this paper are the compulsory performance of the contract, the reduction in price, the termination of the contractual relationship and the compensation for damages, along with the right of the Debtor to cure such non-performance.

The analysis is made by comparing the Proposals with the Civil Code and the Code of Commerce, with the existing doctrine and with the case-law; when appropriate, they have also been compared with the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980, with the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts of 2004, and with the Principles of European Contract Law.

KEYWORDS

Remedies for contractual non-performance: compulsory performance, reduction in price, termination of the contractual relationship, compensation for damages. Right of the Debtor to cure the non-performance.

SUMARIO: I. *Introducción. Objeto del trabajo. Orden expositivo.* II. *Cuáles son los remedios por incumplimiento y su interrelación (Arts. 1190 PC, 1482 y 1490 PCV).* III. *El cumplimiento de la obligación contractual.*–1. *En dónde se regula. Observaciones generales.*–2. *El cumplimiento y sus «excepciones»: el artículo 1192 PC. 2.1 El cumplimiento de la «obligación dineraria»: el párrafo 1 del artículo 1192 PC. 2.2 El cumplimiento de la «obligación distinta de la de pagar dinero»: el párrafo II del artículo 1192 PC. A) Modelos de Derecho comparado en relación con el cumplimiento. La regla del cumplimiento y sus excepciones. La interpretación del «a menos que». Los otros remedios por incumplimiento cuando no procede el del cumplimiento. Los artículos 1484 y 1491 PCV. B) Primera «excepción»: la prestación es jurídica o físicamente imposible: el artículo 1192.II.1.º PC. Breve mención de la distinción entre imposibilidad de cumplir, dificultad extraordinaria de cumplir y dificultad en el cumplimiento. C) Segunda «excepción»: el cumplimiento o, en su caso,*

la ejecución forzosa resultan excesivamente onerosos para el deudor: el artículo 1192.II. 2.º PC. La alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato: los artículos 1213 PC y 61 PM. D) Excurso sobre el concepto de la «desproporción» del cumplimiento: el artículo 1484 PCV. E) Tercera «excepción»: la exigencia del cumplimiento es contraria a la buena fe: el artículo 1192.II.3.º PC. F) Cuarta «excepción»: la prestación «personal» del deudor: el artículo 1192.II.4.º PC. La prestación de hacer no personalísima. G) El remedio del cumplimiento y el negocio de reemplazo: reflexiones para la *Propuesta civil*. La *Propuesta mercantil* y el negocio de reemplazo. H) La no mención de la no exigencia del cumplimiento cuando ello va en contra de ciertos valores (imposibilidad ética). 2.3 La reparación, la rectificación o la sustitución como modalidades del cumplimiento: el artículo 1193 PC. La *Propuesta sobre compraventa*. La sustitución y los bienes de segunda mano. 2.4 El cambio de remedio una vez ejercitado el del cumplimiento de la obligación no dineraria y no obtenido oportunamente: el artículo 1194 PC. 2.5 El cumplimiento de la obligación (de hacer) de emitir una declaración de voluntad: el artículo 1195 PC. Su relación con el artículo 1149.I PC. 2.6 El *commodum repraesentationis* cuando la obligación de dar cosa determinada es de imposible cumplimiento: el artículo 1196 PC. IV. *El derecho del deudor de subsanar su incumplimiento*. V. *La reducción del precio*. 5.1 La reducción del precio: naturaleza, características, supuesto de hecho y efectos. 5.2 La reducción del precio y la indemnización de daños (art. 1198 PC). 5.3 El plazo para el ejercicio de la reducción del precio, el inicio de su cómputo y su naturaleza jurídica. VI. *La suspensión del cumplimiento de la propia prestación*. VII. *La resolución de la relación contractual*. 7.1 El incumplimiento esencial y el «procedimiento de notificación-resolución». A) Consideraciones generales. B) El incumplimiento esencial en las *Propuestas civil y mercantil*. C) El «procedimiento de notificación-resolución» en las *Propuestas civil y mercantil*. El incumplimiento de escasa importancia de la *Propuesta sobre compraventa*. D) La resolución anticipada. 7.2 El ejercicio de la resolución: la notificación de la declaración de voluntad de resolver la relación contractual. 7.3 El plazo de ejercicio de la resolución y su inicio. De nuevo sobre los límites temporales de ejercicio de los remedios por incumplimiento. 7.4 Los efectos de la resolución. A) La liberación de las obligaciones contractuales. El fin y la medida de la indemnización de daños cuando se resuelve la relación contractual. B) La restitución de las prestaciones ejecutadas. Los contratos de ejecución continuada (duradera) y los de ejecución sucesiva. VIII. *La indemnización de daños y perjuicios*. 8.1 El derecho a la indemnización de los daños. 8.2 El daño emergente. El lucro cesante y su prueba. La obligación pecuniaria y su indemnización. El daño moral. 8.3 La imputación objetiva de los daños por incumplimiento. El criterio de la previsibilidad de los daños contractuales (el fin de protección del contrato). 8.4 La imputación subjetiva: el incumplimiento inexcusable (y el excusable) a efectos del remedio de la indemnización de daños. 8.5 La deuda de cosa cierta y determinada procedente de delito o falta: pérdida de la cosa e indemnización de daños. 8.6 La mitigación del daño por el acreedor y sus efectos. 8.7 La indemnización y la autonomía de la voluntad (libertad de pacto) y sus límites. Algunos aspectos de la cláusula penal. IX. *Valoración final*.—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN. OBJETO DEL TRABAJO. ORDEN EXPOSITIVO

[1] a) En un trabajo anterior¹ desarrollé la noción de incumplimiento contractual y sus implicaciones, que pueden reconocerse en la: (1) *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre los Contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (Propuesta mercantil o PM en lo sucesivo)*², (2) *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (Propuesta civil o PC en lo sucesivo)*³ y (3) *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa (Propuesta sobre compraventa o PCV en lo sucesivo)*⁴⁵.

En el breve tiempo que media entre los años 2009 y 2011 (ambos incluidos), la *Propuesta de modernización* ha sido analizada por distintos autores⁶, y el Tribunal Supremo la va mencionando

¹ FENOY PICÓN, «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Primera parte: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC* (2010) pp. 47-136. Con posterioridad, ROCA TRÍAS ha publicado un trabajo sobre el incumplimiento: (2011) 23 pp., *vid.* en particular pp. 7-12.

² Obra de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, publicada en 2006, *BIMJ*, núm. 2006, pp. 605-618. *Vid.* PUYALTO FRANCO (2011), pp. 535-549.

³ Obra de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, publicada en enero de 2009, *BIMJ* (enero 2009) Suplemento.

⁴ Obra de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, publicada en 2005, *BIMJ* (mayo 2005) pp. 108-124. Analicé esta *Propuesta*: FENOY PICÓN (2006) [80] pp. 223-244.

⁵ En el mismo año 2009 en el que se publicó la *Propuesta civil*, el Ministerio de Justicia publicó un libro en el que se unían la *Propuesta civil* y la *Propuesta sobre compraventa* bajo el título de *Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (PMDOC o *Propuesta de modernización* en lo sucesivo). En el trabajo publicado en el *ADC* (2010) trabajé con la *Propuesta sobre compraventa* y la *Propuesta civil*, y a fin de mantener la unidad con aquel trabajo, en el presente utilizo los textos de la *Propuesta civil* y de la *Propuesta sobre compraventa* (los preceptos de ambas *Propuestas* los recoge la *Propuesta de modernización* y si hay diferencia, lo indico).

⁶ El *Boletín del Ministerio de Justicia* ha publicado diversos estudios doctrinales sobre la *Propuesta de modernización*; en concreto: Luis Díez-PICAZO sobre la *Propuesta de Modernización* [*BMJ* (abril 2011) núm. 2130]; SALVADOR CODERCH sobre la alteración de circunstancias del artículo 1213 PC [*BMJ* (abril 2011) núm. 2130; publicado también en *InDret* (4/2009)]; GARCÍA RUBIO sobre la responsabilidad precontractual [*BMJ* (abril 2011) núm. 2130; publicado también en *ADC* (2010) pp. 1621-164]; FERRÁNDIZ GABRIEL sobre la formación del contrato [*BMJ* (mayo 2011) núm. 2131]; CLEMENTE MEORO sobre la resolución por incumplimiento [*BMJ* (mayo 2011) núm. 2131]; XIOL RÍOS sobre criterios de imputación en la responsabilidad contractual [*BMJ* (junio 2011) núm. 2132]; ROCA TRÍAS sobre el incumplimiento [*BMJ* (junio 2011) núm. 2132]; DE BARRÓN ARNICHES sobre el contrato de servicios [*BMJ* (septiembre 2011) núm. 2134]. Otros trabajos sobre la *Propuesta de modernización*: sobre la cláusula penal: MARÍN GARCÍA [*InDret* (2/2009)] y ARANA DE LA FUENTE [*InDret* (4/2010)]; RODRÍGUEZ MARÍN [*RJNot* (2010)] sobre el cumplimiento (pp. 280-298; pp. 272-280 para unas consideraciones generales); VAQUER ALOY sobre el principio de conformidad [*ADC* (2011) pp. 5-39]; VIDAL OLIVARES, sobre el incumplimiento y sus remedios [*RChDP* (2011) núm. 16; también sobre el incumplimiento y sus remedios, FENOY PICÓN (2011) pp. 27-46. Una visión general sobre la *Propuesta de*

en sus sentencias; también lo hace alguna sentencia de Audiencia Provincial. Muestra ello el interés que aquélla suscita y posiblemente la progresiva convicción, en el ámbito académico y en el judicial, de la necesidad de reformar el Código civil en el sector de las Obligaciones y los Contratos.

[i] En las siguientes sentencias se cita los trabajos de la Sección civil de la Comisión General de Codificación:

a) STS, 1.^a, 4 de junio de 2010 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos):

«30. En nuestro sistema la interpretación de los contratos tiene por finalidad investigar la verdadera intención de las partes, finalidad esta que coincide con la que le atribuye el número 1 del artículo 5:101 de los Principios de Derecho Europeo de contratos y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia de enero de 2009» (FD 3.º; Cendoj, Roj STS 3881/2010)⁷.

b) STS, 1.^a, 17 de marzo de 2011 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos):

«36. (...) / 1) En realidad la parte confunde la novación del contrato, que nada más tendría sentido si estuviese obligada la compradora sin posibilidad de sustituir en su posición a un tercero, con los llamados contratos en favor de persona que se designará o «per persona nominando» –admitidos en las sentencias (...), y en el ámbito prelegislativo se regula en el artículo 1295 de la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho, de obligaciones y contratos elaborado por la comisión General de Codificación publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009), (...)» (FD 3.º; Cendoj, Roj STS 2501/2011).

c) SAP Granada, 5.^a, 30 de octubre de 2009 (Pte. Klaus-Jochen Albiez Dohrmann):

«Sin embargo, de los documentos no se desprende que haya habido una aceptación expresa, dado que ninguno de los documentos está firmado por la compradora. No obstante, en nuestro Derecho contractual se admite la aceptación tácita (...), aun cuando no está prevista en la parca regulación de la formación del contrato – en otros ordenamientos jurídicos, cabe colegir la viabilidad de la aceptación tácita, p.e, parágrafo 151 BGB, o en textos internacio-

modernización, mostrándose crítico con ella: DURÁN RIVACOBA, (2010) pp. 219-253, en particular pp. 222-227, 232-234. ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, coords. PALAZÓN GARRIDO/MÉNDEZ SERRANO (2011) [libro que contiene el citado trabajo de VAQUER ALOY publicado en el ADC (2011)].

⁷ De este mismo Pte. Excmo Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos y asimismo mencionando el artículo 1278 PC: SSTS, 1.^a, 9 de junio de 2010 [FD 11.º, 71, 1); Cendoj, Roj STS 4587/2010], 17 de marzo de 2011 [FD 2.º, 3, 24; Cendoj, Roj STS 2501/2011], 10 de noviembre de 2010 [FD 2.º 24, 1); Cendoj, Roj STS 6380/2010].

nales, como, p.e., el art. 18.1 de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, o de los textos de *soft law* del Derecho contractual europeo, como los PECL, los Principios Aquis [*sic*] y el MCR o en la reciente Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos–, (...)» (FD 2.º; El Derecho, EDJ 2009/325713).

d) Más adelante, doy cuenta de otras sentencias del Tribunal Supremo en las que se citan otros artículos de los trabajos de la Sección civil de la Comisión General de Codificación; en concreto: se citan el artículo 1197 PC (reducción del precio), los artículos 1202, 1203 PC (resolución) y el artículo 1150 PC (cláusula penal).

b) Igual que en el anterior trabajo, empleo como método de análisis el de comparar las reglas de las tres *Propuestas* con la/s equivalente/s reglas de la *Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980* (CISG en lo sucesivo), con las de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT 2004* (Principios UNIDROIT en lo sucesivo) y con las de los *Principles of European Contract Law* (o PECL en lo sucesivo). Al igual que hice en el anterior trabajo, me sirvo de los Comentarios oficiales de los Principios UNIDROIT⁸ y de los PECL⁹ y de ciertas obras de autores que por su formación y visión me interesan en particular (así, el Comentario de Honnold a la CISG¹⁰).

Es palpable la influencia que los mencionados textos jurídicos han ejercido en las *Propuestas mercantil y civil*, además de otras posibles influencias. Esto se apunta en las propias Exposiciones de Motivos (o EM en lo sucesivo) de las *Propuestas mercantil y civil*.¹¹ Por su parte, en la Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa* se hace referencia, además de a la CISG y a los PECL, a la *Directiva 1999/44 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 consumo* (Directiva 1999/44 en lo sucesivo)¹².

⁸ *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma (2004), versión española bajo la dirección de Alejandro A.M. Garro; citados en lo sucesivo: Principios UNIDROIT (2004). Hay una versión posterior de estos Principios UNIDROIT de 2010.

⁹ *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law*, ed. by Ole LANDO/Hugh BEALE (2000); citados en lo sucesivo: LANDO/BEALE (ed.) (2000).

¹⁰ John O. HONNOLD, *Derecho Uniforme sobre compraventas internacionales. (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Edersa, Madrid (1987 de la trad.).

¹¹ FENYO PICÓN (2010) [9] pp. 59-60, [11] pp. 61-62.

¹² La *Propuesta sobre compraventa* generaliza el sistema de la Directiva 1999/44 a la compraventa civil. La Directiva 1999/44 se incorporó al Ordenamiento español por Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo. La Ley 23/2003 fue derogada por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de 2007 (RDLeg. 1/2007, de 16 de noviem-

En ocasiones, en dicho anterior trabajo, tuve en cuenta el *Draft Common Frame of Reference* de 2009, *Full Edition* (DCFR en lo sucesivo) entre otras razones, por su importancia para un posible futuro Código civil europeo¹³ y porque en la materia del incumplimiento contractual, el *Draft Common Frame of Reference* se basa en una versión revisada de los PECL. Por una mera razón cronológica, el DCFR no fue tenido en cuenta en las *Propuestas civil* (2009), *mercantil* (2006) y *sobre compraventa* (2005)¹⁴.

c) Por último, igual que en el anterior trabajo, contrasto las soluciones adoptadas en las tres *Propuestas* con el Derecho vigente, destacando si es una innovación legislativa; si recogen ciertas opiniones doctrinales; si codifican ciertas líneas jurisprudenciales; la oportunidad de una norma dada; y los aspectos no regulados.

d) Los remedios del acreedor por el incumplimiento contractual constituyen en esencia el objeto de este trabajo¹⁵. Análizo en concreto: 1) cuáles son los remedios del acreedor por el

bre), cuyos artículos 114 y ss. recogen y refunden aquella y se aplican a la compraventa en la que el comprador es un consumidor y el vendedor un profesional. Según el núm. 1 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*: «(...)/ La reforma que ahora se acomete viene referida por una exigencia ineludible de modernización del Código civil, en una materia en que sus principios inspiradores han ido distanciándose tanto de la evolución jurisprudencial de nuestro propio Ordenamiento, como de las nuevas corrientes del Derecho Uniforme y Comunitario. Trata 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 de la misma al Derecho español. (...) Puede permitir, en su día, incorporar al Código civil la Ley 23/2003». FENYO PICÓN (2010) [15]-[16] pp. 63-66, en particular [16]. Vid., además, Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores [DOUE 22.11.2011, L 304/64] y cfr. su art. 33.

¹³ Vid. el *Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas* [1 de julio de 2010, COM(2010)348 final]; el *A European contract law for consumer and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders and legal practitioners feedback*; y la *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law* [11 de octubre de 2011, COM(2011) 635 final; que diseña un instrumento opcional para las compraventas transfronterizas entre empresario y pequeña/mediana empresa, y entre empresario y consumidor; recoge una amplia regulación («It should cover the full life cycle of a contract (...):» p. 4; vid. pp. 2-10].

¹⁴ *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 (2009). Citados en lo sucesivo VON BAR/CLIVE (ed.) (2009). Información: FENYO PICÓN (2010) [3] c) [i].

¹⁵ Sobre el término remedio, MORALES MORENO: «El término remedio, no es un término que tenga arraigo histórico en nuestro ordenamiento ni en la tradición jurídica continental, proveniente del Derecho romano. En ella es más frecuente hablar de acciones, o de pretensiones, si nos situamos fuera del ámbito estrictamente procesal. Pero el término remedios (proveniente del derecho angloamericano y con uso cada vez más extendido en los textos de derecho europeo) tiene la ventaja de su mayor flexibilidad. No está contaminado por la construcción judicialista que históricamente ha acompañado a las medidas de protección del derecho de contratos. Permite incluir tanto las pretensiones como los derechos potestativos. Permite además referirse a las medidas de protección que se desarrollen fuera del proceso

incumplimiento contractual y su interrelación; 2) el cumplimiento; 3) el derecho del deudor a subsanar su incumplimiento; 4) la reducción del precio por la ejecución de una prestación no conforme con el contrato; 5) el derecho de suspender el cumplimiento de la propia prestación cuando la otra parte no realiza lo que le corresponde; 6) la resolución de la relación contractual; y 7) la indemnización de daños.

[i] El capítulo VII «Del incumplimiento» del título I¹⁶ del libro IV¹⁷ PC se divide en: Sección Primera «Disposiciones generales» (arts. 1188 a 1191); Sección Segunda «De la acción de cumplimiento» (arts. 1192 a 1196); Sección Tercera «De la reducción del precio» (arts. 1197 a 1198); Sección Cuarta «De la resolución por incumplimiento» (arts. 1199 a 1204); y Sección Quinta «De la indemnización de daños y perjuicios» (arts. 1205 a 1212).

De la *Propuesta mercantil*, interesa la Sección 8.^a «Del incumplimiento de los contratos mercantiles» (arts. 62 a 66) del título IV¹⁸ del libro I del Código de comercio.

De la *Propuesta sobre compraventa*, la regulación de la entrega de cosa no conforme con el contrato, la de entrega de cosa con vicios jurídicos¹⁹, y la de los remedios por el incumplimiento (arts. 1474 ss. PCV).

e) En mi exposición sigo este orden: expongo primero la *Propuesta civil* (Parte General) y después la *Propuesta sobre compraventa* (Parte Especial); tras ello, expongo la *Propuesta mercantil* (Derecho Especial). Pero no siempre sigo tal orden, pues a veces la cuestión jurídica dada no la regulan las tres *Propuestas*, y en otras ocasiones, la *Propuesta mercantil* o la *Propuesta sobre compraventa* contienen una regulación más detallada que la de la *Propuesta civil*, siendo procedente iniciar la exposición con aquéllas.

II. CUÁLES SON LOS REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO Y SU INTERRELACIÓN (ARTS. 1190 PC, 1482 Y 1490 PCV)

[2] La *Propuesta civil* enumera los remedios por incumplimiento y su interrelación (art. 1190). La *Propuesta sobre compraventa* regula los remedios del comprador por la entrega de cosa no con-

(por ejemplo: anulación o resolución extrajudicial, mediante declaración de voluntad) [«¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios?» (2011) p. 402].

¹⁶ «De las obligaciones».

¹⁷ «De las obligaciones y contratos».

¹⁸ «Disposiciones generales de los contratos mercantiles».

¹⁹ «Vicios jurídicos» es la expresión que se emplea en la EM de la *Propuesta sobre compraventa*, primer núm. 25.

forme con el contrato (arts. 1482, 1489) o con vicios jurídicos (arts. 1490, 1496). La *Propuesta mercantil* no contiene un artículo que enumere los remedios del acreedor por el incumplimiento (contractual) del deudor.

[3] *Propuesta civil*.—En virtud del artículo 1190 PC:

«En caso de incumplimiento, podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este capítulo [VII], exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos».

[4] En relación con el artículo 1190 PC indicaré:

a) Su función (la de enumerar los remedios generales por el incumplimiento) es novedad frente al Código civil²⁰. En este, la función del artículo 1190 PC viene a desempeñarla el artículo 1124.II primera regla CC, según el cual: «[e]l perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos».

²⁰ A) En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, PANTALEÓN PRIETO clasifica los remedios por incumplimiento en: a) pretensión de cumplimiento, incluyendo la reparación de los vicios o sustitución del objeto y cualquier otra forma de corregir la prestación defectuosa; b) remedios sinalagmáticos: resolución de la relación contractual, reducción del precio y *exceptio inadimpleti contractus*; señala que puede añadirse la resolución anticipada y la que llama «excepción de riesgo de incumplimiento»; c) remedios indemnizatorios: en los que diferencia la responsabilidad contractual en sentido estricto «y la indemnización de los gastos del contrato satisfechos por el contratante que resuelve por incumplimiento de la otra parte debido a una circunstancia ya existente al tiempo de contratar, aunque la ignorancia de ella no sea imputable al incumplidor (cfr. arts. 1486.I y 1487 CC)»; d) «Pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado, obtenido por el deudor a costa del acreedor» (cita, entre otros preceptos, el art. 1186 CC) [ADC (1993) pp. 1727-1728]. B) Por su parte, para el Derecho vigente, GÓMEZ POMAR entiende que los remedios generales por incumplimiento contractual son el cumplimiento en forma específica o cumplimiento forzoso, indemnización de daños y perjuicios, pena convencional y resolución, señalando que pueden mencionarse otros como la reparación o sustitución de la prestación no conforme con el contrato, la reducción del precio, la *exceptio non adimpleti contractus*; «[e]ntiendo, sin embargo, que desde el punto de vista conceptual algunos de ellos no son en realidad sino variantes de los tres grandes “tipos” de remedios en el plano teórico: remedios de conducta forzada del contratante incumplidor (cumplimiento en forma específica); remedios monetarios (indemnización de daños y perjuicios, pena convencional); remedios de ineficacia (resolución). En este sentido, la reparación y sustitución (por el contratante incumplidor) son en verdad cumplimiento en forma específica, la reducción del precio es un remedio en dinero analíticamente englobable en la indemnización de daños, y la *exceptio non adimpleti contractus* es una suspensión de la eficacia contractual, no alejada conceptualmente —aunque sea temporal—de la resolución» [InDret (3/2007) p. 13]. C) Recientemente CARRASCO PERERA: «(...) vamos a exponer el régimen jurídico de las acciones y remedios que competen al acreedor frente al incumplimiento del deudor. Las bases normativas de estos remedios están desperdigadas por el CC y por la LECiv, sin que obedezca a una lógica interna, por lo que el sistema debe reconstruirse por el intérprete». El autor menciona el cumplimiento en forma específica, el cumplimiento por equivalente, indemnización de daños, suspensión del propio cumplimiento, rebaja del precio, resolución del contrato, restitución del enriquecimiento obtenido por el deudor por la infracción obligacional. [(2010) núm. 1, p. 1047].

Vid. además: Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.^a (2008), pp. 771-772.

Ahora bien, los dos citados preceptos persiguen objetivos distintos. El artículo 1124 CC se encarga de regular el remedio general de la resolución de la relación contractual y su mención de los otros remedios gira en torno a su relación con la resolución. Otra cosa es que a falta de un precepto como el artículo 1190 PC, el artículo 1124 CC pueda ser utilizado como norma en la que se indican (se reconocen) los remedios del acreedor por el incumplimiento. Además, el artículo 1124 CC no menciona la reducción del precio como remedio general del incumplimiento como dispone el artículo 1190 PC (cfr. arts. 1197, 1198 PC) lo cual tiene causa en que el Código civil no regula la reducción del precio como remedio general (lo hace en los contratos en particular).

En mi opinión, es correcto disponer de un precepto como el artículo 1190 PC, ubicado en las «Disposiciones Generales» del incumplimiento y que indica cuáles son los remedios por incumplimiento.

[i] A diferencia de la *Propuesta civil*, los Principios UNIDROIT no contienen un precepto que indique de modo genérico cuáles son los remedios del acreedor por el incumplimiento contractual. Ello se obtiene del esquema del capítulo 7: «Del incumplimiento». Lo mismo sucede en los PECL: carecen de un precepto como el artículo 1190 PC y del esquema del Capítulo 9 «*Particular Remedies for Non-Performance*» se obtiene cuáles son los remedios del acreedor por el incumplimiento (pero cfr. art. 8:101 PECL).

b) A partir de la conjunción disyuntiva «o» del artículo 1190 primera regla PC, es claro que los remedios generales del cumplimiento, de la reducción del precio y de la resolución funcionan –presupuestos sus requisitos²¹– de manera alternativa y a elección del acreedor, de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo VII. Son remedios incompatibles entre sí, en cuanto que el acreedor no puede ejercitarlos simultáneamente y de modo acumulado.

La regla de que hay remedios cuyo ejercicio simultáneo no puede realizar el acreedor es algo que también se indica para el Código civil. Por ejemplo, es común afirmar que no es posible exigir el cumplimiento de la obligación contractual y proceder al mismo tiempo a la resolución de la relación obligatoria (remedios incompatibles entre sí; art. 1124.II CC).

²¹ La *Propuesta civil* contiene una noción básica, amplia y unitaria del incumplimiento. La calificación del incumplimiento es la llave que permite la posible aplicación de los remedios por incumplimiento. Pero el acreedor no siempre podrá ejercitar todos los remedios, pues, cada uno de ellos tiene sus particulares requisitos de aplicación. *Vid. FENYOY PICÓN (2010) [21]-[23]*.

[i] En el *Comment B* del artículo 8:102 PECL (transcrito *infra* letra d) [ii] se apunta que es una perogrullada decir que una parte no puede ejercitar al mismo tiempo dos o más remedios incompatibles entre sí. Se indica que no puede simultáneamente exigirse el cumplimiento del contrato y su resolución. Si se ha recibido una prestación no conforme con el contrato, no puede ejercitarse la reducción del precio y al mismo tiempo la resolución; o si se ejercita la reducción del precio por el menor valor de la prestación no conforme, no puede exigirse que se compense tal disminución bajo el concepto de daño. Finalmente se señala, que cuando dos remedios son incompatibles, la parte perjudicada frecuentemente habrá de elegir entre ellos.²²

c) La indemnización de daños es remedio que puede ejercitarse junto con los otros remedios. El artículo 1190 segunda regla PC lo dispone cuando prescribe que el acreedor puede exigir «además» la indemnización de daños. El artículo 1205.II PC insiste en que el derecho del acreedor a ser resarcido «es compatible con las demás acciones que la ley le reconoce en caso de incumplimiento».

El posible ejercicio acumulado de la indemnización de daños a los otros remedios por incumplimiento no constituye tampoco novedad frente al Código civil (cfr. arts. 1096.I, 1124.II segunda regla CC)²³. Sin embargo, la *Propuesta civil* se ocupa de precisar, además, la relación que media entre la indemnización de daños con los otros remedios por incumplimiento: en concreto con la reducción del precio (art. 1198 PC), con la resolución de la relación contractual (art. 1202.II y III PC). En la *Propuesta civil* también se indica la relación que media entre la indemnización de daños con

²² LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 363.

²³ Si bien la discusión jurídica consistió en si se podía exigir *sólo* indemnización por el dolo sufrido en la formación del contrato, la STS, 1.^a, 18 de enero de 2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; El Derecho, EDJ 2007/2684) tiene interés. El Tribunal Supremo afirma que puede exigirse *sólo* la indemnización de daños por causa de dolo; trae a colación argumentativamente al artículo 1124 CC: «Se plantea aquí, por primera vez en la jurisprudencia, una cuestión que había sido presentada la doctrina (*sic*) hace poco más de medio siglo, que es el ejercicio de acciones derivadas del dolo. Sobre si cabe, primero la acción de anulación del contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios (acumulación de dos acciones), segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización (una sola acción) y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación (una sola acción, es el caso presente). La respuesta debe ser afirmativa, tanto porque no hay norma que excluya cualquiera de las tres posibilidades, *porque sí hay una norma aplicable a un caso similar de ineficacia, que es la resolución que contempla el artículo 1124 del Código civil, que admite como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de rescaramiento, que pueden ser ejercitadas conjunta o independientemente, sin que la posibilidad de ineficacia excluya la indemnización, ni, viceversa, ni la acumulación.* En el presente caso, no se ha pedido la nulidad de negocio jurídico alguno, sino se ha ejercitado la acción de indemnización de daños y perjuicios por una actuación dolosa de los demandados y tales perjuicios son la falta de posibilidad de cobro de aquel crédito que fue cedido con sus intereses» (cursiva mía, FD 3.^o). *Vid.* STS, 1.^a, 21 de octubre de 2005 (Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Luis MONTÉS PENADÉS), en la que se trata de la relación entre la resolución del artículo 1124 CC y la indemnización de daños (FD 2.^o).

las acciones que correspondan al acreedor de una obligación de dar cosa determinada, acciones que el deudor tuviera contra terceros por razón de aquélla (art. 1196 PC)²⁴.

d) No lo indica el artículo 1190 PC, pero debe entenderse que el acreedor puede ejercitar de modo aislado el remedio de la indemnización de daños. Este posible ejercicio aislado no supone afirmar que la indemnización opere necesariamente al margen de los otros remedios: pues, su alcance es diferente según se la relacione con el cumplimiento, con la reducción del precio o con la resolución de la relación contractual. En muchos casos, el ejercicio aislado de la indemnización de daños presupondrá el ejercicio implícito de alguno de esos otros remedios por incumplimiento. No obstante, también es posible ejercitar el remedio indemnizatorio de modo aislado y excluyente de los otros remedios²⁵.

[i] Artículo 7.4.1. Principios UNIDROIT:

«(Derecho al resarcimiento)

Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios».

a) En el Comentario 2 del artículo se destaca que la indemnización puede ejercitarse como remedio único o en unión de otros. Como remedio único opera, por ejemplo, en la reparación por mora, en la reparación de la prestación defectuosa o en la reparación por el cumplimiento imposible imputable subjetivamente al deudor. En unión a otros remedios, en el Comentario 2 se indica que cabe la resolución y la indemnización (para compensar el menoscabo que aquélla implica); junto al cumplimiento específico, la indemnización compensa el retardo del cumplimiento así como

²⁴ En la *Propuesta civil* no se construye como remedio independiente la restitución del enriquecimiento del deudor con causa en su incumplimiento, sino que se regula dentro del remedio del cumplimiento (*supra* nota 20; art. 1196 PC).

²⁵ Señala VIDAL OLIVARES que en la *Propuesta civil* sólo aparentemente la indemnización procede como remedio complementario de los otros remedios (art. 1190 PC), pues en otros preceptos se reconoce al acreedor la posibilidad de «demandar directa y exclusivamente, el menor valor de la prestación o su cuantía total» (cfr. arts. 1198 PC, 1196 PC). «Hay poca claridad sobre el punto y hace falta corregirlo, precisando el contenido de la indemnización de daños, en orden a si ella comprende plenamente el interés en la obtención de la prestación, incluso, su valor, o no lo considera, para luego determinar la relación existente entre este remedio y los restantes./ De la interpretación de los preceptos citados, fluye que la indemnización actúa, por regla general, como complemento de los otros remedios; sin embargo, habría casos en los que procedería su ejercicio exclusivo sin mediar la resolución del contrato. De este modo, tratándose de la falta de cumplimiento si la prestación fuere imposible de ejecutar, el acreedor podría acceder a la indemnización o a la cesión de acciones contra terceros, sin resolver el contrato, salvo que así lo desee. En cambio, en materia de cumplimientos no conformes con el contrato, la regla parece ser diversa: el acreedor sí puede optar entre cualquiera de los remedios y la indemnización plena; menor valor más otros perjuicios indemnizables, según el artículo 1208 de la Propuesta» [(2011) p. 274, pp. 274-275].

los gastos en que se hubieren incurrido; también puede acompañar, por ejemplo, a la subsanación del incumplimiento, admisión del error, publicación en periódicos, etc.²⁶.

[ii] Artículo 8:102 PECL:

«Cumulation of Remedies

Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a party is not deprived of its right to damages exercising its right to any other remedy»²⁷.

a) En el *Comment A* del artículo se destaca (como regla) que los remedios que no son incompatibles son remedios acumulables. Así, quien tiene derecho a suspender el cumplimiento de su propia obligación y a resolver la relación contractual, puede, primero, ejercitar la suspensión de su obligación y entonces, resolver; si una parte ejercita un remedio diferente al de la indemnización de daños, ello no le priva de ser indemnizado; quien resuelve el contrato, puede, por ejemplo, reclamar además daños.²⁸

e) El artículo 1190 PC no menciona el remedio del acreedor de suspender el cumplimiento de su propia prestación mientras no cumpla la otra parte. De su regulación se encarga el artículo 1191 PC (su análisis *infra* [71] y ss.). En mi opinión, el artículo 1190 PC debería haber recogido alguna indicación sobre este remedio.

Por otro lado, la suspensión del cumplimiento de la propia prestación no funciona necesariamente como remedio alternativo y excluyente del cumplimiento o de la resolución de la relación contractual. Por ejemplo: el acreedor puede exigir del otro contratante que cumpla la obligación y al mismo tiempo comunicarle que suspende el cumplimiento de la propia obligación mientras no cumpla²⁹; o el acreedor puede suspender el cumplimiento de la propia obligación y, si transcurrido un tiempo prudencial, el deudor sigue sin cumplir, podrá resolver la relación contractual si se reúnen los requisitos de la resolución.

[5] *Propuesta sobre compraventa*.—Interesan los artículos 1482, 1490 y 1485 PCV.

[i] Artículo 1482 PCV:

«En caso de falta de conformidad³⁰, el comprador podrá por su sola declaración de voluntad dirigida al vendedor exigirle el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato.

²⁶ Principios UNIDROIT (2004) pp. 240-241.

²⁷ LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 362-363.

²⁸ LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 362-363.

²⁹ Si bien sería más oportuno ofrecer el cumplimiento de la propia prestación condicionado al cumplimiento de la contraparte.

³⁰ Sobre en qué consiste la falta de conformidad, artículo 1474 PCV: «La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y deberá estar embalada

En cualquiera de estos supuestos podrá exigir, además, la indemnización de los daños y perjuicios, si procediere» (vid. además art. 1489 PCV³¹).

[ii] Artículo 1490 PCV:

«Si un tercero estuviere en condiciones de ejercitar contra el comprador un derecho relativo a la cosa no contemplado en el contrato³², anterior a la entrega o creado posteriormente con intervención del vendedor, el comprador podrá, a su elección, ejercitar los derechos mencionados en el artículo 1482».

[iii] Artículo 1485 PCV (falta de conformidad):

«El comprador tendrá derecho a la resolución del contrato o la reducción del precio en los casos siguientes:

1.º Si el vendedor no resultare obligado a ejecutar ninguna modalidad de cumplimiento.

2.º Si la modalidad de cumplimiento procedente no fuera ejecutada por el vendedor en las condiciones establecidas en el párrafo segundo del artículo 1483³³.

o envasada en la forma que resulte del contrato./ La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad». Artículo 1475 PCV: «A salvo lo pactado por las partes hay, en particular, falta de conformidad:/ 1.º Si la cosa no se ajusta a la descripción del vendedor./ 2.º Si no posee las cualidades de la muestra o del modelo presentados por el vendedor al comprador./ 3.º Si no es apta para el uso especial requerido por el comprador al celebrarse el contrato siempre que el vendedor haya admitido que la cosa es apta para dicho uso./ 4.º Si no es apta para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo o no presenta la calidad y proporciona las prestaciones habituales que, conforme a la naturaleza del bien, el comprador pueda fundadamente esperar». Artículo 1476 PCV: «Para determinar el uso, calidad y prestaciones se tendrán en cuenta las declaraciones públicas sobre las características de la cosa hechas por el vendedor, el fabricante, el importador o por cualquier otra persona que haya intervenido en la cadena de comercialización y, en particular, en la publicidad o en el etiquetado./ El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas:/ (...)». Artículo 1479 PCV: «La incorrecta instalación de la cosa se equipará a la falta de conformidad cuando, según el contrato, la instalación incumba al vendedor y haya sido realizada bajo su responsabilidad o cuando, habiendo quedado a cargo del comprador, el defecto se deba a un error en las instrucciones para llevarla a cabo».

³¹ Artículo 1489 PCV: «El comprador que no comunique la falta de conformidad de la cosa al vendedor en un plazo razonable desde que la hubiese conocido o hubiera debido conocerla, sólo tendrá derecho a reducir el precio o a exigir la indemnización de daños y perjuicios, excluido el lucro cesante; pero si el vendedor conociere o no hubiere podido ignorar la falta de conformidad, el comprador conservará todos los derechos que le correspondan» (explicación en el núm. 23 de la EM de la PCV).

³² En el núm. 25 (el primero) de la EM de la *Propuesta sobre compraventa* se informa del alcance de esa expresión: «La fórmula utilizada (“si un tercero estuviere en condiciones de ejercitar contra el comprador un derecho relativo a la cosa, no previsto en el contrato”) ha pretendido ser suficientemente flexible en la enunciación de los derechos de tercero a los que se refiere. Permite incluir en ella cualquier tipo de derecho que pueda existir en la cosa en el momento de la entrega. Incluye tanto los derechos reales, como los personales, por ejemplo, un arrendamiento; tanto la propiedad de un tercero, que impide al comprador adquirir ese derecho, como otros derechos reales existentes en la cosa que dan lugar a la transmisión de una titularidad gravada o limitada por los mismos; incluye, incluso, los derechos relacionados con la propiedad intelectual e industrial, tal como hace la Convención de Viena».

³³ Artículo 1483.II PCV: «(...)/ La modalidad de cumplimiento elegida deberá ser ejecutada en un plazo razonable y sin inconvenientes significativos para el comprador, habida cuenta de la naturaleza de la cosa y de la utilidad que hubiere de prestar a éste./ (...)».

3.º Si el vendedor hubiese rehusado ejecutar la modalidad de cumplimiento procedente en dichas condiciones o se previere fundadamente que no la ejecutará así»³⁴.

[6] Sobre estos artículos considero:

a) Si hay una regulación general del incumplimiento y sus remedios (arts. 1188 ss. PC), la regulación particular de cada tipo contractual (en nuestro caso, de la compraventa) debe limitarse a contener las reglas especiales frente a esas generales, evitando la reiteración. Es (relativamente) fácil proceder a ello si se dispone de una previa regulación general, al realizar la especial. Pero la situación cambia notablemente si al regular los tipos contractuales específicos no se cuenta con la regulación general. Esta situación era la existente en el momento de redacción de la *Propuesta sobre compraventa*: se publicó en 2005 y la *Propuesta civil* es de 2009. Ausente la Parte general, la Parte especial puede tener que suplirla en parte y esto tal vez justifique la existencia de los artículos 1482 y 1490 PCV. El artículo 1482 PC (y el art. 1490 PCV) enumera(n) los mismos remedios que el artículo 1190 PC y una vez que se dispone de este último, lo adecuado es suprimir los artículos 1482 y 1490 PCV, o como mínimo, remitir a la correspondiente parte general³⁵.

³⁴ «Entre los remedios por falta de conformidad enumerados en el nuevo artículo 1482 existe jerarquía, tal como sucede en la Directiva [1999/44]. Primero ha de ejercitarse la pretensión de cumplimiento; subsidiariamente, la reducción del precio o la resolución. La indemnización no plantea problema alguno de jerarquía, por ser compatible con todos ellos. La jerarquía no está expresamente formulada, pero resulta del nuevo artículo 1485, en el que se limita al comprador el ejercicio de la facultad de resolver el contrato o de exigir la reducción del precio. La razón de la jerarquización de los remedios está en el intento de conservar el contrato en sus términos iniciales y dar al vendedor la oportunidad de subsanar su inicial incumplimiento» (núm. 17 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*).

³⁵ Es cierto que en el artículo 1482 PCV tiene mayor contenido [el ejercicio extrajudicial de los remedios] que el del artículo 1190 PC, pero ese otro contenido también lo regula *Propuesta civil* en otros preceptos.

Según el núm. 17 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*: «(...) Además de la enumeración de los remedios, este precepto [1482] contiene una importante precisión. Los remedios que se refieren a un cambio en la situación jurídica se ejercitan mediante simple declaración de voluntad recepticia, sin necesidad de que medie sentencia constitutiva; esto es especialmente importante en lo que se refiere a la resolución./ (...) Los derechos del comprador en caso de falta de conformidad, enumerados en el artículo 1482, son, como hemos dicho, los mismos de que dispone todo acreedor en una relación obligatoria sinalagmática. Su regulación corresponde, fundamentalmente, a las reglas generales de las obligaciones y contratos. En la compraventa sólo ha de recogerse las particularidades que implique su aplicación a este contrato». Pero, la *Propuesta civil* admite con carácter general el ejercicio extrajudicial de la reducción del precio (art. 1197 PC) y el de la resolución de la relación contractual (art. 1199.II PC). Sobre el artículo 1490 PCV, éste, por su remisión al artículo 1482 PCV, dispone la enumeración de los remedios por incumplimiento y su relación alternativa o acumulativa, no siendo esto tampoco preciso. En el primer núm. 25 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa* (*sic*, sería 24) se indica: «El nuevo artículo 1490 se ocupa también de los derechos de los que dispone el comprador en esos casos. Son, ciertamente, los generales del incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas, adaptados a las peculiaridades de manifiesta-

[i] Es sabido que la CISG regula de modo separado los derechos y acciones del comprador (arts. 45 ss.) y los del vendedor (arts. 61 ss.), compartiendo esas regulaciones una unidad conceptual, además de mediar un claro paralelismo entre ciertos preceptos; hay asimismo preceptos comunes. En este trabajo me refiero a los artículos que regulan los derechos y acciones del comprador por el incumplimiento del vendedor, haciendo mera cita de los equivalentes del vendedor cuando el comprador incumple sus obligaciones.

[ii] Según el artículo 45.1 CISG:

«Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:

a) Exigir los derechos establecidos en los artículos 46 a 52 [cumplimiento, resolución, reducción del precio].

b) Exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforma a los artículos 74 a 77³⁶» (cfr. art. 61 CISG³⁷).

b) En cambio, no procede suprimir el artículo 1485 PCV que ordena la interrelación entre los remedios del comprador por la entrega de cosa no conforme. El artículo 1485 PCV sí es norma especial frente a la general del artículo 1190 primera regla PC. Para el incumplimiento consistente en la entrega de cosa no conforme con el contrato, la *Propuesta sobre compraventa* jerarquiza (con las excepciones que haya) los remedios del comprador: este primero ha de ejercitar el cumplimiento (reparación o sustitución del bien); subsidiariamente, podrá ejercitar la reducción del precio o la resolución de la relación contractual³⁸. En el artículo 1190 primera regla PC los remedios operan de modo alternativo.

c) En la entrega de cosa con vicios jurídicos, los remedios del comprador del cumplimiento, de la reducción del precio y de la

ción del incumplimiento prevista en el precepto. En su enunciación, el artículo se remite al nuevo artículo 1482, que enumera los remedios por falta de conformidad». Para el artículo 1568 PC: FENOY PICÓN (2010) [33] pp. 76-77.

³⁶ Sobre esta letra b), LÓPEZ LÓPEZ señala que no se trata de una simple remisión a los preceptos reguladores de la indemnización de daños. El artículo 45.1.b) CISG [igual que el paralelo art. 61.1.b) CISG] establece la base legal de la reclamación de daños; y, los artículos 74 a 77 CISG, las normas para el cálculo del montante del daño. El autor señala, además, que el artículo 45.2 CISG (el comprador no pierde el derecho a exigir daños, aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho) clarifica la relación del derecho a los daños con otros posibles remedios del comprador [«Artículo 45 CISG» (1998) p. 407]. *Vid.* HONNOLD, (1987 de la trad.) núm. 276, pp. 324-325.

³⁷ Luis Díez-PICAZO destaca que el artículo 61 CISG permite al vendedor exigir el cumplimiento o la resolución (similar al art. 1124 CC); además, el hecho de que el vendedor disponga de una alternativa significa que no puede valerse simultáneamente de los remedios incompatibles [«Artículo 61 CISG» (1998) p. 495; *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 808].

³⁸ Para la compraventa de consumo, BECH SERRAT no es partidario de la jerarquía en los remedios [*InDret* (1/2010) pp. 38-41].

resolución de la relación contractual funcionan entre sí de modo alternativo («a su elección» especifica el art. 1490 PCV)³⁹. En los vicios jurídicos, hay coincidencia con el artículo 1190 PC y sería oportuna la supresión del artículo 1490 PCV.

d) Y sobre el remedio de la indemnización de daños y perjuicios, este puede ejercitarse de modo acumulado a los otros remedios (arts. 1482, 1490⁴⁰), lo que asimismo dispone el artículo 1190 segunda regla PC (y el 1205.II PC). La *Propuesta sobre compraventa* no presenta aquí particularidad alguna frente a la *Propuesta civil* y desde esta perspectiva, también sería aconsejable suprimir esos artículos 1482 y 1490 PCV.

[i] Artículo 46.1 CISG:

«El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia⁴¹» (cfr. 62 CISG para el vendedor y la exigencia de cumplimiento al comprador⁴²).

Artículo 45 CISG:

«2. El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho»⁴³ (cfr. art. 61.2 CISG referido al vendedor).

³⁹ Núm. 25 (el primero; *sic*, debe ser 24) de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*: «A diferencia de lo que sucede en la falta de conformidad, no se establece jerarquía en la utilización de los derechos del comprador; éste no tiene que ejercitar, en primer lugar, el derecho al cumplimiento *in natura*, sino que puede elegir entre cualquiera de los remedios. Hay una razón que justifica la diferencia con el sistema seguido en el caso de falta de conformidad. Existiendo una titularidad de tercero, el vendedor, no está, normalmente, en condiciones de hacer propietario al comprador o liberar a la cosa del derecho ajeno, por su propia decisión; ni tampoco ha de serle fácil sustituir el objeto entregado por otro, sin olvidar la previsible infungibilidad del mismo. No queda excluido, sin embargo, que si estuviera en condiciones de poder hacerlo y así conviniera, el vendedor pueda mostrar su preferencia por el cumplimiento. Le da la oportunidad el nuevo artículo 1482».

⁴⁰ Núm. 17 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*: «La indemnización es un remedio compatible con cualquiera de los otros».

⁴¹ LÓPEZ Y LÓPEZ, por ejemplo, se plantea cuáles son esos derechos o acciones incompatibles (simultáneamente o de modo sucesivo). Señala la incompatibilidad de la resolución, por su efecto extintivo (cfr. art. 81 CISG), con exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, si bien permanece la posibilidad de reclamar daños y perjuicios (art. 45.2 CISG) que requiere incumplimiento y daño. No puede exigirse el cumplimiento, si se ha ejercitado la resolución. También señala, que el cumplimiento es incompatible con la reducción del precio del artículo 50 CISG. Reconoce, que no puede hacerse con plena seguridad una enumeración cerrada de los derechos y acciones del comprador que sean incompatibles con el cumplimiento, habiéndose de estar a la específica situación. Concluye indicando, que la necesidad de la compatibilidad del cumplimiento se encamina a hacer efectivo el contrato en sus propios términos; por lo que ha de concluirse que, fracasado el cumplimiento, están abiertos toda otra posible acción o derecho sin límites [LÓPEZ LÓPEZ, «Artículo 45 CISG» (1998) pp. 417-418; *vid.* HONNOLD (1987 de la trad.), núm. 282, p. 329.

⁴² *Vid.* Luis DÍEZ-PICAZO, «Artículo 62 CISG» (1998) p. 498.

⁴³ Según LÓPEZ LÓPEZ, la CISG se ha inclinado por la alternativa de que la indemnización pueda acumularse cuando se ejercita otra acción (apunta, lógicamente, a la acumulación con el remedio resolutorio). Señala también la posibilidad del ejercicio autónomo de la indemnización. [«Artículo 45 CISG» (1998) p. 410; *vid.* hasta p. 411].

III. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

1. EN DÓNDE SE REGULA. OBSERVACIONES GENERALES

[7] La *Propuesta civil* regula el derecho a exigir el cumplimiento forzoso con carácter general en los artículos 1192 a 1196. La rúbrica de la Sección 2.^a, capítulo VII, título I del libro IV de la *Propuesta civil* es «De la acción de cumplimiento». De esta leyenda se induce que la *Propuesta civil* regula el cumplimiento forzoso. Sin embargo, algunos artículos de la sección pueden aplicarse a la posible reclamación extrajudicial del cumplimiento de la obligación contractual⁴⁴.

La *Propuesta sobre compraventa* se refiere al derecho extrajudicial del comprador de exigir del vendedor el cumplimiento, cuando le fue entregada un cosa no conforme con el contrato o/y con vicios jurídicos (arts. 1482 y 1490 PCV). Los artículos 1483, 1484 y 1491 PCV se encargan de regular el régimen del cumplimiento.

La *Propuesta mercantil* no regula el remedio del cumplimiento, pero conviene recordar la función supletoria del Derecho civil (art. 50.2 PM)⁴⁵.

[8] El eje central de mi exposición sobre el remedio del cumplimiento lo constituye la *Propuesta civil*. A partir de ella enlace con las *Propuestas sobre compraventa y mercantil*, cuando es oportuno.

2. EL CUMPLIMIENTO Y SUS «EXCEPCIONES»: EL ARTÍCULO 1192 PC

[9] El artículo 1192 PC dispone:

«El acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento.»

⁴⁴ Luis Díez-PICAZO destaca que la pretensión de cumplimiento es, de conformidad con los esquemas teóricos del Derecho comparado codificado, una continuación de la vinculación contractual; no es un nuevo remedio del acreedor que surja del incumplimiento [«Artículo 62 CISG» (1998) p. 498]; similar idea: VIGURI PEREA (2007), p. 208. Vid. VIDAL OLIVARES, *RChDP* (2011) pp. 276-277. Otra cuestión es la relación entre el cumplimiento forzoso y específico y la indemnización de daños: si la primera tiene o no preferencia sobre la segunda: sobre esto, VERDERA SERVER (1995) pp. 95 ss., en particular pp. 134-146.

⁴⁵ Artículo 50.2 PM: «Los contratos mercantiles se registrarán 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./ Serán aplicables a los contratos mercantiles con los consumidores las normas para la protección de éstos, establecidas en este Código o en leyes especiales.»

En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que:

- 1.º *Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible.*
- 2.º *El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor.*
- 3.º *La pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe.*
- 4.º *La prestación sea personal del deudor».*

[10] El artículo 1192 PC disciplina el cumplimiento bajo la división obligación dineraria (pfo. I)/obligación distinta a la de pagar dinero (pfo. II). Para ambas obligaciones, la regla es que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento específico de la obligación contractual.

2.1 El cumplimiento de la «obligación dineraria»: el párrafo I del artículo 1192 PC

[11] Sobre ese párrafo, dos breves indicaciones:

a) La Sección 3.ª del capítulo II título I libro IV PC se titula «De las obligaciones pecuniarias» (arts. 1099 a 1105)⁴⁶. El artículo 1099 PC incluye, en las obligaciones pecuniarias, a la obligación de suma de dinero (pfo. I) y a la obligación cuyo fin es indemnizar en dinero un daño o restituir un valor patrimonial (pfo. II)⁴⁷.

b) La expresión «en todo caso» apunta a que ni la imposibilidad objetiva de cumplir en la moneda pactada, ni la imposibilidad subjetiva del deudor, liberan a éste de cumplir. El artículo 1100 PC conecta con la regla de que la imposibilidad no extingue la obligación pecuniaria (*genus nunquam perit*). El artículo 1100 PC prescribe, entre otras reglas, que las obligaciones pecuniarias han de cumplirse en la moneda que indiquen. Si es imposible cumplir en dicha moneda, se cumplirá con la de curso legal en el momento y

⁴⁶ La Ley de Enjuiciamiento Civil emplea la expresión «ejecución dineraria» (arts. 571 ss.). FERNÁNDEZ-BALLESTEROS destaca que suele emplearse la expresión de condenas pecuniarias [(2001) p. 263]; también: «Pecuniario y dinerario vienen a significar lo mismo. Su uso depende del gusto de quien lo emplea, aunque «pecuniario» tiene una tradición y empleo generalizado entre juristas del que «dinerario» carece. De hecho tras optar –erróneamente– por el más común adjetivo «dinerario», la propia LEC utiliza en varias ocasiones el término pecuniario (*vid.* 534 I; 699 II 701 3; 709 I, etc.)» [(2001) nota 1 en p. 263].

⁴⁷ Artículo 1099 PC: «Las obligaciones cuyo objeto sea una suma de dinero son exigibles por su importe nominal, a no ser que otra cosa resulte de la ley, o del título constitutivo de la obligación./ Las obligaciones cuya finalidad fuere indemnizar en dinero un daño o restituir un valor patrimonial han de ser cumplidas con una suma equivalente al valor del daño sufrido o al valor patrimonial objeto de restitución».

lugar del pago. Además, si la imposibilidad de pago proviene de que la moneda ha sido sustituida, para el cumplimiento se utilizará la moneda que legalmente la haya sustituido⁴⁸. (Cfr. art. 1170.I CC).

[i] El artículo 62 CISG dispone que el vendedor puede exigir del comprador el pago del precio (*vid.* arts. 53, 28 CISG).

[ii] Artículo 7.2.1 Principios UNIDROIT:

«(Cumplimiento de obligaciones dinerarias)

Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago».

a) En el Comentario (único) del artículo se indica que el precepto recoge el principio generalmente aceptado de que el pago de la obligación dineraria siempre puede reclamarse (por solicitud a la otra parte; al tribunal, para su ejecución)⁴⁹.

[iii] Artículo 9:101 PECL:

«Monetary Obligations

(1) The creditor is entitled to recover money which is due.

⁴⁸ a) *Propuesta civil*.—Artículo 1100 PC: «El cumplimiento de las obligaciones pecuniarias deberá realizarse en la moneda que en ellas se indique. Sin embargo, salvo que otra cosa resulte del contrato, el deudor podrá pagar en la moneda de curso legal en el momento y lugar del pago. El deudor carecerá de la facultad de elección cuando el contrato la hubiere excluido./ Si resultare imposible cumplir la obligación en la moneda exigible, se utilizará la de curso legal en el momento y lugar del pago. Cuando la imposibilidad provenga de la sustitución de la moneda, se utilizará la que legalmente la haya sustituido»; *vid.* además artículo 1101 PC. b) *Principios UNIDROIT*.—Artículo 6.1.9 Principios UNIDROIT: «(Moneda de pago)/ (1) Si una obligación dineraria es expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago, éste puede efectuarse en la moneda de dicho lugar, a menos que:/ (a) dicha moneda no sea convertible libremente; o/ (b) las partes hayan convenido que el pago debería efectuarse sólo en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada./ (2) Si es imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada, el acreedor puede reclamar el pago en la moneda del lugar del pago, aun en el caso al que se refiere el párrafo (1) (b) de este artículo./ (3) (...)». En el Comentario 2 del artículo 6.1.9 Principios UNIDROIT se indica que al deudor puede serle imposible pagar en la moneda pactada (reglas de control de cambio, normas imperativas, otras causas que impidan obtener la cantidad suficiente de divisas). Entonces, el acreedor puede reclamar el pago en la divisa del lugar de pago, incluso habiéndose pactado una «cláusula de numerario». Tal posibilidad puede serle no sólo aceptable, sino hasta provechosa; además, no le impide el ejercicio de otros remedios (indemnización de daños, por ejemplo). Se pone el ejemplo de un Banco suizo que otorga un préstamo en dólares a reembolsar en Lugano. Vencida la obligación, el prestatario no puede pagar en los dólares necesarios. El Banco se entera de que tiene un depósito en otro banco local, en francos suizos. El Banco puede reclamar el pago en francos suizos, aunque se pactase que el pago sólo podía hacerse en dólares estadounidenses [Principios UNIDROIT (2004) p. 172].

⁴⁹ Principios UNIDROIT (2004) p. 217. También se indica que excepcionalmente puede excluirse el derecho a exigir el pago del precio de mercaderías a entregar o servicios a prestar: así, si los usos comerciales exigen al vendedor que revenda las mercaderías no aceptadas, ni pagadas por el comprador [*op. cit.* p. 217; cfr. art. 9:101 (2) PECL].

(2) (...)». Cfr. artículo III.-3:301 (1) DCFR⁵⁰.

a) En el *Comment A* se apunta la regla de que siempre cabe el cumplimiento forzoso de las obligaciones dinerarias [art. 9:101 (1) PECL]. A los efectos del apartado (1), obligación dineraria es toda obligación de pago de dinero, al margen de su forma de pago o moneda. Incluye la obligación secundaria (accesoria) de pago de intereses, o el pago de una suma de dinero fijada en concepto de daño. Requisito para aplicar el artículo 9:101 (1) PECL es que la obligación dineraria *debe haber sido ganada por el acreedor, i.e.,* debe ser debida.⁵¹

2.2 El cumplimiento de la «obligación distinta de la de pagar dinero»: el párrafo II del artículo 1192 PC

A) *Modelos de Derecho comparado en relación con el cumplimiento. La regla del cumplimiento y sus excepciones. La interpretación del «a menos que». Los otros remedios por incumplimiento cuando no procede el del cumplimiento. Los artículos 1484 y 1491 PCV*

[12] *Modelos de Derecho comparado en relación con el cumplimiento. La regla general de la Propuesta civil.—El Código civil*

⁵⁰ Vid. DE VRIES [(2009) pp. 585-589] quien compara los sistemas de *Civil law* y de *Common law*, PECL, DCFR.

⁵¹ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 391. La regla de que puede exigirse el pago de la obligación dineraria tiene dos excepciones, que indica el artículo 9:101 (2) PECL: «Where the creditor has not yet performed its obligation and it is clear that the debtor will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with its performance and may recover any sum due under the contract unless: (a) it could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or (b) performance would be unreasonable in the circumstances». En el *Comment B* se precisa que el principio de que en las obligaciones dinerarias puede exigirse siempre el cumplimiento forzoso no es suficientemente correcto, allí donde la obligación dineraria no ha sido ganada por el cumplimiento del acreedor y es claro que el deudor rehusará recibir el futuro cumplimiento del acreedor. Según el principio *pacta sunt servanda*, el acreedor tiene derecho a llevar a cabo su cumplimiento y a ganar el precio por tal cumplimiento. La voluntad del deudor de no recibir el cumplimiento es, como regla, algo irrelevante. Pero hay dos excepciones. Sobre la letra (a) del artículo 9:101 (2) PECL se indica [*Comment B* (ii)] que el acreedor que puede hacer una razonable operación de cobertura (negocio de reemplazo) sin importante problema o gasto, no tiene derecho a continuar con su cumplimiento en contra de la voluntad del deudor y no puede demandar el pago del precio. El acreedor resolverá el contrato y puede hacer un negocio de reemplazo (art. 9:506 PECL), o simplemente reclamar daños sin realizar dicho negocio (art. 9:507 PECL). Se indica que en ciertas situaciones el acreedor puede, incluso, estar vinculado por un uso comercial para efectuar el negocio de reemplazo. Sobre la letra (b) del artículo 9:101 (2) [*Comment B* (iii)] se afirma que un típico ejemplo es aquel en que, antes de que el cumplimiento haya comenzado, el deudor deja claro que no lo quiere. Esto sucede, por ejemplo, en contratos de construcción, otros contratos de obra y especialmente, en contratos de larga duración (cfr. v. gr. art. 1594 CC). El no cumplimiento puede ser actual (la fecha para cumplir ha vencido) o anticipado. La consecuencia jurídica de las letras (a) y (b) es que el acreedor no puede pedir la contraprestación, en particular el precio; puede reclamar daños por incumplimiento (art. 9:103 PECL) [LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 391-393].

dispone como regla que el acreedor puede exigir el cumplimiento forzoso de la obligación (arts. 1096.I y II, 1098.I y II primera frase CC). La *Propuesta civil* no rompe con ello, pues dispone que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación distinta de la de pagar dinero (art. 1192.II primera regla PC). Mediante el cumplimiento, el acreedor logra satisfacer su interés al obtener, en principio, la prestación pactada. No sorprende que la *Propuesta civil* regule el cumplimiento, construyéndolo como derecho del acreedor ante el incumplimiento. Dicho en términos generales, este es un rasgo que caracteriza a los sistemas de *Civil Law*. Como es conocido, en el *Common Law*, el incumplimiento contractual da derecho al acreedor a ser indemnizado de los daños sufridos y en ciertos casos a resolver el contrato. El acreedor no tiene un derecho al cumplimiento específico (y forzoso) si es más adecuado el remedio de la indemnización. El cumplimiento es remedio discrecional del Juez⁵². Esto que he descrito brevemente fue tenido en cuenta (lógicamente) en el diseño de la CISG, de los Principios UNIDROIT y de los PECL, textos aplicables a la contratación internacional.

[i] Según el artículo 45.1.a) CISG, el comprador puede exigir del vendedor el cumplimiento, desarrollando tal remedio el artículo 46 CISG. Sin embargo, según el artículo 28 CISG (norma de compromiso): «Si conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el Tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho⁵³, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención»⁵⁴.

⁵² Vid. MCKENDRICK (2009) 19.3 y 19.4 (p. 311), 19.6 (p. 312), 19.8 (pp. 314-316), 21.9 (pp. 360-363, en donde analiza el *Specific performance*). Señala la diferencia entre el *Civil law* y el *Common law* (y también que ha habido aproximaciones): DE VRIES (2009) pp. 582-583, 589-590, 593-594; vid. BECH SERRAT, *InDret* (1/2010) pp. 23-24, de interés hasta la p. 27; en relación con los remedios de la sustitución o la reparación del bien para la compraventa de consumo, fruto de la incorporación de la Directiva 1999/44: Part 5 A *Additional Rights of Buyer in Consumer Cases*: 48A a 48 F; en particular 48B *Repair or replacement of the goods* y sobre todo, 48E *Powers of the Court* de la *Sale of Goods Act 1979*.

⁵³ HONNOLD plantea si esa expresión se refiere al Derecho nacional del Tribunal o a las normas que serían aplicables según el Derecho internacional privado. Entiende que se remite al Derecho nacional del Tribunal [«Artículo 28 CISG» (1987 de la trad.) núm. 195 pp. 248-250; CABANILLAS SÁNCHEZ, «Artículo 28 CISG» (1998) p. 231].

⁵⁴ Por su formación son de interés las consideraciones de HONNOLD sobre el remedio del cumplimiento: «Artículo 46 CISG» (1987 de la trad.) núm. 199 p. 253; también, núm. 286 pp. 330-332. El autor señala: «No es fácil comprender lo irreductible de los opuestos puntos de vista sobre el alcance del cumplimiento específico. Preparando la Convención, cuestiones de importancia práctica generalmente han dado paso a la reconciliación o al compromiso. Pero en esta cuestión, el educado en el Derecho común se queda perplejo ante la insistencia de los que lo están en el Derecho civil sobre una medida que raramente es útil, mientras que el descendiente del Derecho civil debe estar consusternado por una actitud que parece destruir la santidad de las obligaciones» (*op. cit.* núm. 286, pp. 331-332).

[ii] Artículo 7.2.2. Principios UNIDROIT:

«(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)

Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:/(...).

a) En el Comentario 1 del artículo se recuerdan las conocidas ideas sobre el cumplimiento forzoso y específico: que de conformidad con el carácter vinculante del contrato (art. 1.3 Principios UNIDROIT⁵⁵), cada parte en principio ha de poder reclamar a la otra la prestación dineraria y la no dineraria. Que esto no se discute en los países de tradición romanista, pero, en los del *common law* sólo se permite el cumplimiento específico en circunstancias especiales. El artículo 7.2.2 acoge el principio del cumplimiento específico con excepciones, al igual que el artículo 46 CISG⁵⁶. Pero, en los Principios UNIDROIT –se indica– el cumplimiento específico no es remedio que dependa de la discrecionalidad del Juez (Comentario 2): éste está obligado a ordenarlo, salvo que se aplique alguna de las excepciones que establece el artículo 7.2.2 Principios UNIDROIT⁵⁷.

[iii] Artículo 9:102 PECL:

«Non-monetary Obligations

(1) The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance». Cfr. artículo III.-3:302 (1) y (2) DCFR (*infra* nota 148).

a) En el *Comment A* del artículo se precisa que el perjudicado, no sólo tiene un derecho sustantivo a exigir el cumplimiento, sino también un remedio para exigirlo (orden o decisión del Tribunal; cumplimiento forzoso)⁵⁸.

Se destaca (*Comment B*) el debate acerca de si una parte ha de tener derecho a exigir el cumplimiento de una obligación no monetaria. El «*common law*» considera al cumplimiento específico como remedio excepcional y el *civil law* lo mira como remedio ordinario.

⁵⁵ Artículo 1.3 Principios UNIDROIT: «(Carácter vinculante de los contratos)/ Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios». Según el Comentario 1 del precepto: «Este artículo establece otro principio fundamental del derecho contractual, el de “*pacta sunt servanda*”» [Principios UNIDROIT (2004) p. 10].

⁵⁶ Principios UNIDROIT (2004) p. 218.

⁵⁷ Principios UNIDROIT (2004) pp. 218-219.

⁵⁸ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 394. Se reitera en el *Comment D* (art. 9:102 PECL), que el perjudicado tiene un *derecho sustantivo* para exigir y demandar el *cumplimiento forzoso* de la obligación no monetaria. La concesión de una orden de cumplimiento no es algo discrecional del Tribunal, pues está obligado a conceder el cumplimiento salvo en los apartados (2) y (3) del artículo 9:102 PECL. El Tribunal ha de conceder el cumplimiento (específico), incluso en casos en los que no esté acostumbrado a hacerlo conforme a su Derecho nacional. [Lo anterior: LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 396; *vid. Comment A* del art. III.-3:302 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 829, *Comment D* del art. III.-3:302 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 830].

Los PECL recogen una solución de compromiso: se admite como regla la reclamación del cumplimiento, excluyéndose en ciertas situaciones.⁵⁹ Se admite, que un derecho general de exigir el cumplimiento tiene ventajas. Primero, a través del cumplimiento específico se obtiene, en la medida de lo posible, lo que se debe por contrato; segundo, se evitan las dificultades que entrañan la cuantificación de los daños; tercero, se destaca la fuerza vinculante de las obligaciones contractuales. El cumplimiento específico es particularmente útil –se indica– en los casos de objetos únicos y en tiempos de escasez.⁶⁰

También se señala (*Comment B*), que una investigación comparada de los ordenamientos, especialmente de las prácticas comerciales, demuestra que incluso en los países de «*Civil Law*» ha de limitarse el principio del cumplimiento específico. Las limitaciones son diversas: se basan en la naturaleza, en consideraciones legales y comerciales, y las recogen los apartados (2) y (3) del artículo 9:102 (de tales limitaciones doy cuenta en los epígrafes siguientes)⁶¹. En todas esas limitaciones, otros remedios, especialmente el indemnizatorio y, en apropiados casos, la resolución de la relación contractual, son remedios más adecuados para el perjudicado por el incumplimiento.⁶²

[13] *Las excepciones al cumplimiento.*—En la regulación general del remedio del cumplimiento, el Código civil no dispone de unas específicas excepciones⁶³. En cambio, la *Propuesta civil* presenta como novedad, que en la propia regulación general del cumplimiento se dispongan unas excepciones (aps. 1.º a 4.º del art. 1192.II PC). Algunas de esas excepciones se encuentran en el Código civil, pero se sitúan en distinta ubicación normativa, lo que responde a que la organización del incumplimiento y sus remedios del Código civil es distinta a la de la *Propuesta civil*.

Por ejemplo, los artículos 1182 CC (extinción de la obligación de dar cosa determinada, por pérdida sobrevenida y sin culpa del deudor) y 1184 CC (el deudor se libera de la obligación de hacer, si esta es imposible de llevar a cabo sin su culpa) son preceptos que disponen la extinción de la obligación (art. 1156 CC), lo cual implica que el acreedor no tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación (efecto liberatorio para el deudor). Otro ejemplo: en ocasiones, el cumpli-

⁵⁹ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 395. En el *Comment B* del artículo III.-3:302 DCFR, tras destacar la diferencia de trato entre los distintos sistemas legales, se afirma que hay razón para creer que en la práctica los resultados son similares bajo ambas teorías. Se indica que el artículo acoge un acercamiento pragmático [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 829].

⁶⁰ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 395. *Vid. Comment B* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 829]. DELGADO ECHEVERRÍA llama la atención sobre el interés en el cumplimiento forzoso en especie en épocas de racionamiento [*Elementos-II*, vol. 1.º (1985) 2.ª ed. § 20, p. 225].

⁶¹ *Vid. Comment B* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 830].

⁶² LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 395. *Vid. Comment B* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 830].

⁶³ LUIS DÍEZ-PICAZO: «En nuestro Derecho positivo la pretensión de cumplimiento no presenta ningún límite especial, fuera de aquellos que son, por así decirlo, consecuencia de la naturaleza de las cosas» [*Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 775].

miento específico puede exceptuarse con base en las reglas de que los derechos han de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho (art. 7 CC); la *Propuesta civil* dispone, en su regulación del cumplimiento, la excepción de que exigir el cumplimiento sea contrario a la buena fe.

Otras excepciones al cumplimiento de la *Propuesta civil* no son recogidas de modo expreso en el Código civil. Así, la excepción de que el cumplimiento sea desproporcionado; la de que se trate de una obligación personal del deudor (aunque cfr. 1161 CC redactado para proteger al acreedor).

En mi opinión, es acertado que en la regulación general del cumplimiento se disponga su regla y excepciones (art. 1192.II PC). Diferente es si comparto o no la oportunidad de las excepciones de la *Propuesta civil*. Pero, de esto doy cuenta en el estudio de cada una de aquellas.

[14] *El significado del «a menos que»*.—Esta expresión del artículo 1192.II PC puede interpretarse de distintas maneras:

a) Puede considerarse que los apartados 1.º a 4.º del artículo 1192.II PC son excepciones a la regla de que el acreedor pueda exigir el cumplimiento (régimen uniforme). Aquéllas son límites al cumplimiento (delimitan su contorno). El sentido propio de las palabras del artículo 1192.II PC permite esta interpretación (art. 3 CC).⁶⁴ Cuestión distinta es que el deudor haya de alegar en juicio la excepción (principio de rogación), si no quiere ser condenado al cumplimiento específico que le demanda el acreedor.

b) Otra posible interpretación consiste en entender que las «excepciones» al cumplimiento no operan del mismo modo⁶⁵:

b.1) Si la prestación es física o jurídicamente imposible de cumplir (ap. 1.º del art. 1192.II PC), el acreedor no tiene derecho a

⁶⁴ Luis Díez-PICAZO: «a) La acción o pretensión de cumplimiento que aparece regulada en los arts. 1192-1196./ El acreedor si la obligación es dineraria tiene siempre derecho al cumplimiento, pero en las obligaciones distintas de las de pagar dinero, la pretensión de cumplimiento, que se reconoce también queda exceptuada si fuese jurídica o físicamente imposible; si resultase excesivamente onerosa, si la pretensión del cumplimiento fuera contraria a la buena fe o si la prestación era personal del deudor» [(2011) p. 7]. ROCA TRÍAS: «(...), no todo incumplimiento va a dar lugar a la ejecución específica de la obligación, puesto que el art. 1192, contiene cuatro excepciones a la regla de que el acreedor puede exigir el cumplimiento» [(2011) p. 14].

⁶⁵ § 275 BGB: «Exclusión del deber de prestación/ (1) La pretensión a la prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona./ (2) El deudor puede denegar la prestación en la medida en que ésta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, supone un grave desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación. En la determinación del esfuerzo exigible al deudor debe también tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación./ (3) El deudor puede además denegar la prestación si debe cumplirla personalmente y, ponderando los impedimentos que dificultan su prestación con el interés del acreedor a la prestación, no le puede ser exigida./ (4) (...)» [traducción de Albert LAMARCA MARQUÉS, revisión de Jochen BECKMAN (2008) p. 83].

exigir el cumplimiento. La imposibilidad es un hecho físico o tiene por causa una disposición legal. Otra cosa es, como he apuntado, que si el acreedor exige al deudor el cumplimiento, éste haya de alegar su imposibilidad si quiere no ser condenado al cumplimiento específico. Por otro lado, en su demanda, el acreedor puede solicitar el cumplimiento; y subsidiariamente, para el caso de que no sea posible, el cumplimiento por equivalente (o/y la indemnización de daños)⁶⁶.

b.2) Si el cumplimiento o su ejecución forzosa resultan excesivamente onerosos para el deudor (ap. 2.º del art. 1192.II PC), puede entenderse que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento, pudiendo el deudor oponerse a ello, lo cual es probable que suceda⁶⁷. No obstante, puede haber algún caso que al deudor no le interese oponerse a la pretensión de cumplimiento que el acreedor le exige. Por ejemplo, una empresa con grandes recursos económicos puede considerar oportuno cumplir (por prestigio comercial u otro valor o consideración) pese al carácter extraordinariamente gravoso del cumplimiento⁶⁸. En el «a menos que», referido al apartado 2.º, destaca, desde la perspectiva del Derecho sustantivo, la decisión del deudor.

b.3) La no exigibilidad del cumplimiento, si exigirlo es contrario a la buena fe (ap. 3.º del art. 1192.II PC) conecta con el artículo 7.1 CC. Puede considerarse que se está ante un límite del derecho del acreedor al cumplimiento. Ahora bien, procesalmente, el deudor ha de oponerlo al acreedor⁶⁹.

b.4) Sobre la prestación «personal» del deudor (ap. 4.º del art. 1192.II PC) puede considerarse que el acreedor no tiene derecho a exigir el cumplimiento (aplicación estricta del *nemo ad factum praecise cogi potest*), pero el deudor ha de alegarlo para que opere (principio de rogación). También es posible la otra interpre-

⁶⁶ Por ejemplo, se celebra compraventa de un inmueble, que no entrega el vendedor, incumpliendo el contrato. El vendedor no puede entregarlo porque lo enajenó a un tercero de buena fe protegido por el Derecho. El comprador solicita el cumplimiento, que resulta no posible, y en su defecto el valor del inmueble. Cfr. art. 1491 PCV. Para el Derecho alemán, EBERS informa de que la imposibilidad del § 275 (1) BGB (transcrito en la nota que antecede a esta) implica que la prestación se extingue *ipso iure*, siendo ello apreciable de oficio [(2006) p. 49]; *vid.* ZIMMERMANN, A «Los medios de tutela» (2005, 2008 de la trad.) p. 46; MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) pp. 413 y 418.

⁶⁷ Para el supuesto del § 275 (2) BGB (transcrito en la segunda nota anterior), EBERS indica que se ha configurado dogmáticamente como una excepción que ha de alegar el interesado [(2006) p. 49]; *vid.* ZIMMERMANN «Los medios de tutela» (2005, 2008 de la trad.) p. 48; MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) pp. 413 y 418.

⁶⁸ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003) p. 255. De todos modos, si por causa de las razones expuestas en el texto el deudor quiere cumplir, lo normal será que no llegue a plantearse el problema de la excesiva onerosidad: el deudor cumplirá voluntariamente en el momento exigido por la obligación.

⁶⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 7.1» (1993), 2.ª ed., tomo II, p. 39; *vid.* desde p. 37, pp. 47-48.

tación, la de que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento, pero el deudor dispone de la posibilidad de oposición.

[15] *Los otros remedios.*—Que en ciertos casos el acreedor no pueda obtener el cumplimiento, no conlleva que no pueda disponer de los otros remedios por incumplimiento. De ellos dispondrá, si se reúnen los respectivos requisitos de aplicación. Por ejemplo, si la obligación de dar cosa determinada deviene imposible, el acreedor puede ejercitar todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de la cosa (art. 1196 PC, en la regulación del cumplimiento), o puede resolver la relación contractual (por tratarse de un incumplimiento esencial); en el incumplimiento inexcusable a efectos del remedio indemnizatorio (art. 1209 PC), el acreedor podrá exigir la indemnización de daños⁷⁰.

[i] Artículo 9:103 PECL:

«Damages Not Precluded

The fact that a right to performance is excluded under this Section does not preclude a claim for damages»⁷¹.

[16] *Propuesta sobre compraventa.*—En contraste con el «a menos que» del artículo 1192.II PC, el artículo 1484 primera regla PCV dispone expresamente que el vendedor (deudor) puede oponerse al cumplimiento en ciertos supuestos (imposibilidad, excusi-

⁷⁰ En relación con el Código civil, si la prestación deviene imposible y es imputable al deudor (art. 1182 CC *a contrario*), el acreedor puede exigir el valor de dicha prestación, habiendo, como es conocido, dos opiniones doctrinales: *a*) La de quienes consideran que dicho valor se encausa en el cumplimiento por equivalente (*aestimatio rei*) y no en la indemnización de daños. No hay un artículo en el Código civil que expresamente lo disponga así, pero se busca el apoyo en «el precio» de los artículos 1136, 1147, 1150 CC; la jurisprudencia se ha apoyado en los artículos 18.2 LOPJ, 706 LEC, 1096, 1098 CC. Esta construcción sería una reminiscencia de la *perpetuatis obligationis* del Derecho romano. A la *aestimatio rei* no se le aplica el régimen de los artículos 1101 ss. CC. *b*) La de quienes consideran que el valor de la prestación imposible es una partida indemnizatoria que encaja en los artículos 1101 y ss. (que, con una interpretación estricta del Código civil, señalan una responsabilidad por culpa) [información: SÁNCHEZ CASTRO, *ADC* (2010) pp. 1726-1730; para la jurisprudencia que lo encausa como partida indemnizatoria: pp. 1730-1731; la que lo encausa como pretensión distinta e independiente de los daños (el autor destaca el hecho de que las sentencias sean recientes): pp. 1732-1736; para el cumplimiento por equivalente cuando la ejecución de sentencia es imposible: pp. 1736-1740]. SÁNCHEZ CASTRO es partidario de la segunda interpretación expuesta (*vid.* sus consideraciones críticas sobre la jurisprudencia que separa cumplimiento por equivalente e indemnización de daños: pp. 1740-1741, 1747, 1755-1756; sobre cómo procede la jurisprudencia a valorar o calcular el cumplimiento por equivalente en las obligaciones de dar: pp. 1747-1755). *Vid.* CARRASCO PERERA (2010) núm. 26 pp. 1069-1070. En la *Propuesta civil*, la *aestimatio rei* se encausa en la indemnización de daños [cfr. arts. 1196 y 1210 PC; *infra* [141] b)]. *Vid.* STS, 1.ª, 10 de marzo de 2009, Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, FD 3.º, letras A) y B).

⁷¹ Si el acreedor no puede exigir el cumplimiento, tendrá derecho a la reparación de los daños, excepto si el incumplimiento es excusable según el artículo 8:108 PECL, *Excuse Due to an Impediment*. Cfr. § 283 BGB.

va onerosidad, desproporción)⁷². Para los vicios jurídicos, el artículo 1491 PCV dispone, también de modo expreso, que el vendedor puede oponerse al cumplimiento si no está a su alcance hacerlo o le supone una excesiva onerosidad⁷³. En la *Propuesta sobre compraventa* es claro que, ante la exigencia del cumplimiento por parte del comprador, el vendedor ha de oponerse si quiere no cumplir.

[17] *Orden que se va seguir*.—A continuación analizo cada uno de esos cuatro apartados del artículo 1192.II PC y otros aspectos, no contemplados en aquél.

B) *Primera «excepción»: la prestación es jurídica o físicamente imposible: el artículo 1192.II.1.º PC. Breve mención de la distinción entre imposibilidad de cumplir, dificultad extraordinaria de cumplir y dificultad en el cumplimiento*

[18] *Propuesta civil*.—En el Código civil, la imposibilidad física o legal de cumplir es un límite al cumplimiento forzoso y específico (arts. 1182, 1184, 1156 CC). El Código civil contempla la estricta imposibilidad. Pero la «imposibilidad» ha sido objeto de amplio desarrollo y caracterización por parte del Tribunal Supremo y estudiada por los autores⁷⁴. La conocida STS, 1.ª, 30 de abril de 2002 (Pte. Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández; El Derecho EDJ 2002/13110) es un buen ejemplo de lo que indico. Su FD 7.º recoge un extenso e interesante resumen (*obiter dicta*) de la «imposibilidad» y de su desarrollo jurisprudencial:

«Esta Sala, en profusa jurisprudencia, ha abordado las cuestiones de mayor interés que suscita la aplicación de los artículos cuya infracción se denuncia en el recurso, y tiene declarado:

1. La regulación de los arts. 1272 y 1184 (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar *ex art.* 1182 (SS 21 de febrero de 1991, 29 de octubre de 1996, 23 de junio de 1997) recoge una manifestación del principio *ad impossibilia nemo tenetur* [SS 21 de enero de 1958 y 3 de octubre de 1959), que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles (*impossibilium nulla obligatio est*: D. 5, 17, 1185 (*sic*]), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor (SS 15 de febrero y 21 de marzo de 1994, entre otras).

⁷² Vid. núm. 19 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

⁷³ Vid. el primer núm. 25 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

⁷⁴ Sobre los tipos de imposibilidad, imputable/no imputable, física/legal, total/parcial, definitiva/transitoria, objetiva/subjetiva, absoluta/relativa: CASTILLA BAREA (2000) pp. 145-200.

2. La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística –atendiendo a los «casos y circunstancias»– (SS de 10 de marzo de 1949, 5 de mayo de 1986 y 13 de marzo de 1987), pudiendo consistir en una imposibilidad física o material (la Sentencia de 16 de diciembre de 1970 se refiere también a la moral, y la de 30 de abril de 1994 a la imposibilidad económica), o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica (SS, entre otras, de 15 de diciembre de 1987, 21 de noviembre de 1958, 3 de octubre de 1959, 29 de octubre de 1970, 4 de marzo, 11 de mayo de 1991 y 26 de julio de 2000).

3. A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria (S., 6 de octubre de 1994), pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad (SS, entre otras, 8 de junio de 1906, 10 de marzo de 1949, 6 de abril de 1979, 5 de mayo de 1986, 11 de noviembre de 1987, 12 de mayo de 1992, 12 de marzo de 1994 y 20 de mayo de 1997), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la Sentencia de 6 de octubre de 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo (SS, entre otras, de 15 y 23 de febrero, 12 de marzo y 6 de octubre de 1994).

4. La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (S. de 13 de marzo de 1987) –que sólo tiene efectos suspensivos (S. de 13 de junio de 1944)–, y la derivada de una situación accidental del deudor (S. de 8 de junio de 1906).

5. No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida (SS. de 22 de febrero de 1979 y 11 de noviembre de 1987).

6. Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible (Sentencia de 20 de marzo de 1997). La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él (SS de 2 de enero de 1976 y 15 de diciembre de 1987), o le es imputable (SS de 7 de abril de 1965, 7 de octubre de 1978, 17 de enero y 5 de mayo de 1986, 15 de febrero de 1994, 20 de mayo de 1997), y existe culpa cuando se conoce la causa (SS de 15 de febrero y 23 de marzo de 1994, 17 de marzo de 1997 y 14 de diciembre de 1998), o se podía conocer (S. de 15 de febrero de 1994), o era previsible (SS. de 7 de octubre de 1978, 15 de febrero de 1994, 4 de noviembre de 1999), aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya (S. de 23 de febrero de 1994). La Sentencia de 17 de marzo de 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanísticas de la finca.

7. No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (SS de 8 de junio de 1906, 7 de abril de 1965, 6 de abril de 1979, 12 de marzo de 1994, 20 de mayo de 1997, entre otras). La Sentencia de 14 de febrero de 1994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la Sentencia de 2 de octubre de 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento.

8. Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad (art. 1182; y S de 23 de febrero de 1994).»

[19] Sobre el artículo 1192.II.1.º PC:

a) Es lógico exceptuar el cumplimiento, si *la prestación es física o jurídicamente imposible*. La imposibilidad física responde a la naturaleza de las cosas. Si me obligo a dar una concreta cosa (obligación específica) y parece antes de que sea exigible mi obligación, es claro que no podré entregarla (art. 1182 CC). Otras veces, por ejemplo, el legislador prohíbe comercializar con cierto bien (prohibición total) y ello tiene lugar antes de que sea exigible la obligación; o exige una autorización pública para poder cumplir el contrato y es denegada por la autoridad competente de modo definitivo (cfr. art. 1184 CC). Son éstas imposibilidades de origen legal.

b) El tenor literal del artículo 1192.II.1.º PC permite incluir *la imposibilidad sobrevenida y la originaria*. En principio, no plantea cuestión la imposibilidad sobrevenida (cfr. arts. 1182, 1184 CC). Sobre la originaria, conviene hacer alguna indicación⁷⁵.

En el Código civil, si la prestación es inicialmente imposible, el contrato es nulo o ineficaz (arts. 1261.2.º, 1272, 1460.I CC). En la *Propuesta civil*, la imposibilidad originaria de la prestación no produce, por ese mero hecho, la nulidad del contrato (art. 1303 PC). Pero si hay más elementos que la mera imposibilidad originaria de la prestación, el contrato, podría, por ejemplo, anularse por error (art. 1298 PC) o por dolo *in contrahendo* (art. 1300 PC). Sentada la validez del contrato, las *Propuestas civil* (arts. 1450 y 1460 PC) y *sobre compraventa* (art. 1450 PVC)⁷⁶ disponen que la imposibilidad originaria de entregar la cosa «no impide al comprador que hubiera contado razonablemente en su posibilidad de ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos». Y en el régimen del cumplimiento, el acreedor no puede exigir el cumplimiento si la prestación es imposible jurídica o físicamente (art. 1192.II, 1.º PC).

c) El tenor literal del artículo 1192.II.1.º PC permite incluir *la imposibilidad absoluta*, la *total* y tanto la *imputable* como la *inimputable*.

d) El artículo 1192.II.1.º PC incluye a *la imposibilidad definitiva*.

⁷⁵ Traté de ello: FENOY PICÓN (2010) [51]-[63] pp. 100-125.

⁷⁶ En la *Propuesta de Modernización* se repite la misma norma en los artículos 1450 y 1460. La *Propuesta sobre compraventa* sólo contiene el artículo 1450.

Sobre la *imposibilidad temporal* (transitoria) y el artículo 1192.II.1º PC, conviene recordar la conocida STS (civil) de 13 de junio de 1944 (Aranzadi RJ 893; primera sentencia)⁷⁷. En esta sentencia, el Alto Tribunal calificó la guerra de fuerza mayor y señaló que hubo imposibilidad pasajera con efecto suspensivo sobre la obligación; cesada la fuerza mayor (la guerra) la obligación revive. En su segunda sentencia, el Tribunal Supremo revisó el contrato (al respecto *infra* [24] [i] b).

[i] STS (civil) 13 de junio de 1944, cdo 3.º de la primera sentencia:

«Que la fuerza mayor dimanante de la guerra, operando en obligaciones genéricas por ella afectadas, no produce en principio efectos extintivos por imposibilidad absoluta y permanente de cumplimiento, en atención a que el género no perece, pero produce corrientemente imposibilidad pasajera con efectos meramente suspensivos en aquellos casos en que, al cesar la actuación de la fuerza mayor, revive la obligación contraída si llena entonces la finalidad buscada por los interesados al tiempo de la celebración del contrato, y en este aspecto bien se advierte que no hubo al producírsela liberación obstáculo insuperable para la entrega del género vendido en las condiciones pactadas, salvo en la referente a la fecha de la entrega que, en casos como el de autos, es requisito accidental, constitutivo de simple demora amparada con efectos liberatorios por la fuerza mayor, y no entra en juego como elemento esencial y determinante del contrato, como entraría en obligaciones a fecha fija en que la prestación a destiempo contraría sustancialmente el fin perseguido y anula o resuelve la obligación en cuanto a su cumplimiento *in natura*».

Teniendo presente el espíritu y la finalidad del artículo 1192.II.1º PC (art. 3 CC), puede entenderse que aquél incluye la imposibilidad temporal, en tanto lo sea.

Más allá del artículo 1192.II.1º PC, el párrafo III del artículo 1209 PC, en sede de indemnización de daños, impone al deudor, que si conoce el hecho o circunstancia que le impide cumplir, informe de ello sin demora al acreedor (sobre ello *infra* [136]). Entiendo que esa obligación de información es asimismo exigible al deudor, en relación con el remedio del cumplimiento (su fundamento es el deber de colaboración que ha de mediar entre los contratantes con base en la buena fe objetiva).

⁷⁷ Caso: Compraventa mercantil y genérica de aceite de orujo, celebrada el 27 de junio de 1936; el 4 de julio de 1936 el comprador pagó el precio; el vendedor no cumplió su obligación por el inicio de la guerra de 1936/1939; terminada ésta, el comprador exigió el cumplimiento al vendedor; la Audiencia declaró extinguida la obligación de entrega del aceite; en casación, la discusión jurídica versó sobre si la obligación del vendedor se había o no extinguido; la obligación genérica no se había especificado.

[i] El artículo 7.2.2 (a) Principios UNIDROIT recoge la presente excepción al cumplimiento:

«Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;»⁷⁸.

[ii] Lo mismo hace el artículo 9:102 (2) (a) PECL:

«(a) performance would be unlawful or impossible; or».

[20] *Imposibilidad, prestación exorbitante y dificultad de cumplir*.—En la Teoría general del incumplimiento contractual se diferencia entre imposibilidad de cumplir (no es posible el cumplimiento), dificultad extraordinaria de cumplir o prestación exorbitante (materialmente puede cumplirse pero jurídicamente se permite la no exigibilidad del cumplimiento) y dificultad en el cumplimiento (puede y debe cumplirse). En ocasiones, la dificultad extraordinaria de cumplir o prestación exorbitante, que el Código civil no regula, se ha equiparado, a efectos de su tratamiento jurídico, a la imposibilidad de cumplir: extinción de la obligación y consiguiente liberación del deudor de cumplir la obligación originaria⁷⁹. En cambio, en la (mera) dificultad de cumplir, el deudor

⁷⁸ Es particularidad de los Principios UNIDROIT, dedicar unos preceptos al problema de cómo incide en el contrato la exigencia de autorización pública, junto con otros aspectos conexos (arts. 6.1.14 a 6.1.17 Principios UNIDROIT). En el Comentario 3.º del artículo 7.2.2 se alude a tal cuestión. Sólo me interesa indicar que, en dicho Comentario, se señala que si la denegación de la autorización pública afecta a la validez del contrato, ello determina su nulidad; no surge la cuestión de la ejecución forzosa de la obligación. Pero si la denegación de la autorización convierte en imposible la prestación, no afectando a la validez del contrato, se aplica esta excepción del artículo 7.2.2 (a) Principios UNIDROIT [Principios UNIDROIT (2004) p. 219]. Artículo 6.1.17 Principios UNIDROIT: «(Autorización denegada)/ (1) La denegación de una autorización que afecta la validez del contrato comporta su nulidad. Si la denegación afecta únicamente la validez de algunas cláusulas, sólo tales cláusulas serán nulas si, teniendo en cuenta las circunstancias, es razonable mantener el resto del contrato./ (2) Se aplican las reglas del incumplimiento cuando la denegación de una autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato». De la lectura del correspondiente Comentario al artículo 6.1.17 Principios UNIDROIT se percibe que la regla de que la denegación de la autorización que afecta a la validez del contrato produce su nulidad, se refiere, fundamentalmente, a casos en los que la validez del contrato se ha condicionado a la obtención de la autorización (dicho de otro modo, contrato del que surge una obligación condicional; de todas formas no aparece muy claro o preciso) [Principios UNIDROIT (2004) pp. 187-188].

⁷⁹ ALBALADEJO: «En mi opinión, y partiendo siempre de la base de que la prestación se haga, no simplemente más difícil, sino de una dificultad *extraordinaria* [y –si es del caso– concurren en general, los requisitos que se señalan más adelante (se remite a la modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas)], la solución debe ser que la obligación sea *revisable*, para así poder *reducirla* al equivalente de la primitiva onerosidad (en sentido vulgar) de la prestación, y sólo si no es reductible, se extinguirá, por equipararse a lo imposible» [cursiva del autor; (2004) p. 303]; «7.º Finalmente –para no alargar esta breve exposición de teorías [en § 78: «Modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas»]– no falta quien cree que la alteración de las circunstancias, al hacer muy gravoso el cumplimiento del contrato para una de las partes, constituye un caso de fuerza mayor que extingue la obligatoriedad de aquél» [(2004) p. 466]; y en nota 5 en dicha p. 466, ALBALADEJO advierte: «Obsérvese la diferencia conceptual de enfoque que supone esta última teoría (*no hay que cumplir PORQUE ha habido extinción por*

sigue obligado a cumplir, pese al mayor esfuerzo que ello le supone comparado con el esfuerzo que previó en el momento de la celebración del contrato. Esto se justifica en la regla del *pacta sunt servanda* (art. 1091 CC; cfr. art. 1104 CC).

Para la *Propuesta civil*, no hay necesidad de proceder a una construcción doctrinal como la descrita para el Código civil: pues la dificultad extraordinaria de cumplir se regula en los artículos 1192.II.2.º y 1213 PC, de los que paso a dar cuenta.

C) *Segunda «excepción»: el cumplimiento, o en su caso, la ejecución forzosa resultan excesivamente onerosos para el deudor: el artículo 1192.II.2.º PC. La alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato: los artículos 1213 PC y 61 PM*

[21] *Propuesta civil*.—El artículo 1192.II.2.º PC se aplica a casos en los que al tiempo de la celebración del contrato era razonable que el acreedor pudiera exigir del deudor el cumplimiento específico, pero, con posterioridad, antes de la fecha de la exigibilidad de la obligación y por una incidencia sobrevenida, el coste del cumplimiento se ha transformado en excesivamente oneroso o gravoso para el deudor en relación con la utilidad que el cumplimiento proporciona al acreedor. Por ejemplo: el deudor ha de entregar un anillo en cierto lugar; en su transporte por barco hacia el lugar de entrega, el anillo cae al fondo del lago; es posible drenar el lago, pero su coste es desproporcionado si se tiene en cuenta el interés del acreedor (*vid. infra* nota 105).

Comparado con el Código civil, el artículo 1192.II.2.º CC es novedad. El Código civil no se refiere de modo expreso al supuesto descrito, pero el artículo 7 CC permite fundamentar que el deudor pueda oponerse a cumplir en tales casos⁸⁰.

imposibilidad sobrevenida) respecto a las que estiman que el contrato se resuelve por la alteración de circunstancias (*se resuelve PARA QUE no haya que cumplir, ya que el cumplimiento sería excesivamente gravoso*)» (cursiva y mayúsculas del autor). *Vid.* CARRASCO PERERA (2010) núm. 35, pp. 1007-1008, que hace sus afirmaciones a partir de la *rebus sic stantibus*; CASTILLA BAREA (2000) pp. 192-200.

⁸⁰ Para el Derecho vigente, CARRASCO PERERA: «(ii) Otras veces el deudor se liberará porque la pretensión de cumplimiento del acreedor incurre en un *abuso de derecho objetivo*» (cursiva del autor); y en nota 50 señala: «Ejemplo clásico del deudor que se compromete a entregar un objeto de escaso valor, que luego se hunde en el fondo del mar». El anterior texto continúa: «Ello ocurre cuando por circunstancias sobrevenidas la economía del contrato se reacomoda, de modo que el *coste* del cumplimiento para el deudor devenga exorbitante o la *utilidad* del cumplimiento para el acreedor *se reduzca sustancialmente*» [(2010) núm. 14, p. 982; *vid.* (2010) núm. 29, pp. 1072-1073].

[22] El artículo 1192.II.2.º PC menciona otro supuesto: *que la ejecución forzosa sea excesivamente onerosa*. ¿A qué puede referirse? Expondré algunos datos; después mi opinión.

Primer dato.—El tenor literal del artículo 1192.II.2.º PC posee gran semejanza con el del artículo 7.2.2 (b) Principios UNIDROIT; según este último, en la «obligación distinta a la de pagar una suma de dinero» el acreedor puede reclamar la prestación «a menos que: / (...) / b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa». En el Comentario 3.b del artículo 7.2.2 (b) Principios UNIDROIT se señala la razón de la excepción: se ha tenido en cuenta «que en los ordenamientos jurídicos del *common law* es el tribunal y no los acreedores quien supervisa el cumplimiento de una orden de proceder al cumplimiento específico de una obligación»⁸¹. Por ello, en ciertos casos (en especial para las prestaciones duraderas) los tribunales rehúsan ordenar el cumplimiento específico si ello implica «una tarea injustificadamente onerosa para los jueces»⁸². Frente al artículo 7.2.2 (b), el artículo 1192.II.2.º PC refiere el carácter excesivamente oneroso de la ejecución forzosa «para el deudor». Recoge un supuesto distinto del contemplado en los Principios UNIDROIT.

Segundo dato.—Con el término «cumplimiento», el artículo 1192.II.2.º PC se refiere al ejercicio judicial del cumplimiento, si tenemos presente que la Sección en la que se encuentra se rubrica «De la acción de cumplimiento». Ante la demanda del acreedor exigiendo el cumplimiento forzoso, el deudor puede alegar (acreditándolo) que el cumplimiento es excesivamente oneroso y no ser condenado al mismo (regla que entiendo puede aplicarse, con las oportunas adaptaciones, al posible ejercicio extrajudicial del cumplimiento).

Mi interpretación sobre el «o, en su caso, la ejecución forzosa» del artículo 1192.II.2.º PC.—Considero que se refiere al supuesto en que hay sentencia de condena al cumplimiento específico, sentencia no ejecutada voluntariamente por el deudor, y ante ello, el acreedor insta su ejecución forzosa. Puede ocurrir que la ejecución forzosa de ese título judicial suponga un cumplimiento excesivamente oneroso para el deudor. Para este otro caso, el artículo 1192.II.2.º PC prescribe la no ejecución del contenido originario del título ejecutivo. Esta interpretación incide en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ en adelante) según el cual: «[l]as sentencias se ejecutarán en sus propios térmi-

⁸¹ Principios UNIDROIT (2004) p. 219.

⁸² Principios UNIDROIT (2004) p. 219. *Vid.* ZWEIGERT/KÖTZ (1998) 3rd. ed., p. 481, también p. 482.

nos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. (...)». La excesiva onerosidad de la ejecución forzosa no es la imposibilidad de cumplir a que se refiere el artículo 18.2 LOPJ, interpretado de modo estricto y literal. Apartando la cuestión clave de que una ley ordinaria (*Propuesta civil*) no puede modificar una ley orgánica (LOPJ), el artículo 1192.II.2.º PC establecería otra expresa excepción a la regla de que las sentencias han de ejecutarse en sus propios términos.

Situados en este punto, conviene recordar la información que Morales Moreno ofrece de dos sentencias cuando analiza el artículo 9:102 (2) (b) PECL (con el cual concuerda el art. 1192.II.2.º PC). La primera sentencia se refiere a la ejecución forzosa; la segunda, a la acción de cumplimiento en el procedimiento previo al de ejecución. Tras ello, me referiré a los Principios UNIDROIT y a los PECL.

[i] «Un ejemplo nos lo presenta el caso de la STC de 17 de noviembre [*sic*, octubre] de 1991 (“BOE” 15 de noviembre de 1991). El demandado había sido condenado, por sentencia, a dejar libre de todo depósito de materiales la propiedad del demandante, pero en el momento de la ejecución se estima que tal sentencia es, en sus propios términos, de imposible ejecución, pues la operación de limpieza del terreno tiene un coste superior a cincuenta millones de pesetas, mientras que el valor del terreno sobrepasa ligeramente las ciento dieciséis mil pesetas. Ante la falta de ejecución, el demandante acude al TC. Este no concede el amparo solicitado. Entre otras razones estima que la pretensión del demandante relativa a la ejecución de la sentencia en sus propios términos constituiría un abuso de derecho o un ejercicio antisocial del derecho de propiedad, en razón de sus consecuencias desproporcionadas. Lo que en este caso se justifica desde las limitaciones del derecho de propiedad, utilizando la doctrina del abuso del derecho, puede también justificarse desde la perspectiva del derecho de crédito y los límites de su satisfacción *in natura*.

El TS, en su sentencia de 2 de julio de 1998, vuelve sobre el mismo problema y afirma: “Es innegable que la ejecución pretendida por la parte recurrente, aunque exactamente no sea técnicamente imposible de llevar a cabo, sí, su cumplimiento, supondría una realización de obras cuyo costo es absolutamente desproporcionado, sino que, además, (...) significaría un gravamen desproporcionado.” “Una ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar”». ⁸³

⁸³ Luis Díez-PICAZO/E. ROCA TRÍAS/A. M. MORALES (2002) pp. 341-342. *Vid.* MORALES MORENO, «Pretensión de cumplimiento» (2006) pp. 68-70.

[ii] El artículo 7.2.2 (b) Principios UNIDROIT, transcrito antes, dispone para la obligación distinta de pagar dinero, que puede reclamarse su cumplimiento, a menos que «la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;».

a) En el Comentario 3.b se justifica la excepción del artículo en el principio general de la buena fe y la lealtad negocial⁸⁴. Se ofrece este ejemplo: un buque naufraga siendo posible su recuperación del mar; pero, el cargador no puede exigir el cumplimiento del contrato de transporte, si ello conlleva al naviero gastos muy por encima del valor del petróleo⁸⁵.

[iii] El artículo 9:102 (2) (b) PECL dispone para las obligaciones *non-monetary* que su cumplimiento específico no puede obtenerse si el:

«(b) performance would cause the debtor unreasonable effort or expense; or».

a) En el *Comment F* se ofrece un ejemplo que en esencia coincide con el que se ilustra el Comentario oficial de los Principios UNIDROIT: A vende a B su yate «Eliza», prometiendo entregarlo en el domicilio de B; en ruta para ser entregado, otro barco choca con el «Eliza» y se hunde; el coste de reflotar el «Eliza» es cuarenta veces superior a su valor; el coste de obligar a A a cumplir su prestación es irrazonable.⁸⁶

Otras veces el cumplimiento puede ser inútil al acreedor y forzar al cumplimiento puede ser vejatorio para el incumplidor (art. 1:201 PECL, *Good Faith and Fair Dealing; Comment F*). Se pone este otro ejemplo: A arrienda su granja por cinco años a una compañía minera; B promete restaurar el terreno tras completar la operación de minería; entretanto, A decide arrendar el terreno (para después de que B se lo restituya) a la Armada, para ser utilizado como área de entrenamiento para tanques; si B ha de gastar 29,000 dólares para restaurar el terreno y su valor se incrementaría sólo 300 dólares, la restauración es irrazonable.⁸⁷

⁸⁴ Principios UNIDROIT (2004) p. 219. Artículo 1.7 Principios UNIDROIT: «(Buena fe y lealtad negocial)/ (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional./ (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber».

⁸⁵ Principios UNIDROIT (2004) p. 219.

⁸⁶ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 396. El mismo ejemplo en *Comment F* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 831].

⁸⁷ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 396. Lo mismo: *Comment F* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2000) I p. 831]. En dicho *Comment F* del artículo III.-3:302 DCFR se indica que para decidir si el incumplimiento es irrazonablemente oneroso o caro puede ser relevante tener en cuenta si el acreedor puede fácilmente obtener el cumplimiento en otra fuente y reclamar su coste del deudor. Ejemplo: A vende y entrega una máquina a B; entregada, B descubre el carácter defectuoso de un ajuste de la máquina que fácilmente puede subsanarlo un competidor; A no dispone de ingenieros en 300 kilómetros alrededor del lugar de negocios de B, por lo que tendría gastos irrazonables si tuviera que enviar un ingeniero para hacer algo que puede hacerse a nivel local; A ofrece pagar el ajuste que haga un ingeniero local; si B puede lograr que una firma local lo haga, B no podrá exigir que lo lleve a cabo A [*op.cit.* p. 831].

[23] El tenor literal del artículo 1192.II.2.º PC tiene un ámbito potencial de aplicación mayor del expuesto. Esto me permite plantear dos cuestiones: una, si el artículo 1192.II.2.º PC incluye el supuesto de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato; la otra –más allá del artículo 1192.II.2.º y dentro de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato– si el deudor puede suspender unilateralmente el cumplimiento de su prestación originaria (por supuesto, decisión cuyo riesgo asume).

Antes de responder, conviene conocer cómo regulan y resuelven estas cuestiones los Principios UNIDROIT y los PECL.

a) *Primera cuestión.*—En el Comentario 3.b del artículo 7.2.2 Principios UNIDROIT se relaciona la excepción de la letra (b) de dicho artículo con la «Excesiva onerosidad (*Hardship*)» de los artículos 6.2.1 a 6.2.3⁸⁸. Se indica: «En lo que respecta a otras posibles consecuencias (distintas del cumplimiento específico) que surgen de un cambio drástico de circunstancias que conforman una situación de excesiva onerosidad (*hardship*), véase los arts. 6.2.1 y ss.»⁸⁹.

En el *Comment F* del artículo 9:102 (2) (b) PECL se señala que el cumplimiento no puede exigirse si supone al incumplidor un esfuerzo o gasto irrazonable, y que no se precisa de una regla que establezca cuando el esfuerzo o gasto es irrazonable. Se añade, que en este contexto son irrelevantes consideraciones como la razonabilidad de la transacción o lo apropiado de la contraprestación. El artículo 9:102 (b) PECL no se limita al tipo de casos de eventos sobrevenidos cubiertos

⁸⁸ Artículo 6.2.1 Principios UNIDROIT: «(Obligatoriedad del contrato)/ Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*). Artículo 6.2.2 Principios UNIDROIT: [Definición de la “excesiva onerosidad” (*hardship*)]/ Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:/ (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;/ (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;/ (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y/ (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja». Artículo 6.2.3 Principios UNIDROIT: [Efectos de la “excesiva onerosidad” (*hardship*)]/ (1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en que se basa./ (2) (...)/ (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal./ (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:/ (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o/ (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio».

⁸⁹ Principios UNIDROIT (2004) p. 220.

por el artículo 6:111 PECL⁹⁰ y este artículo, como regla más específica, prevalece sobre la sección del cumplimiento.⁹¹

En lo que a mí me interesa y bajo un planteamiento básico, si el caso de cumplimiento excesivamente oneroso se encauza a través de la «Hardship» de los Principios UNIDROIT o del «*Change of Circumstances*» de los PECL, la parte afectada busca la renegociación del contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias, o ponerle fin. Si los contratantes no logran un acuerdo, el Juez puede adaptar el contrato o resolverlo⁹². Sobre la cuestión planteada –si el acreedor puede compeler al cumplimiento específico de la obligación contractual en los términos inicialmente pactados– la respuesta es que no es posible con fundamento en los artículos 7.2.2 (b) Principios UNIDROIT y 9:102 (2) (b) PECL.

b) *Segunda cuestión.*—El artículo 6.2.3 (2) Principios UNIDROIT dispone: «[e]l reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento». La regla se justifica en el «carácter excepcional de la excesiva onerosidad (*hardship*) y (...) [en el] riesgo de posibles abusos de este recurso» (Comentario 4)⁹³. Ahora bien, los Principios UNIDROIT no prohíben que la parte en desventaja pueda unilateralmente suspender el cumplimiento de su obligación, sino que precisan que el

⁹⁰ Artículo 6:111 PECL: «Change of Circumstances/ (1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished./ (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or ending it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract./ (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and/ (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear./ (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) end the contract at a date and on terms to be determined by the court; or/ (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances./ In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing». Un análisis del artículo 6:111 PECL, teniendo presentes los Principios UNIDROIT, § 313 BGB y el Derecho español: SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2002) pp. 1115-1132. Cfr. artículo III.-1:110 DCFR.

⁹¹ Lo dicho: LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 396. *Vid. Comment F* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 831].

⁹² Sobre los poderes del Juez, Comentario 7 del artículo 6.2.3 Principios UNIDROIT [Principios UNIDROIT (2004) pp. 198-199]; *Comment D* del artículo 6:111 PECL [LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 326-327].

Por otro lado, en el Comentario 6 del artículo 6.2.2 Principios UNIDROIT se señala que «[c]onforme a estos Principios, los conceptos de excesiva onerosidad (*hardship*) y de fuerza mayor (*forcé majeure*) pueden presentarse conjuntamente. En este caso le corresponde a la parte perjudicada por los eventos extraordinarios decidir cuál de los recursos invocar. Si alega fuerza mayor (*forcé majeure*) podría ser excusada de cumplir, mientras que si invoca la excesiva onerosidad (*hardship*), en principio lo hará con el propósito de renegociar los términos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias» [*op. cit.* pp. 194-195].

⁹³ Principios UNIDROIT (2004) p. 197.

reclamo de renegociar el contrato no permite *por sí solo* la suspensión del cumplimiento. Dicho Comentario 4 continúa con la afirmación: «[I]a suspensión del cumplimiento se justificará sólo en circunstancias extraordinarias» (se admite pues la suspensión, pero con enfoque restrictivo)⁹⁴.

En los PECL, el artículo 6:111 nada indica sobre la posibilidad de que el deudor suspenda unilateralmente el cumplimiento de la obligación originaria. Pero en el Comentario oficial del artículo se advierte que la víctima que suspende el cumplimiento de su obligación sobre el fundamento de que el cumplimiento es excesivamente oneroso (por ejemplo durante la renegociación del contrato) lo hace a su propio riesgo⁹⁵.

[24] Para dar respuesta a las cuestiones planteadas para la *Propuesta civil* en el marginal [23], he de referirme al artículo 1213 PC. Este precepto es el único artículo del capítulo «De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato» (cap. VIII, tít. I, libro IV PC). Este precepto supera la jurisprudencia de la cláusula *rebus sic stantibus*⁹⁶, fundamentada en la buena fe (arts. 1258, 7 CC; 57 CCO)⁹⁷.

⁹⁴ Principios UNIDROIT (2004) p. 197. Se pone el ejemplo de un contrato para la construcción de una planta industrial; tras su perfección, en el país en el que se va a construir la planta se establecen nuevas reglas de seguridad, que dan lugar a que haya de instalarse otras máquinas además y se altera de modo sustancial el equilibrio del contrato, siendo más oneroso para el constructor. El constructor, entre otras cosas, puede suspender la entrega de las máquinas hasta que no se acuerde la readaptación del precio (*op. cit.* p. 197).

⁹⁵ *Comment A* del artículo 6:111 PECL: LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 324.

⁹⁶ SALVADOR CODERCH, *InDret* (4/2009) pp. 15-20; también pp. 21-24. Sobre la cláusula *rebus sic stantibus* en Derecho español (ámbito de aplicación, presupuestos y consecuencias): AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003) pp. 225-314; MARTÍNEZ VELENCOSO (2003) pp. 89-104 (para los presupuestos de la cláusula *rebus sic stantibus*) y pp. 356-372 (para sus efectos). CARRASCO PERERA: «La afición incontrolada de nuestra doctrina jurídica a importar nomenclaturas extranjeras sin más razón de que son extranjeras ha producido desde hace años un incremento de la confusión y del ruido en torno al problema de la regla exoneratoria tradicionalmente recogida bajo la fórmula *rebus*. Hubo un tiempo que se propuso como cosa cierta que el contenido de la regla *rebus* era primitivo y vulgar, y que debía ser sustituido por otras explicaciones diversas de la regla de exoneración. Así adquirió en nuestra doctrina y en parte de la jurisprudencia patente de corso y rasgo de distinción intelectual el uso de la terminología (creada en Alemania y ahora codificada en el BGB) de “ruptura de la base del negocio”. Hasta el punto de que hoy casi se considera *demodé* seguir hablando de la fórmula *rebus*, en lugar de hacer uso de la nueva fraseología. Lo mismo ocurrió con la fórmula italiana de la “excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación”, con el tópico (popularizado por De Castro) de la “desaparición sobrevenida de la causa”, con la doctrina angloamericana de la “frustración”, o la fórmula del “cambio de circunstancias”, la regla *hardship*, etc. Nosotros vamos a seguir haciendo uso de la fórmula *rebus*, y hacemos merced al lector de evitarle exposiciones empachosas sobre la aparente diferencia entre unas y otras maneras de expresión de la regla exoneratoria. Pues no hay diferencias» [(2010) núm. 40 pp. 1012-1013; pero *vid.* hasta p. 1014; además núm. 41, pp. 1014-1016, y núm. 69 pp. 1043-1045].

⁹⁷ *Vid.* AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003) pp. 125-127, 133, 138-157, en particular desde la p. 154, 160-161, 171; MARTÍNEZ VELENCOSO fundamenta la cláusula *rebus sic stantibus* en la buena fe del artículo 1258 CC [(2003) p. 81; expone distintas opiniones en pp. 76-80; *vid.* además pp. 82-88].

[i] a) La conocida y de clásica cita STS, 1.^a, 17 de mayo de 1957 (primera sentencia, Aranzadi RJ 2164; Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Eyré Varela⁹⁸) indica, entre otras cosas, los presupuestos de la cláusula *rebus sic stantibus*:

«Que lo expuesto es simplemente abundar en la importante doctrina de esta Sala proclamada en diferentes sentencias, en las cuales se sometió a examen la aludida cláusula, (...), siendo las más interesantes de aquéllas la de 14 de diciembre de 1940 (...), 17 de mayo de 1941 (...), 5 de junio de 1945 (...), e incluso la de 13 de junio de 1944 (...): A) Que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida. b) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de ser elaborada y admitida por los Tribunales. D) (*sic*) Que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente. E) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración. b) Una desproporción desorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; y c) Que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles. (...)» (cdo 5.º).

b) Otra antigua sentencia, en mi opinión de interés, es la STS, civil, 13 de junio de 1944 (Aranzadi RJ 893 bis; segunda sentencia). En la primera sentencia se condenó al vendedor al cumplimiento del contrato (entrega de aceite de orujo; *supra* [19] d) [i]); en la segunda sentencia se estima la modificación o revisión judicial del contrato:

«Considerando [3]: Que atento nuestra legislación civil al principio de la autonomía de la voluntad en régimen contractual, que requiere el cumplimiento de lo pactado en los propios términos convenidos, admite, sin embargo, ciertas restricciones por razón de la buena fe que reside la contratación –artículo 1258 del Código Civil y 57 del de Comercio– y, más concretamente, por razón del elemento de justicia objetiva implícito en la exigencia de causa en los contratos, referida esencialmente en los onerosos a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones; de tal suerte que en algunas, aunque contadas situaciones, la Ley permite mitigar el excesivo rigor de aquel principio de autonomía confirmando al juzgador la

⁹⁸ Caso: El 16 de mayo de 1935 se celebró contrato de suministro de envases de hoja de lata (trabajo de litografía); el contrato se cumplió regularmente, interrumpiéndose el cumplimiento por el inicio de la Guerra Civil 1936-1939; finalizada esta, las partes acordaron que el cliente pagase al proveedor cierta cantidad de dinero y que éste cumpliera el resto del contrato en las condiciones pactadas; el proveedor no cumplió el contrato alegando la subida desproporcionada del precio de las materias primas con posterioridad al contrato. El cliente demandó el cumplimiento del contrato. En primera instancia se desestimó la demanda, sentencia confirmada en segunda instancia. El Tribunal Supremo casó en parte y condenó al proveedor al cumplimiento del contrato (segunda sentencia). Esta STS de 17 de mayo de 1957 fue comentada en su día por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ADC* (1958) pp. 1267-1275.

facultad de acomodar lo convenido por las partes a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado al tiempo de ser cumplido lo que se prometió, según es de ver por ejemplo en los supuestos que prevén los artículos 1103, 1124 y 1154 del Código Civil».

«Considerando [4]: Que con caracteres más acusados de posibilidad de moderación de lo convenido se pronuncia nuestra más moderna legislación que, si no es estrictamente aplicable al caso de autos, marca una tendencia que el juzgador debe seguir, máxime cuando al regular la materia de daños producidos por la guerra, proclama reglas de distribución equitativa del quebranto entre todos los interesados (...) mereciendo destacarse en esta última su artículo 7.º que, al enfrentarse con el cumplimiento de ciertas obligaciones pactadas antes del 18 de julio de 1936 manda, sí, que en principio se respeten los precios del contrato, pero autoriza también para modificarlos equitativamente, restableciendo una más justa reciprocidad, en el caso de que las circunstancias posteriores al contrato y derivadas de la guerra hubieren determinado una grave desproporción en las recíprocas prestaciones».

«Considerando [5]: Que, por lo tanto, y no obstante los reparos de algún sector de la doctrina científica, es preciso reconocer la facultad judicial de modificar el contrato, lo que no quiere decir que esto se eleve a rango de principio general, pues no se ha de perder de vista que la Ley establece como norma fundamentalmente rectora del negocio jurídico el axioma *pacta sunt servanda*, por los que sólo con gran cautela y notoria justificación se podrá hacer uso de la citada facultad modificadora».

La solución para el concreto caso:

«Considerando [7]: (...) y por esto no es aventurada la fijación del quebranto por desvalorización de moneda y por aumento del precio del aceite, en más de un cincuenta por ciento del valor de la mercancía contratada, que equitativamente debe repartirse entre comprador y vendedor, no precisamente por mitad, sino conjugando los múltiples factores que concurren en el caso de autos, en términos que sin anular el rendimiento lícito que se espera en el negocio mercantil, mantenga su originario carácter conmutativo y la consiguiente equivalencia de las prestaciones, lo que se puede conseguir, como fórmula más sencilla en este pleito, reduciendo la cantidad de aceite a entregar, sin modificación del precio que ya tiene recibido la entidad vendedora».

[ii] Artículo 1213 PC:

«Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes⁹⁹ o se haya frustrado el fin del contra-

⁹⁹ SALVADOR CODERCH: «Positivamente, hay que distinguir: la primera alternativa –onerosidad excesiva– afecta a una de las partes, perjudicándola o desfavoreciéndola, aunque no se precisa además que beneficie a la otra (así, puede tratarse de un incremento exorbitante de los costes de fabricación del producto sin consecuencias en su precio de reventa)./ El sustantivo “onerosidad” tiene un sentido común (condición de “pesado,

to¹⁰⁰, el contratante al que, atendidas las circunstancias y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato»¹⁰¹.

[25] El artículo 1213 PC regula el supuesto en que el cumplimiento del contrato ha devenido excesivamente oneroso para una de las partes (además del supuesto de la frustración del fin del contrato). El cambio de circunstancias que provoca que el cumplimiento sea excesivamente oneroso ha de ser sobrevenido (tras la celebración del contrato y antes de la fecha de cumplimiento)¹⁰², extraordinario e imprevisible. Sus efectos son, atendiendo a las circunstancias y en particular a la distribución contractual o legal de los riesgos, que el «contratante al que, (...) no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión» con el fin de restaurar la reciprocidad de los intereses contractuales. Si la revisión no es posible o no puede imponerse a una de las partes, el contratante afectado puede pedir la resolución de la relación contractual. Por otro lado, la resolución se concibe como un último recurso: «sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada

molesto, gravoso”, RAE), el cual en derecho de contratos, se relaciona con el equilibrio contractual y su alteración» [*InDret* (4/2009) p. 30].

¹⁰⁰ Vid. SALVADOR CODERCH, *InDret* (4/2009) pp. 32-35.

¹⁰¹ SALVADOR CODERCH señala que el artículo 1213 PC contiene referencias a distintas doctrinas históricas y comparadas basadas en tradiciones culturales; además de la tradicional cláusula *rebus sic stantibus*, se incluye «la base del contrato» tomada de la *Geschäftsgrundlage*, § 313 BGB; la ejecución «excesivamente onerosa», de la *excessiva onerosità* del art. 1467 CC italiano y de la traducción del inglés de la *hardship* del artículo 6.2 Principios UNIDROIT; el artículo 1213 PC alude, alternativamente a «se haya frustrado el fin del contrato» en referencia a la *frustration del Common Law*; también se refiere a «las circunstancias del caso» «especialmente [a] la distribución contractual o legal de riesgos», lo cual conecta con «la doctrina normativa del análisis económico del derecho, según la cual, debe estarse a la asignación *ex ante* de los riesgos contractuales realizada por las partes en el momento de la perfección del contrato» [*InDret* (4/2009) p. 8, *vid.* desde p. 7; pp. 52-53].

¹⁰² En los PECL, el cambio de circunstancias también ha de suceder después de la celebración del contrato. En el *Comment B (ii)* del artículo 6:111 PECL se especifica que si las partes desconocían, en el momento de celebrar el contrato, una circunstancia que en tal momento hacía excesivamente oneroso el contrato para una de las partes, se aplican las reglas del error [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 325; cfr. art. III.-1:110 DCFR]. En cambio, el artículo 6.2.2 (a) Principios UNIDROIT incluye el supuesto en que el evento acontece después de la celebración del contrato, y el del evento existente en dicho momento y que llega a ser conocido después por la parte en desventaja [*vid.* además Comentario 3.a del art. 6.2.2 Principios UNIDROIT, Principios UNIDROIT (2004) p. 192]. *Vid.* AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003) pp. 112-119.

una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato»¹⁰³ (principio de conservación del contrato). Sobre la expresión del artículo 1213 PC –que «no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato»– puede considerarse que encierra que el acreedor no puede compeler al deudor al cumplimiento de la obligación tal y como originariamente se pactó; y que también encierra, que el deudor puede unilateralmente suspender el cumplimiento de la obligación contractual tal y como inicialmente fue pactada; en ambos casos, teniendo presente la contraprestación del otro contratante¹⁰⁴.

[26] En conclusión, puede interpretarse:

a) Si el cumplimiento es excesivamente oneroso para el deudor en relación con el interés que aquél proporciona al acreedor, procede aplicar el artículo 1192.II.2.º PC.

b) Si el cumplimiento es oneroso debido a una alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato, procede aplicar el artículo 1213 PC¹⁰⁵.

¹⁰³ Considera SALVADOR CODERCH que hubiera sido oportuno que el artículo 1213 PC estableciese explícitamente la renegociación del contrato por las partes como paso previo (escalón previo) al conocimiento judicial [*InDret* (4/2009) pp. 8-10, 45-53]. Sobre el «deber» de negociar: CARRASCO PERERA (2010) núm. 48, pp. 1021-1022. También sobre la renegociación del contrato por los contratantes: AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003) pp. 295-304; por otra parte, esta autora reproduce los artículos 1210 y 1211 («De la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación») aprobados en las sesiones celebradas en marzo y abril de 1999 de la Comisión General de Codificación para la modificación del Código civil en materia de obligaciones [(2003) nota 452 en p. 324]: Artículo 1210: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato se han alterado de forma extraordinaria en el curso de su ejecución y las partes, de haber previsto dicha alteración no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con diferente contenido, el contratante que, atendidas las circunstancias del caso y en especial la distribución de riesgos contractual o legal, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato sin modificación, podrá pretender su revisión o su resolución»; artículo 1211: «La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión de las partes una solución que restaure la originaria reciprocidad de intereses del contrato. Demandada por una parte una determinada revisión del contrato o su resolución, podrá la otra parte formular su propuesta de revisión. El Juez podrá señalar un plazo para que la parte que no lo hubiera hecho con anterioridad pueda presentar su propuesta de revisión»; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ informa: «El texto fue aprobado (...), al que se añadió provisionalmente un párrafo, que después se incluiría en el error, recogiendo la doctrina del error bilateral en los siguientes términos: “La misma regla se aplicará cuando se hubiere incidido en una falsa representación de las circunstancias que para ambas partes sirvieron de base al contrato”» [cursiva de la autora; cfr. art. 1213 PC y § 313 BGB; *op. cit.* nota 452 en p. 324]. Cfr. art. 61 PM *infra* [28].

¹⁰⁴ En relación con la cláusula *rebus sic stantibus* y el cumplimiento de la prestación originaria: AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003) pp. 263-264, pp. 285-293, en particular p. 288; p. 23. Sobre el concepto de inexigibilidad y sus consecuencias: MARTÍNEZ VELENCOSO (2003) pp. 282-293.

¹⁰⁵ Sobre la relación entre los §§ 275 (2) [*vid. supra* (65)] y 313 (alteración de la base del negocio) BGB, ZIMMERMANN, por ejemplo, indica que el § 275.II BGB toma en cuenta lo que en el Derecho anterior se llamaba «imposibilidad práctica» (*faktische Unmöglichkeit*) frente a la «imposibilidad económica» (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*). En el § 275.II BGB, el esfuerzo del cumplimiento se mide con base en el interés del acreedor

En ambos casos, aunque sea con distinto apoyo normativo, el deudor puede oponerse al cumplimiento forzoso y específico de la obligación originaria¹⁰⁶.

[27] *Propuesta mercantil*.—También regula la figura de la excesiva onerosidad, superando la aplicación de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* al contrato mercantil¹⁰⁷. Afirmación ésta que es posible, si se admite la aplicación de dicha teoría a la contratación mercantil, lo cual entiendo correcto, pero, algún autor defendió lo contrario. En un citado y antiguo trabajo (del año 1948), Velasco

en recibir la prestación. Pone el habitual ejemplo del anillo de pequeño valor (100 €), que cae a un lago tras su venta y antes de transmitir su propiedad y cuya recuperación ascendería a 100.000 € (por drenar el lago). No es razonable que el deudor asuma esos gastos, cuando el interés del acreedor es de 100 € (valor del objeto). En la «imposibilidad económica» (venta de 1.000 barriles de petróleo cuyo precio aumenta espectacularmente) no puede alegarse el § 275.II, pero tampoco es razonable que el deudor cumpla. En la «imposibilidad económica» no hay desproporción excesiva entre el esfuerzo del deudor y el interés del acreedor en el cumplimiento: este interés no se queda en el nivel de la fase inicial de perfección del contrato, sino que crece y se sitúa en el mismo nivel de esfuerzo del deudor para cumplir; el objeto se ha revalorizado y el acreedor quiere aprovecharlo. El legislador ha de ayudar al deudor y, si lo hace, se aplica otra institución, la modificación del contrato por cambio de circunstancias (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Antes de la reforma, esto lo hacía la jurisprudencia con base en el § 242 BGB (buena fe); tras la reforma está en el § 313 BGB. En los §§ 275 y 313 BGB hay dos problemas conceptualmente distintos. ZIMMERMANN asocia el § 275 con el artículo 9:102 (2) (b) PECL y con el ejemplo del yate «Eliza»; el cambio de circunstancias lo asocia con los artículos 6:111 PECL y 6.2.1 ss Principios UNIDROIT [ZIMMERMANN, «Los medios de tutela» (2005, 2008 de la trad.) pp. 48-50, y nota 36]. MARTÍNEZ VELENCOSO (2003): sobre el § 313 BGB: pp. 34-40, para la relación §§ 275.II y 313 BGB: pp. 178-186; EBERS (2006) pp. 49-51; MARKESINUS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) pp. 413-414.

Sobre el artículo 79 CISG y cláusula *rebus sic stantibus* (y figuras próximas de distintos ordenamientos): SALVADOR CODERCH «Artículo 79 CISG» (1998) pp. 642-644. Cfr. arts. 1467 a 1469 CC ital. 1942; 437 a 439 CC portugués 1966 para la figura de la excesiva onerosidad.

¹⁰⁶ SAN MIGUEL PRADERA indica tres posibles alternativas interpretativas cuando concurren simultáneamente las situaciones de los artículos 1192.II.2.º y 1213 PC, teniendo presente el resto de los remedios por incumplimiento: «(a) Firstly, it could be held that the provision regulating extraordinary changes in circumstances constitutes a special rule, and that as such it takes precedence over the provisions in chapter devoted to remedies for non-performance. This would mean that the consequences of the excessive onerousness (contract review) prevail over the creditor's right to rely on other remedies for non-performance other than demanding performance (such as termination as result of non-performance)./ (b) Another solution could consist in leaving it to the disadvantaged party to decide whether to resort to this remedy and apply for renegotiation of the contract, or alternatively seek to obtain that the creditor may not demand performance. Nevertheless he may well use the other existing remedies for non-performance, including termination./ (c) Finally, another possible solution could be to determine that the provisions on non-performance, and the remedies for it, prevail over the provisions on extraordinary changes in circumstances, in such a way that the possibility of contract revision will only be considered where the debtor has not been relieved of his obligation to perform, in accordance with Article 1192» [ERPL (1-2011) pp. 151-152].

¹⁰⁷ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ señala la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos mercantiles; indica que la afirmación es absolutamente obvia y podría prescindirse de ella, «si no fuera porque desde nuestra doctrina se han alzado algunas voces en contra de la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos mercantiles» [(2003) pp. 248-249 y nota 349 en la que alude a la opinión de Velasco, de la que doy cuenta de inmediato en el texto]. También difiere de la opinión de Velasco, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ADC (1958) pp. 1271-1273.

defendió la no aplicación de dicha teoría: «En conclusión, en nuestro Derecho mercantil no está admitida la doctrina de la cláusula como principio general, sino expresamente rechazada, salvo su aceptación en la legislación excepcional que pueda dictarse para casos de emergencia»¹⁰⁸. La preocupación del autor es la de salvar la seguridad jurídica en la contratación mercantil.

[i] Según Velasco:

«Por otra parte, si la diferencia entre la imposibilidad de la prestación (fuerza mayor) [*sic*] y la extraordinaria dificultad de cumplir radica en que en el primer caso la prestación “no puede” ser cumplida, y en el segundo caso “puede serlo”, en el orden mercantil –de contenido preferentemente económico– el deudor comerciante que por una situación de agobio económico se ve en la imposibilidad de cumplir sus compromisos, no puede pretender la resolución o modificación de sus obligaciones alegando una extraordinaria dificultad económica, tanto si ésta es consecuencia de una marcha desgraciada de sus negocios como si la dificultad procede de acontecimientos extraordinarios y excepcionales aun de carácter general, mientras una norma de excepción no remedie esas situaciones agobiantes. El comerciante que se encuentre en tales casos, o cumplirá sus compromisos, o, por sobrepasar sus pagos, cambiará su situación legal mediante la declaración de insolvencia»¹⁰⁹.

b) La opinión de Velasco justifica que el autor critique la STS, civil, 13 de junio de 1944, que estimó la revisión del contrato (segunda sentencia) y a la que me he referido *supra* [24] [i] b). Dice:

«Nuestro Tribunal Supremo, en dos sentencias de 14 de diciembre de 1940 y 5 de junio de 1945, ha rechazado la aplicación de la doctrina de la cláusula tan equitativa como necesitada de aplicación muy cautelosa, por no estar admitida hasta el presente como norma general y bien perfilada del Derecho español, siquiera puedan registrarse algunos atisbos y aplicaciones aisladas de ella. Por excepción, la sentencia de 13 de junio de 1944, sin plantear de manera expresa la aplicación de la teoría de la cláusula, admitió la modificación contractual por una alteración sobrevenida en las bases previstas para los contratantes, peligrosísimo ensayo, dicho sea con todo los respetos para el Tribunal sentenciador, de la llamada “teoría de la base del negocio”, expuesta por Oertmann, y según la cual, por base del negocio debe entenderse lo que una de las partes o ambas en común piensan respecto de ciertas circunstancias que existan o hayan de presentarse y sobre las cuales descansa su voluntad de concluir el negocio. Basta el solo enunciado de este concepto para comprender la extrema dificultad de su aplicación práctica»¹¹⁰.

¹⁰⁸ VELASCO, *RDM* (1948) p. 437.

¹⁰⁹ VELASCO, *RDM* (1948) pp. 435-436.

¹¹⁰ VELASCO, *RDM* (1948) p. 437.

[28] El artículo 61 PM regula la excesiva onerosidad¹¹¹:

«1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde.

Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en la fecha determinada en los términos que al efecto señala.

2. Se considera que existe excesiva onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos».

[29] Sobre el precepto puede indicarse:

a) Tiene lugar la excesiva onerosidad si, tras la celebración del contrato, se produce un suceso que altera fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, o si el suceso que altera el equilibrio del contrato, existente en el momento de celebración del contrato, se conoce después. Comparando con los Principios UNIDROIT, el segundo supuesto se incluye en la *Hardship*; los PECL lo tratan en las reglas del error (*supra* nota 102).

Junto a lo anterior, el artículo 61.2 PM requiere que el suceso no se haya podido prever por la parte perjudicada, que escape a su control y que aquélla no haya asumido el riesgo de su acaecimiento.

b) Sobre los efectos de la excesiva onerosidad, el perjudicado tiene derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, indicando las razones en las que funda la renegociación. Si en plazo razonable no se logra el acuerdo, cualquiera de las partes puede exigir la adaptación del contrato o su extinción.

c) Hay otro efecto de la excesiva onerosidad con el cual se inicia el tenor literal del artículo 61.1 PM, ubicación que da a entender que a la norma se le atribuye el carácter de regla básica: la parte perjudicada no puede suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas¹¹². Con esto se persigue defender la seguridad en la contra-

¹¹¹ Sección 7.ª «De la extinción y excesiva onerosidad», del Título IV, Libro I PM.

¹¹² En relación con el Derecho chileno, cuyo Código civil no regula el cambio de circunstancias, MOMBERG URIBE señala: «(...) el primer efecto de la imprevisión es el surgimiento del deber de renegociar el contrato con el fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias, siendo, entonces, para esta última un requisito o presupuesto necesario para solicitar posteriormente la modificación o terminación del contrato»; y en relación a si el deudor puede unilateralmente suspender el cumplimiento de su propia prestación, entiende: «Adicionalmente, como regla general, el contrato deberá mantenerse vigente durante el periodo de renegociación, sin que la parte afectada esté facultada para suspender el cumplimiento salvo en casos muy calificados en que tal cumplimiento implique para el deudor perjuicios

tación mercantil, pero, tal vez, sea norma demasiado absoluta. En los Principios UNIDROIT (*supra* [23] b) se dispone que el reclamo de renegociación no autoriza, por sí mismo, para que la parte en desventaja suspenda el cumplimiento (justificado ello en el carácter excepcional de la excesiva onerosidad y en el riesgo de posibles abusos en su uso), y en el Comentario oficial se indica que la suspensión del cumplimiento se justifica sólo en circunstancias excepcionales. Esto es: aunque se exijan circunstancias excepcionales, se admite la existencia de casos en los que puede suspenderse el cumplimiento.

[30] Finalmente, hay que destacar la importante y conveniente novedad de codificar la figura de la excesiva onerosidad, actualizando el Derecho positivo de la regulación general de los contratos (cfr. art. 493.III FN). Otra cosa es si las expuestas regulaciones han de ser mejoradas.

D) *Excurso sobre el concepto de la «desproporción» del cumplimiento: el artículo 1484 PCV*

[31] La desproporción del cumplimiento es una noción específica para el incumplimiento de la falta de conformidad en la compraventa, que el artículo 1484 PCV regula.

[i] Artículo 1484 PCV:

«El vendedor puede oponerse a cualquier modalidad de cumplimiento (...) o que resulte desproporcionada. Se considera desproporcionada aquella modalidad que imponga al vendedor costes que, en comparación con los de la otra, no serían razonables, habida cuenta del valor que tendría la cosa si no existiera falta de conformidad, la relevancia de ésta y el que la modalidad de cumplimiento alternativa se puede realizar sin inconvenientes significativos para el comprador».

[32] Sobre el artículo 1484 PCV he de indicar:

a) Que el vendedor pueda oponerse a la modalidad de cumplimiento (reparación, sustitución) exigida por el comprador, si la misma es desproporcionada, tiene su origen en la Directiva 1999/44 (art. 3.II)¹¹³.

irreparables. En todo caso, el autor estima conveniente el establecimiento de una obligación de “cumplimiento mínimo del contrato” por parte del deudor que requiere la renegociación, que sea adecuada y razonable para los intereses de ambas partes. Esta obligación de cumplimiento mínimo puede corresponder a la oferta de adaptación propuesta por el deudor, sin perjuicio de que su posterior modificación en el curso de las negociaciones» [(2011) p. 89].

¹¹³ Artículo 3.II de la Directiva 1999/44: «Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra

b) La desproporción se concreta mediante la comparación de los costes que genera cada una de las modalidades del cumplimiento (reparación, sustitución)¹¹⁴. Si la reparación de la cosa, requerida por el comprador, genera más costes que su sustitución por otra cosa conforme con el contrato, el vendedor puede oponerse e imponer al comprador la sustitución (lo mismo, viceversa). El artículo 1484 segunda regla PCV dispone los criterios que han de tenerse en cuenta, en la determinación de la desproporción; son: el valor de la cosa sin la falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad, y que la modalidad del cumplimiento alternativo pueda hacerse sin mayores inconvenientes para el comprador.

c) La noción de «desproporción» en el cumplimiento de la *Propuesta sobre compraventa* es novedad normativa, comparado con el Código civil. No lo es, si la comparación se hace con el TRLGDCU. El artículo 119 TRLGDCU¹¹⁵ la recoge hoy, y antes lo hizo el artículo 5 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de consumo¹¹⁶ (LGVBC), ley que incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 1999/44.

Cotejando los artículos 119 TRLGDCU y 5 LGVBC se constata una importante diferencia. El artículo 119.2.II TRLGDCU ordena que la diferencia de gasto entre una y otra modalidad de cumplimiento ha de ser considerablemente más elevada¹¹⁷ para

forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta: /-el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad, / -la relevancia de la falta de conformidad, y/ -si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor». Además, en el Considerando (11) de la Directiva 1999/44: «(11) Considerando que el consumidor podrá en primer lugar exigir al vendedor la reparación o la sustitución del bien salvo si ello resulta imposible o desproporcionado; que deberá determinarse en forma objetiva si esta forma de saneamiento es desproporcionada cuando impone gastos que no son razonables en comparación con otras formas de saneamiento; que para determinar si los gastos no son razonables, los correspondientes a una forma de saneamiento deben ser considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra;».

¹¹⁴ Núm. 19 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*: «La imposibilidad y excesiva onerosidad atienden a la modalidad elegida, en sí misma considerada. La desproporción resulta de una ponderación comparativa de la modalidad elegida y la otra posible, con los criterios que suministra el precepto. Subyace una ponderación del coste beneficio; ello aporta un elemento importante para la protección del vendedor. / La oposición justificada del vendedor a la modalidad de cumplimiento elegida por el comprador limita las alternativas de cumplimiento, de modo que éste sólo podrá hacerse efectivo mediante la otra modalidad. Pero también con respecto a ésta opera el derecho del vendedor a oponerse a su ejecución, si resulta imposible o excesivamente onerosa».

¹¹⁵ TORRELLES TORREA, «Artículo 119 TRLGDCU» (2011) pp. 1094-1095.

¹¹⁶ Artículo 5 LGVBC: «1. Si el bien no fuere conforme con el contrato, el consumidor podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del bien, salvo que una de estas opciones resulte imposible o desproporcionada. (...)/ 2. Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor».

¹¹⁷ Artículo 119.2 TRLGDCU: «Se considerará desproporcionada la forma de saneamiento que en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que no sean

que el vendedor pueda oponerse a la modalidad de cumplimiento ejercitada por el comprador. Esto lo apunta el Considerando (11) de la Directiva 1999/44 (*supra* nota 113). Esta regla de la diferencia notable entre costes del artículo 119.2.II TRLGDCU no la recogía el artículo 5 LGVBC (cfr. *supra* notas 116 y 117). Tampoco lo hace la *Propuesta sobre compraventa*. Debe reflexionarse sobre la oportunidad de su incorporación a la *Propuesta sobre compraventa*.

d) La desproporción encierra una racionalidad económica del ejercicio del remedio del cumplimiento¹¹⁸. Se aplica a la compraventa, pero tiene un potencial aplicativo mayor (a través de la analogía; por ejemplo, para el arrendamiento de cosas). Esto implica construir el concepto con gran precisión técnica.

e) La desproporción del cumplimiento –que implica una comparación entre las dos modalidades de cumplimiento (reparación/sustitución)– es concepto distinto del de excesiva onerosidad en el cumplimiento –la cual fija la atención en la concreta modalidad de cumplimiento considerada en sí misma–. Tal diferencia se resalta en la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

[i] «La imposibilidad y excesiva onerosidad atienden a la modalidad elegida, en sí misma considerada. La desproporción resulta de una ponderación comparativa de la modalidad elegida y la otra posible, con los criterios que suministra el precepto. Subyace una ponderación del coste beneficio; ello aporta un elemento importante para la protección del vendedor.

La oposición justificada del vendedor a la modalidad de cumplimiento elegida por el comprador limita las alternativas de cumplimiento, de modo que éste sólo podrá hacerse efectivo mediante la otra modalidad. Pero también con respecto a ésta opera el derecho del vendedor a oponerse a su ejecución, si resulta imposible o excesivamente onerosa» (núm. 19 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*).

razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario. *Para determinar si los costes no son razonables, los gastos correspondientes a una forma de saneamiento deben ser, además, considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento*» (cursiva mía; es el párrafo nuevo).

¹¹⁸ En la CISG también está presente la idea de que el remedio del cumplimiento cuenta con límites. Según el artículo 46.3 CISG, el comprador puede exigir del vendedor la reparación de las mercaderías para subsanar la falta de conformidad, salvo que «no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias». Indica LÓPEZ Y LÓPEZ que la petición de reparación implica un juicio de racionalidad (hay que tener en cuenta si el comprador puede procurársela y exigir los gastos) [«Artículo 46 CISG» (1998) p. 421]. Similar HONNOLD [(1987 de la trad.) núm. 284 pp. 329-330]. *Vid.* asimismo VIDAL OLIVARES (2005) pp. 76-77.

f) La *Propuesta sobre compraventa* no aplica el concepto de desproporción a la entrega de cosa con vicios jurídicos, lo que se resalta en su EM. En la entrega de una cosa con vicios jurídicos, el vendedor podrá oponerse a la pretensión de cumplimiento del comprador «cuando no esté a su alcance hacerlo» (art. 1491 PCV).

[i] Primer núm. 25 de la *Propuesta sobre compraventa*:

«El nuevo artículo 1491 establece un límite a la pretensión de cumplimiento del comprador, en caso de existencia de un derecho de tercero, de características similares al que se establece en caso de falta de conformidad. Sólo que aquí no resulta necesario acudir al criterio de la desproporción».

E) *Tercera «excepción»: la exigencia del cumplimiento es contraria a la buena fe: el artículo 1192.II.3.º PC*

[33] Considero:

a) Es una cláusula abierta que permite la adaptación y la evolución del remedio del cumplimiento a la realidad social del tiempo en que ha de aplicarse (art. 3.1 CC). Su alcance y contenido han de concretarlo la doctrina de los autores y la jurisprudencia.

b) Puede considerarse que es una aplicación específica del artículo 7.1 CC, norma que completa y recorre transversalmente el Ordenamiento. El artículo 1192.II.3.º PC señalaría la consecuencia de que el acreedor no pueda exigir el cumplimiento de la prestación.

c) Es una regla particular (propia) de la *Propuesta civil*, comparado con los artículos 7.2.2 Principios UNIDROIT y 9:102 PECL. Es probable que el origen del artículo 1192.II.3.º PC tenga algún tipo de relación con algunas de las consideraciones que en su día hizo Pantaleón en su propuesta de reformar la responsabilidad contractual. Por su importancia, las transcribo a continuación:

«(...) El supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento consiste, sencillamente, en que la prestación sea todavía posible, que no resulte física, jurídica o prácticamente imposible para el común de los mortales. Ahora bien, como excepción, el deudor podrá oponerse con éxito a esa pretensión cuando, conforme a [*sic*, la] buena fe (art. 7.º 1 CC), el cumplimiento en las condiciones pactadas no le sea exigible, por concurrir los requisitos de la figura de la “excesiva onerosidad de la prestación” [de la que los arts. 1575 y 1595.III CC y 44 LAR (1983)] proporcionan ejemplos legales; o cuando el ejercicio de la pretensión de cumplimiento deba considerarse abusivo (art. 7.º 2 CC), porque el coste del cumplimiento resulte absolutamente desproporcionado con la utilidad

que proporcionaría al acreedor, en comparación con los otros posibles remedios»¹¹⁹.

«Procede seguir reconociendo esta pretensión [de cumplimiento] al acreedor sin otros límites –junto a la imposibilidad física, jurídica o práctica (a la luz de la naturaleza y contenido del contrato; cfr. 275 BGB-KE) de la prestación– que los generales al ejercicio de los derechos subjetivos (art. 7.º CC), (...)»¹²⁰.

«No es necesario codificar los casos en que el ejercicio de la pretensión de cumplimiento será abusivo: básicamente, cuando el muy elevado coste del cumplimiento resulte desproporcionado con la utilidad que proporcionaría al acreedor en comparación con otros posibles remedios. Pero parece existir cierto consenso [cfr. arts. 1467 CC italiano, 258 Libro 6 NBW, 6.2.1-6.2.3 PCCI (Principios UNIDROIT), 2.117 PDEC (PECL¹²¹), § 306 BGB-KE] sobre la conveniencia de una norma legal relativa a los supuestos de excesiva onerosidad de la prestación, o con más precisión, de desaparición de la base (causa) del contrato. A mi juicio, el supuesto de hecho de dicha norma debería abarcar al menos los tres grupos de casos atinadamente identificados por la doctrina y jurisprudencia alemanas –excesiva dificultad de la prestación, destrucción de la relación de equivalencia, frustración del fin–, y jerarquizar así la consecuencia jurídica: adaptación o reajuste del contrato (preferentemente, por negociación entre las partes, que estarían obligadas a realizarlas de buena fe), cuando resulte razonablemente factible, y si no, resolución. (...)»¹²².

[34] Si la hipótesis planteada sobre la posible influencia de las consideraciones de Pantaleón es cierta; si el artículo 1192.II.2.º PC ha codificado el supuesto en que el cumplimiento es excesivamente oneroso para el deudor, y el artículo 1213 PC, el de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato; y si el artículo 1193.II.3.º PC es una específica aplicación del artículo 7 CC, para lo cual basta dicho artículo 7 CC, creo (por todo ello) que el artículo 1193.II.3.º PC debería suprimirse.

¹¹⁹ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1046. El autor expone el caso americano *Jacobs & Youngs Inc. v. Kent* (1921): uno de los subcontratistas instaló en la vivienda cañerías de una marca, pero, se había pactado la instalación de otra marca de cañerías; el error se descubrió terminadas las paredes; la sustitución implicaba un coste muy elevado y el valor de la vivienda con una y otra marca era el mismo (en el mercado, ambas marcas de cañerías se consideraban de igual calidad). El juez Cadorzo señaló (parecer de la mayoría), si «el coste de corrección del defecto es exagerado e inequitativamente mayor que la ventaja que al dueño de la obra le reporta el arreglo (y no ha existido dolo por parte del contratista), lo que ha de concederse al dueño de la obra no es aquel coste, sino el menor valor de lo construido a causa del defecto» (*op. cit.* p. 1046).

¹²⁰ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1728.

¹²¹ PANTALEÓN PRIETO manejó la primera edición de los PECL, de ahí la cita del artículo 2:117 PECL, después artículo 6:111 PECL. La obra a la que me he referido es *The Principles of European Contract Law*, ed. LANDO/BEALE (1995).

¹²² PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1730.

F) *Cuarta «excepción»: la prestación «personal» del deudor: el artículo 1192.II.4.º PC. La prestación de hacer no personalísima*

[35] Llama la atención el empleo de la expresión «prestación personal», no habitual en nuestra terminología técnico-jurídica. Su empleo tal vez tenga relación con los Principios UNIDROIT y con los PECL.

[i] Artículo 7.2.2 (d) Principios UNIDROIT:

«la prestación tenga carácter exclusivamente personal;».

[ii] Artículo 9:102 (2) (c) PECL:

«the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship, or».

[36] Apuntado lo anterior, en relación con el artículo 1192.II.4.º PC:

a) Puede entenderse que la «prestación personal del deudor» incluye la obligación de hacer personalísima (o infungible)¹²³: aquella que sólo el deudor puede ejecutar de modo satisfactorio para el acreedor por sus especiales cualidades artísticas o/y técnicas o/y científicas, habiéndose ello incorporado a la regla contractual¹²⁴.

[i] En el Comentario del artículo 7.2.2 (d) Principios UNIDROIT se aclara el alcance de la excepción. Se indica que la tendencia moderna lo refiere a prestaciones cuyas características son únicas. No incluye las actividades ordinarias de los abogados, médicos, ingenieros u otras personas, cuyos servicios puedan ser prestados por otros con idéntica preparación y experiencia. Se considera que el cumplimiento es de naturaleza exclusivamente personal, si no es delegable y exige una particular destreza de naturaleza artística o científica, o implica una relación confidencial y personal.¹²⁵ No se incluye la obligación de no hacer¹²⁶.

[ii] En la misma línea que los Principios UNIDROIT, se sitúa el Comentario oficial de los PECL al delimitar el concepto de pres-

¹²³ ROCA TRÍAS lo refiere a las obligaciones personalísimas [(2011) p. 14].

¹²⁴ En la regulación «Del cumplimiento de las obligaciones» de la *Propuesta civil* (capítulo V, título I, libro IV, arts. 1153 a 1175) no se contiene un precepto como el artículo 1161 CC («En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación»). Pero el artículo 1155.I PC dispone: «La obligación puede ser cumplida por un tercero, salvo que lo contrario resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o del contenido del contrato; pero el acreedor puede rechazar el pago si el tercero no tiene derecho a subrogarse conforme al artículo siguiente y el deudor ha manifestado su oposición».

¹²⁵ Principios UNIDROIT (2004) p. 221.

¹²⁶ Principios UNIDROIT (2004) p. 221.

tación de servicios u obra de carácter personal¹²⁷. Esta excepción también se aplica a «actos positivos» (prestación, cumplimiento)¹²⁸.

Sobre la segunda regla del artículo 9:102 (2) (c) –la de que el cumplimiento depende de una relación personal– se indica que se excluye el cumplimiento específico si se fuerza a las partes a entrar o continuar una relación personal (cfr. arts. 1700 y 1704 CC)¹²⁹.

b) Si se considera que el artículo 1192.II.4.º PC es un límite del remedio del cumplimiento en el sentido de que el acreedor no tiene derecho a exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de hacer personalísima (*supra* [14]), ello conllevaría importantes consecuencias para el vigente Derecho. Para resaltar el cambio, conviene recordar ciertas ideas, de sobra conocidas, sobre el cumplimiento forzoso de la obligación de hacer personalísima. Para esta obligación se ha indicado que no procede su ejecución forzosa (la regla del *nemo ad factum praecise cogi potest*; la incoercibilidad de la prestación de hacer). De ahí que en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, la ejecución de tal prestación se transformase en la de indemnizar daños (art. 924)¹³⁰. Pero la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 introdujo cambios. El artículo 709.1 LEC establece que la ejecución de la obligación personalísima puede conducir a la entrega del equivalente pecuniario de la prestación, o a que se apremie al ejecutado (deudor) con multas coercitivas (compulsión indirecta al cumplimiento). Si las multas no logran su objetivo, la ejecución continuará con la entrega del equivalente pecuniario o la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfac-

¹²⁷ La excepción no cubre los servicios u obras que puedan delegarse. El hecho de que haya una cláusula contractual que indique que la obra no puede delegarse, no conlleva necesariamente que el trabajo sea de carácter personal. Si no se precisa la atención personal de la parte contratante, pero podría ejecutarse por sus empleados, la cláusula que prohíbe la delegación puede interpretarse como que sólo impide la delegación a otra empresa (por ejemplo, un subcontratista). Los servicios que requieren una habilidad individual de naturaleza artística o científica y los servicios ofrecidos dentro de una relación confidencial y personal son servicios de naturaleza personal. Se añade que la firma de un documento normalmente no constituirá un servicio u obra en el sentido del artículo 9:102 (2) (c) PECL: esa obligación puede cumplirse forzosamente sustituyendo la declaración del incumplidor por una orden judicial. [*Comment G* del art. 9:102 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 397]. Similar, *Comment G* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 832-833].

¹²⁸ LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 397-398.

¹²⁹ En el supuesto de un acuerdo para formar parte de una sociedad se aplica la excepción, si y en la medida en que la sociedad presuponga un contacto personal cercano. Pero, si se trata de un contrato referido a una «public company», el concreto elemento personal falta en ocasiones y, para tal caso, la excepción que se analiza no impide que se exija forzosamente el cumplimiento de la obligación. [*Comment G* del art. 9:102 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 397].

¹³⁰ *Vid.* VERDERA SERVER (1995) pp. 280-287, 295.

ción del ejecutante (art. 709.3 LEC¹³¹). Entre el artículo 709 LEC y el artículo 1192.II.4.º PC no habría coordinación, si se entiende el artículo 1192.II.4.º PC tal y como he indicado.

[i] La exclusión del cumplimiento para las obligaciones de carácter exclusivamente personal [art. 7.2.2 (d) Principios UNIDROIT] se justifica en el Comentario oficial de los Principios UNIDROIT en que la ejecución forzosa puede interferir en la libertad personal del deudor, en que puede afectar a la calidad de la prestación, y que supervisar su cumplimiento puede dar lugar a dificultades prácticas insuperables¹³².

[ii] Similares razones a las que acabo de indicar se encuentran en el Comentario oficial de los PECL¹³³.

[37] Los habituales argumentos justificadores de la incoercibilidad de la obligación de hacer personalísima de que, en caso contrario, no se respeta la libertad del deudor, y que el deudor no realizará de la mejor manera la prestación pues el cumplimiento de este tipo de obligación bajo orden judicial no produce buenos resultados, permiten justificar la regla del artículo 1192.II.4.º PC. Puede añadirse otra razón: puesto que el hacer personalísimo depende de la exclusiva voluntad del deudor, quien incumplió es

¹³¹ Artículo 709 LEC: «1. Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y a alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706./ 2. Si se acordase seguir adelante la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la prestación debida, en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711./ 3. Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo de un año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal./ 4. No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquél».

¹³² Comentario 3.d del artículo 7.2.2 Principios UNIDROIT, Principios UNIDROIT (2004) p. 220.

¹³³ Así: 1) una sentencia que ordene el cumplimiento constituiría una seria interferencia en la libertad personal del incumplidor; 2) los servicios u obras ofrecidos bajo presión frecuentemente no serán satisfactorios para la parte perjudicada; 3) es difícil para un tribunal controlar el correcto cumplimiento de su orden [LANDO/BEALE (ed.) (2000) *Comment G*, p. 397]. Desde otra perspectiva, *Comment G* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 832-833].

probable que reitere su comportamiento y para que el acreedor pueda acabar obteniendo el equivalente pecuniario de la prestación (u otra medida idónea para satisfacer al ejecutante), esto, incluso habiéndose utilizado el mecanismo de las multas coercitivas (art. 709 LEC), parece oportuno que desde el primer momento del incumplimiento del deudor, el acreedor no pueda exigir el cumplimiento y en su lugar exija la oportuna indemnización de daños bajo el régimen de los artículos 1202 y ss. PC. De esta manera el acreedor ahorra tiempo y gastos. Sin embargo, ha de valorarse, que puede suceder que un acreedor prefiera intentar el cumplimiento (dar al deudor una nueva oportunidad de cumplir) cuando, además, puede servirse de multas coercitivas (art. 709 LEC)¹³⁴ y lo antes expuesto puede no considerarse razón suficiente para que se desplace al artículo 709 LEC.

En conclusión, hay evidentes argumentos de peso en favor del artículo 1192.II.4.º PC, pero no veo con disfavor el sistema del artículo 709 LEC, si, además y por otro lado, el acreedor tiene la opción de poder resolver la relación contractual y exigir las distintas partidas de daños que tenga. Creo oportuno un debate doctrinal sobre esto, teniendo presente, además, la cierta cercanía temporal que media entre los años 2000 (LEC) y 2009 (*Propuesta civil*).

[38] Aprovecho este epígrafe sobre el cumplimiento de la obligación de hacer personalísima, para hacer unas breves consideraciones sobre la obligación de hacer no personalísima.

A esta otra obligación de hacer se le aplica la regla general del artículo 1192.II PC: el acreedor puede exigir su cumplimiento forzoso y obtener una sentencia de condena. Es cierto que si el deudor no quiere cumplir lo que ordena el título ejecutivo sentencia, no se le puede forzar a que él lo haga personalmente (respeto a su libertad). Pero, como en la obligación de hacer no personalísima el interés del acreedor se satisface obteniendo la prestación y es indiferente que la lleve a cabo su deudor, o un tercero a expensas del deudor (actividad de sustitución), es adecuado que el acreedor pueda inicialmente exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de hacer. El artículo 1098.I CC se refiere a la actividad del tercero en la fase ejecutiva: «[s]i el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa»¹³⁵. Con el artículo 1098.I CC se coordina ahora el artículo 706 LEC: si el ejecutado no lleva a cabo el hacer en el plazo que se le ha señalado, el ejecutante

¹³⁴ Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (2001) núms. 18 a 21, pp. 426-430; en particular, los núms. 18 y 19, notas 46 y 49. Cfr. artículo 7.2.4 Principios UNIDROIT (Pena judicial).

¹³⁵ Sobre el campo en que opera el artículo 1098.I CC: CARRASCO PERERA (2010) núm. 35, pp. 1077-1079. Artículo 1098.II CC: «Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación./(...)».

puede elegir entre que se le faculte para encargarlo a un tercero o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios¹³⁶.

[i] La regla del artículo 1098 CC se encontraba en el Proyecto de Código civil de 1851: en el artículo 1108¹³⁷. García Goyena informa que la primera parte del precepto era el artículo 1144 *Code civil* y advirtió, que en el artículo 1142 *Code civil*, «copiado en todos los Códigos citados, se declara que la obligación de hacer, ó de no hacer, se resuelve en daños é intereses en caso de inejecución de parte del deudor»¹³⁸. Señala: «En los discursos 59 y 60 franceses se dan brevemente por únicos motivos, que el compeler personalmente al deudor á hacer, ó no hacer, sería una especie de violencia, que no puede ser un modo de ejecución de los contratos, y que según los Jurisconsultos Romanos, *nemo ad actum cogi potest*»¹³⁹. Pero, García Goyena discrepaba: «(...), con la vénia del autor del discurso 60, diré yo, que la opinión contraria era la más racional y fundada en Derecho Romano, y que de los testos citados en apoyo de aquel vulgar axioma, solo puede inferirse que en caso de inejecución por parte del deudor era libre el acreedor en compelerle á ejecutar el hecho prometido ó en reclamarle daños y perjuicios»¹⁴⁰. Para el Proyecto de Código civil de 1851, García Goyena señala que finalmente se decidió: «que no pueda ser compelido el deudor

¹³⁶ Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, núms. 16 y 17, pp. 423-426, en particular pp. 423-424.

Artículo 706 LEC: «*Condenas de hacer no personalísimo*.-1. Cuando el hacer que obligue el título ejecutivo no sea personalísimo, si el ejecutado no lo llevara a cabo en el plazo señalado por el tribunal, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios./ Cuando el título contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, se estará a lo dispuesto en aquél, sin que el ejecutante pueda optar entre la realización por tercero o el resarcimiento./ 2. Si, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, el ejecutante optare por encargar el hacer a un tercero, se valorará previamente el coste de dicho hacer por un perito tasador designado por el tribunal y, si el ejecutado no depositase la cantidad que el tribunal apruebe mediante providencia o no afianzase el pago, se procederá de inmediato al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma que sea necesaria./ Cuando el ejecutante optare por el resarcimiento de daños y perjuicios, se procederá a cuantificarlos conforme a lo previsto en los artículos 712 y siguientes».

¹³⁷ Artículo 1008 PCC 1851: «Si el obligado á prestar algún servicio que consista en hacer alguna cosa, no lo hiciere, se mandará ejecutar á su costa./ Esto mismo se observará, si lo hiciere contraviniendo en el modo á lo pactado; y podrá además decretarse la destrucción de lo mal hecho».

¹³⁸ GARCÍA GOYENA (1852) p. 541. Artículo 1142 *Code civil*: «Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur»; artículo 1144 *Code civil*: «Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur» (al artículo se le añadió un segundo párrafo: «Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution»: L.n.º 91-650, 9 juill.1991). Artículo 1143 *Code civil*: «Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu»; artículo 1145 *Code civil*: «Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention».

¹³⁹ GARCÍA GOYENA (1852) p. 541.

¹⁴⁰ GARCÍA GOYENA (1852) p. 541. Añade: «Nuestras leyes 12, título 11, Partida 5, y 5, título 27, Partida 3, están más claras: "Develo apremiar (el Juez) que lo faga assi como fue puesto, é lo prometió"»[(1852) p. 541].

para hacerlo por sí mismo en el sentido del artículo Frances./ *Se mandará ejecutar á su costa: luego no podrá ser compelido él mismo á ejecutarlo*»¹⁴¹.

[39] La *Propuesta civil* contiene otra norma sobre el cumplimiento y la obligación de hacer consistente en emitir una declaración de voluntad (art. 1195 PC; su análisis *infra* [52] y [53]).

G) *El remedio del cumplimiento y el negocio de reemplazo: reflexiones para la Propuesta civil. La Propuesta mercantil y el negocio de reemplazo*

[40] *Propuesta civil*.—En el Código civil, mediante el cumplimiento forzoso y específico el acreedor satisface su interés en obtener la prestación de dar o hacer *fungible* a la que el deudor se comprometió. Puede obtener la prestación del deudor o de un tercero a costa del deudor (arts. 1096.II, 1098.I CC y oportunos preceptos de la LEC). Sin embargo, el acreedor también puede alcanzar el resultado efectivo de la prestación, sirviéndose de otro camino: puede resolver la relación contractual (art. 1124 CC) y celebrar con un tercero un negocio (contrato/operación) de reemplazo cuyo contenido sea el de la prestación pactada en el primitivo (anterior) contrato. Además, podrá exigir del deudor la indemnización del daño que su incumplimiento le haya causado; entre otras partidas, puede pedirle la diferencia de precio entre el primer y el segundo contrato si esa diferencia le es perjudicial (arts. 1101 ss., 1124 CC). El negocio de reemplazo es práctica habitual en la contratación mercantil¹⁴², y el acreedor lo lleva a cabo de manera extrajudicial.

Es decisión del acreedor determinar si encauza la solución del incumplimiento del deudor, exigiéndole el cumplimiento o resolviendo la relación contractual y efectuando un negocio de reemplazo.

[41] ¿Cómo regulan la alternativa cumplimiento forzoso y específico/resolución del vínculo contractual y negocio de reem-

¹⁴¹ GARCÍA GOYENA (1852) p. 541. El autor también se refería a la obligación de hacer no personalísima, sobre la que destaca que no puede ser ejecutada por un tercero: «Fuera de que hay casos en que, por elegirse la industria ó habilidad de persona determinada, no se satisface al acreedor con mandar ejecutar la obra á costa del deudor, ó, por mejor decir, no es posible ejecutarla por otro: vé los artículos 1100 y 1536» [(1852) p. 541]. En relación con el artículo 1098 CC: *vid.* BADOSA COLL, «Artículo 1098 CC» (1993) tomo II, 2.^a ed. p. 30.; sobre su función: CARRASCO PERERA, *InDret* (1/2006) pp. 10-13.

¹⁴² *Vid.*, sobre esto y cuestiones conexas, por ejemplo SSTS, 1^a, 4 de julio de 2000 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes, FD 1^o y 4^o), 27 de octubre de 1992 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, FD 1.^o, 2.^o, 3.^o, 5.^o, 7.^o y 9.^o *Vid.* PUIG BRUTAU (1957) pp. 159-161; FENOY PICÓN, *CCJC* núm. 80 (2009) [3]-[5] pp. 578-581.

plazo, los Principios UNIDROIT, los PECL, los *Principles of European Law Sales* (PEL S en lo sucesivo) y el DCFR?

[i] *Principios UNIDROIT*.—El artículo 7.2.2 (c) de los Principios UNIDROIT establece como excepción al cumplimiento, que «la parte legitimada para recibir la prestación puede razonablemente obtenerla por otra vía».

a) En el Comentario 3.c del precepto se indica que para los bienes o servicios estándar, si no se cumple, la mayoría no quiere perder tiempo y esfuerzo exigiendo el cumplimiento específico, y prefiere obtenerlos en el mercado y reclamar el oportuno resarcimiento (resolución y operación de reemplazo)¹⁴³.

[ii] *PECL*.—El artículo 9:102 (2) (d) PECL dispone, como excepción al remedio del cumplimiento, que «the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source»¹⁴⁴.

a) En el *Comment H* del artículo se exponen dos ejemplos: primero, la compra de unas sillas de calidad ordinaria que el vendedor no entrega: si el vendedor puede probar que el comprador puede obtenerlas de un tercero, el comprador no puede exigirle el cumplimiento específico; segundo, la compra de unas sillas que son una antigüedad: en este caso, el comprador sí puede exigir el cumplimiento¹⁴⁵.

[iii] *PEL S*.—Es conocido que los PECL son la parte general de los PEL S. Según el artículo 4:202 PEL S, en la entrega de *cosa no conforme*, el comprador puede exigir del vendedor el cumplimiento, consista en la reparación, o en la sustitución de la cosa entregada por otra conforme. Sobre que el comprador pueda obtener la subsanación del incumplimiento por otra vía, se dispone que, por ese mero hecho, el vendedor no puede oponerse a la subsanación

¹⁴³ Sobre el término «razonable» se indica que puede haber circunstancias en las que el perjudicado no haya de recurrir a otro proveedor. [Principios UNIDROIT (2004) p. 220].

¹⁴⁴ En el *Comment H* del artículo se destaca que la excepción no se justifica en las razones alegadas en el *Common Law*: no se introduce un test sobre la adecuación de la indemnización de daños, en el sentido de que el cumplimiento sólo puede exigirse si la indemnización es un remedio inadecuado. Más bien, lo que se pretende es que el perjudicado elija entre los remedios que pueden compensarle, aquél que de manera más fácil pueda obtener. Según la experiencia práctica, la resolución y la indemnización frecuentemente dan una satisfacción más rápida y fácil, que la ejecución forzosa del cumplimiento; [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 398]. Sobre el *Common Law*: *supra* [12]; ZWEIGERT/KÖTZ (1998) 3rd. ed. pp. 479-483. Comparando el Derecho inglés y el alemán: MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSON (2006) 2 ed., pp. 392-398. Sobre el artículo 9:102 (2) (d) PECL, Luis Díez-Picazo: «(...) Aun cuando es comprensible la preocupación que late en el precepto legal citado y la aproximación entre los PECL y el sistema del Derecho inglés, no especialmente favorable al reconocimiento de la pretensión de cumplimiento en las obligaciones no pecuniarias, no resulta difícil trasladar este tipo de excepción a nuestro Derecho positivo» [*Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 777].

¹⁴⁵ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 398. Se precisa, además, que el artículo 9:102 (2) (d) PECL se aplica, incluso si el negocio de reemplazo tiene mayor coste que el precio del contrato, siempre que el incumplidor pueda pagar la diferencia. Si no lo puede pagar, no se excluye el cumplimiento. (*Op. cit.* p. 398).

de la falta de conformidad. El artículo 4:202 (3) PEL S desplaza al artículo 9:102 (2) (d) PECL (antes transcrito).

El tenor del artículo 4:202 (3) PEL S es: «(3) The seller may not refuse to remedy the lack of conformity merely because the buyer could reasonably have it remedied from another source»¹⁴⁶.

a) En el correspondiente Comentario, puede leerse que el artículo 9:102 (2) (d) PECL deja casi sin significado (sin campo operativo) al remedio del cumplimiento específico (idea con lo que estoy de acuerdo). La norma del artículo 9:102 (2) (d) PECL se califica de restricción no razonable, especialmente en las ventas de consumo¹⁴⁷.

[iv] DCFR.—El artículo III.-3:302 (5) DCFR dispone que el acreedor puede exigir el cumplimiento forzoso y específico, pero, si tal ejercicio es irrazonable porque, por las circunstancias, aquél podría haber hecho un negocio de reemplazo sin importante esfuerzo o gasto, el incremento de la cuantía de los daños o el incremento de la cantidad a pagar por la cláusula penal, derivado del ejercicio del remedio del cumplimiento no puede exigirlo del deudor.

El tenor literal del artículo III.-3:302 DCFR es: «(5) The creditor cannot recover damages for loss or a stipulated payment for non-performance to the extent that the creditor has increased the loss or the amount of the payment by insisting unreasonably on specific performance in circumstances where the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense»¹⁴⁸.

a) En el *Comment J* del artículo se apunta el riesgo de que el acreedor pueda inflar el daño por exigir el cumplimiento específico y no haber realizado un negocio de reemplazo. Un control de ese posible abuso es la regla general de que los remedios han de ejercitarse de buena fe. Otro control, más específico, se prevé en el artículo III.-3:302 (5) DCFR¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Artículo 4:202 PEL S: «Remedying the lack of conformity/ (1) The buyer is entitled to have the lack of conformity remedied free of charge by repair or replacement, provided that remedying it:/ «(a) is not unlawful or impossible; or/ (b) will not cause the seller unreasonable effort or expense./ (2) Free of charge particularly means without any charge for labour, materials or any necessary transport of the goods./ (3) [reproducido en texto].

¹⁴⁷ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKE/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales (2008) p. 270.

¹⁴⁸ Artículo III.-3:302 DCFR: «Enforcement of non-monetary obligations/ (1) The creditor is entitled to enforce specific performance of an obligation other than one to pay money./ (2) Specific performance includes the remedying free of charge of a performance which is not conformity with the terms regulating the obligation./ (3) Specific performance cannot, however, be enforced where:/ (a) performance would be unlawful or impossible./ (b) performance would be unreasonably burdensome or expensive; or/ (c) performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it./ (4) The creditor loses the right to enforce specific performance if performance is not requested within a reasonable time after the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the non-performance./ (5) [transcrito en texto].»

¹⁴⁹ VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 833-834. *Vid. Comment B* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) *op. cit.*, p. 829]. En los *Principles* del DCFR (núm. 26,

[42] En relación con la *Propuesta civil*, entiendo que ésta *no rompe* con el Código civil y la práctica mercantil descrita *supra* [40]: incumplida la obligación de dar o hacer fungible, el acreedor puede optar por exigir el cumplimiento forzoso y específico, o resolver la relación contractual y proceder al negocio de reemplazo.

Señalado esto, tal vez pudiera intentar construirse otra solución jurídica, acudiendo al artículo 1192.II.4.º PC que exceptúa el cumplimiento específico y forzoso si su ejercicio es contrario a la buena fe (*supra* [33] y [34]): si teniendo presente todas las circunstancias del caso, es más razonable llevar a cabo una operación de reemplazo en lugar de exigir el cumplimiento forzoso y específico (pues se evita el daño o el incremento de su cuantía), el acreedor no puede exigir del deudor que cumpla porque ello es contrario a la buena fe (art. 1192.II.4.º PC). Esta construcción supone sustraer, a la regla de que el acreedor puede exigir el cumplimiento específico y forzoso (art. 1192.II PC), un importante campo de actuación. Antes manifesté mi opinión favorable a la supresión del artículo 1192.II.4.º PC y las razones de ello (*supra* [34]). Teniendo en cuenta que tal vez pudiera intentarse encajar el supuesto expuesto, en el artículo 1192.II.4.º PC, reitero mi opinión favorable a su supresión.

La solución del supuesto expuesto puede llevarse a cabo mediante la regla de la mitigación del daño del artículo 1212 PC (su análisis *infra* [142] y ss.). El acreedor, como he indicado, puede optar entre exigir el cumplimiento, o resolver la relación contractual y proceder a una operación de reemplazo; pero, si opta por lo primero, siendo razonable, *en función de las concretas circunstancias del caso*, que el acreedor resolviese y procediese a realizar un negocio de reemplazo, el daño no evitado o el incremento de daño no evitado lo asume el acreedor (no puede repercutirlo al deudor). Vidal Olivares defiende esta construcción en relación con la CISG, cuyo artículo 77 regula la

p. 49) se destaca el cambio del DCFR frente a los PECL [art. 9:102 (2) (d)]. Se afirma que en el DCFR, el cumplimiento es un remedio menos «secondary», lo cual refleja el principio de que las obligaciones deben ejecutarse salvo que haya buenas razones para lo contrario. DE VRIE, quien señala que los PECL parecen a favor de la solución del *civil-law* del cumplimiento específico, indica que el DCFR se ha inclinado más aún hacia la solución del *civil-law* al suprimir, del cumplimiento específico, la excepción de la *cover transaction*. La razón de esta decisión de los redactores del DCFR es, según DE VRIES, que el DCFR, a diferencia de los PECL, cubre además los campos de aplicación de las Directivas europeas y por tanto, ha incluido al Derecho de consumo (*consumer law*). En la Directiva 1999/44/CE, se concede a los consumidores el derecho al cumplimiento específico por la entrega de cosa no conforme con el contrato (reparación, sustitución: art. 3 Directiva 1999/44/CE). Mientras los redactores de los PECL, continúa DE VRIES, podían ignorar los derechos de los consumidores y por tanto, elegir la misma excepción de la *cover transaction* del artículo 7.2.2 (c) Principios UNIDROIT, los redactores del DCFR estaban obligados a incluir en el DCFR los derechos que el Derecho de la Unión Europea concede a los consumidores. [DE VRIES (2009) pp. 595-596, 597].

mitigación del daño, siendo la presente una cuestión que se debatió en torno a dicho precepto. Señala el autor que el acreedor es libre de insistir en el cumplimiento específico o resolver la compraventa y exigir daños. Pero, de acuerdo con la función mediata de la carga de mitigar los daños (art. 77 CISG), la opción que el acreedor ejercite ha de coincidir con la de una persona razonable en su posición y circunstancias. Entiende Vidal Olivares que se espera del acreedor un uso razonable de los remedios y tal uso lo hay cuando se disminuyen las pérdidas derivadas del incumplimiento. Si el acreedor no hace ese uso razonable, no puede exigir del deudor el daño no evitado o reducido (art. 77 CISG). Dice: «[e]l supuesto típico es el del acreedor que insiste en el cumplimiento, siendo razonable la resolución y la posterior operación de reemplazo del artículo 75 CV (CISG), porque con ella el acreedor satisface igualmente su interés en el cumplimiento».¹⁵⁰

Por su parte, Pantaleón Prieto, que sostiene la conveniencia de incorporar al Código civil el «*deber (carga) del deudor de mitigar el daño*» (cursiva del autor), rechaza la incorporación de normas similares a los artículos 7.4.5 y 7.4.6 Principios UNIDROIT y 9:506 y 9:507 PECL¹⁵¹ que generalizan lo dispuesto en los artículos 75 y 76 CISG. Indica: «La otra regla se asienta (la del art. 76) sobre la base, en modo alguno generalizable de que, tras la resolución del contrato, el dañado tiene en todo caso la carga de cubrirse de inmediato al precio del mercado»¹⁵². Finalmente Soler Presas señala que «no parece que, con carácter general, se pueda exigir al acreedor la realización de un negocio de cobertura»¹⁵³.

¹⁵⁰ Continúa el texto: «Seguidamente, el ejercicio de un remedio –entendido como medida de mitigación– será razonable cuando el acreedor agraviado igualmente, pero con menos pérdidas para el deudor, obtenga la satisfacción de su interés en el cumplimiento del contrato. Deben concurrir, copulativamente, dos requisitos: (a) que el ejercicio del remedio evite o aminore las pérdidas que se siguen del incumplimiento, y (b) que igualmente comporte la satisfacción del interés del acreedor. Prevalece la protección del interés del acreedor agraviado sobre el del deudor incumplidor, porque el primero sólo verá afectada la indemnización, si el remedio omitido le aseguraba igualmente la satisfacción de su interés en el contrato y no obstante optó por otro. O sea, que la insistencia en el cumplimiento no vulnera esta carga, salvo que disponga de otro remedio tan apto como aquél para satisfacer su interés y que evite o aminore las pérdidas. Si dispone de ese remedio y persiste en el cumplimiento, igualmente puede reclamarlo, pero su indemnización quedará sujeta a reducción (art. 77 CV)» [p. 8; VIDAL OLIVARES, *Revista de Derecho (Valdivia)* (2005) vol. 18, núm. 2, pp. 7-9, *vid.* p. 6].

¹⁵¹ El autor cita los artículos 4:505 y 4:506 de la primera edición de los PECL que es la que maneja.

¹⁵² PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1743.

¹⁵³ La afirmación del texto se inserta en el siguiente párrafo en el que se reflexiona sobre la cuestión planteada en el texto, teniendo presente el *Common Law* y el § 254 BGB: «Más conflictivo resulta determinar si el deber de mitigar exige, como regla general, acudir al mercado para procurarse una prestación sustituta de la debida. En el *common law*, donde el remedio de los *damages* es prioritario, sí cabe afirmar la exigibilidad de la realización de un negocio de cobertura, siempre que, lógicamente, el objeto del contrato sea accesible en el mercado. En los sistemas de derecho civil donde, por el contrario, prima la pretensión del cumplimiento, no parece que, con carácter general, se pueda exigir al acreedor la reali-

La *Propuesta civil* no ha recogido normas similares a las citadas de la CISG, de los Principios UNIDROIT y de los PECL. En cambio, sí se ha hecho en la *Propuesta mercantil* (arts. 65.3, 66.1).

[43] *Propuesta mercantil*.—El artículo 66.1 prescribe:

«1. La parte perjudicada por el incumplimiento del contrato podrá recurrir a una operación de reemplazo siempre que lo haga en forma y plazo razonables después de la resolución del contrato; en tal caso podrá exigir a la parte incumplidora la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de cualquier otro daño adicional.»

[44] Este artículo establece un sistema de cálculo concreto y dispone que el perjudicado «podrá recurrir a la operación de reemplazo». Se contempla expresamente esta alternativa jurídica, junto con la alternativa implícita del ejercicio del cumplimiento específico y forzoso del contrato (remedio que, recuerdo, no regula la *Propuesta mercantil*).

H) *La no mención de la no exigencia del cumplimiento cuando ello va en contra de ciertos valores (imposibilidad ética)*

[45] En ocasiones, siendo posible el cumplimiento específico, exigirlo supondría ir contra ciertos valores sociales y ante ello se permite que el deudor pueda no cumplir. Así, el conocido ejemplo de la cantante que no quiere cantar la tarde en que ha de hacerlo, o los días que contrató, porque su hijo está gravemente enfermo¹⁵⁴.

zación de un negocio de cobertura. En este sentido es tajante la doctrina alemana mayoritaria al afirmar que el deber de mitigar *ex* § 254.II.2 BGB, sólo excepcionalmente obliga a la cobertura, excepciones que, según las circunstancias especiales, se producirán cuando la sustitución pueda realizarse sin dificultad y el objeto del contrato sean bienes o servicios sumamente fungibles cuya adquisición pueda minorar de forma importante la pérdida, o bien cuando el acreedor del resarcimiento realice con frecuencia dada su profesión o ámbito de negocio contratos de este tipo. En todo caso, no será exigible la cobertura cuando subsista la pretensión de cumplimiento» [SOLER PRESAS, *ADC* (1995) pp. 965-966]. Para el artículo 77 CISG: SOLER PRESAS, «Artículo 77 CISG» (1998) pp. 623-624. *Vid.* SOLER PRESAS (1998) pp. 65-68.

¹⁵⁴ CARRASCO PERERA: «No todo suceso liberador o inculpador del deudor es referible al hecho exoneratorio del artículo 1105 CC. Además de las previsiones legales específicas que pueda existir para una clase determinada de relación contractual, hay supuestos distintos del caso fortuito. (i) (...). (iv) Cuando el deudor sea una persona física puede ocurrir que *por circunstancias sobrevenidas* no buscadas por el deudor el deber de cumplimiento devenga *inexigible*, por poner en peligro o impedir satisfacer intereses subjetivos superiores de la persona, bienes de la personalidad, derechos fundamentales de realización personal o, simplemente, sentimientos que la conciencia social no tolerarían que fueran sacrificados al cumplimiento de una obligación de contenido patrimonial. Todas estas causas, no taxativamente precisadas, pueden referirse a un concepto *civil* de *estado de necesidad*, y dependerá de las circunstancias de cada caso si la ponderación de intereses en juego debe conducir a una calificación de *inexigibilidad* de la conducta debida y si esa liberación ha de tener lugar sin pagar una prima de exoneración» [(2010) núm. 14, pp. 982-983].

La *Propuesta civil* no regula de modo expreso estos casos y sería oportuno que los contemplase.

2.3 La reparación, la rectificación o la sustitución como modalidades del cumplimiento: el artículo 1193 PC. La *Propuesta sobre compraventa*. La sustitución y los bienes de segunda mano

[46] En virtud del artículo 1193 PC:

«El derecho del acreedor al cumplimiento comprende, con las mismas limitaciones establecidas en el artículo anterior, la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado cuando la naturaleza de la prestación no lo impida».

[47] Sobre este precepto:

a) Su función es explicitar, con carácter general, las posibles modalidades del remedio del cumplimiento. Tales modalidades son reparar, rectificar o sustituir la prestación ejecutada por otra conforme a lo pactado si la naturaleza de aquella no lo impide.

El Código civil no contiene una norma general similar a la del artículo 1193 PC, pero en la regulación específica de los contratos hay preceptos que disponen de alguna de las indicadas modalidades del cumplimiento (cfr. arts. 1554.2.º, 1558 CC). Esto no impide entender que el cumplimiento encierra, con carácter general, la reparación, la rectificación y la sustitución de la prestación ejecutada por otra conforme con el contrato, si bien el concreto tipo contractual determina la medida en que ello procede. Por su parte, el

Antes, para el incumplimiento definitivo, CARRASCO PERERA: «El deudor incumple definitivamente en las circunstancias siguientes. Primero (...). Segundo, cuando la obligación se hace sobrevenidamente imposible, antes o después del estado de mora. No importa si se trata de una imposibilidad objetiva o subjetiva, si la imposibilidad consiste en el derecho preferente e incompatible de un tercero, si se debe a dificultades financieras o si la prestación resulta *inexigible* a tenor de las circunstancias personales del deudor» (*op. cit.* p. 864); y en nota 4, p. 864: «Ejemplo de escuela: la cantante que tiene contratada una actuación el día que su hijo menor cae gravemente enfermo».

Para el Derecho alemán, EBERS: «El § 275.3 BGB (*supra* nota 65) se complementa todavía con el derecho que tiene el deudor a rechazar el cumplimiento en casos en que entra en juego una ponderación de las dificultades que éste entraña. El ejemplo típico es el de la cantante que no quiere salir a escena porque su hijo está en casa gravemente enfermo. También cae bajo la órbita del § 275.3 BGB el caso del trabajador que se niega a trabajar, porque es llamado a filas en Turquía y sabe que si no acude será sancionado con la pena de muerte. En estos supuestos de desproporción o “imposibilidad ética” el nuevo § 275.3 BGB concede al deudor un derecho a negarse a cumplir la prestación» [(2006) p. 50; *vid.* ZIMMERMANN, «Los medios de tutela» (2005, 2008 de la trad.) pp. 52-53; MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) p. 418].

Tribunal Supremo ha tenido ocasión de referirse a la reparación de la cosa¹⁵⁵. Considero oportuno el artículo 1193 PC¹⁵⁶.

b) El artículo 1193 PC especifica que a las modalidades del cumplimiento se les aplican las «limitaciones» del artículo 1192 PC, por lo que remite a los apartados 1.º a 4.º del artículo 1192.II PC. Es precisión lógica y adecuada y no requiere mayor comentario.

[i] Artículo 7.2.3 Principios UNIDROIT:

«(Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)

El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicarán según proceda».

a) En el Comentario 2 del artículo 7.2.3 se precisa que además de la reparación y de la sustitución de la prestación defectuosa, hay otras posibles formas de subsanar aquélla «como la de obtener la remoción de los derechos de un tercero que afectan a las mercaderías, o la obtención de una autorización administrativa»¹⁵⁷.

[ii] Con base en el apartado (1) del artículo 9:102 (*supra* [12] [iii]), en el *Comment C* se indica que el cumplimiento conforme con el contrato puede obtenerse por vías distintas: mediante la reparación, la entrega de aquellas partes que falten por entregar, o la sustitución. El derecho a exigir el cumplimiento conforme con el contrato tiene las mismas limitaciones que el cumplimiento en general [art. 9:102 (2) y (3) PECL]. Cfr. artículo III.-3:302 (1) y (2) DCFR¹⁵⁸.

[48] *Propuesta sobre compraventa.*—El artículo 1483.I PCV ordena:

«El derecho al cumplimiento permite al comprador elegir entre que el vendedor subsane la falta de conformidad de la cosa o que entregue otra conforme con el contrato.»

[49] A propósito del artículo 1483.I PCV:

a) Su terminología (subsanan, entregar otra cosa) no coincide con la del artículo 1193 PC (reparar, rectificar, sustituir). En la EM de la *Propuesta sobre compraventa* se comprueba que subsanar es reparar, y entrega de otra cosa es sustituir¹⁵⁹. Es conveniente el empleo de las mismas palabras para referirse a lo mismo.

¹⁵⁵ Vid. BECH SERRAT, *InDret* (1/2010) pp. 31-33; CARRASCO PERERA (2010) núm. 39, pp. 1081-1082.

¹⁵⁶ Vid. BECH SERRAT, *InDret* (1/2010) nota 134 en pp. 34-35.

¹⁵⁷ Principios UNIDROIT (2004) p. 223.

¹⁵⁸ LANDO/BEALE (2000) (ed.) p. 395. Vid. *Comment C* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 830].

¹⁵⁹ Núm. 18 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*: «En la compraventa, en caso de falta de conformidad, la pretensión de cumplimiento puede quedar satisfecha mediante la

b) El artículo 1483.I PCV es importante novedad frente al Código civil¹⁶⁰, en donde los problemas de utilidad de la cosa se encauzan, en la compraventa, a través del saneamiento por vicios ocultos. El saneamiento por vicios ocultos no ofrece al comprador el derecho a ejercitar el remedio del cumplimiento, sino que le ofrece las acciones edilicias (compraventa de cosa específica; arts. 1468, 1486.I CC). En cambio, en la compraventa del TRLGDCU no se aplica el saneamiento, sino el sistema de la falta de conformidad (art. 117 TRLGDCU)¹⁶¹, pudiendo el comprador-consumidor exigir la reparación del producto o su sustitución por otro conforme con el contrato¹⁶². Pero, el comprador-consumidor «no podrá exigir la sustitución en el caso de productos no fungibles, ni tampoco cuando se trate de productos de segunda mano» [art. 120.g) TRLGDCU]¹⁶³.

La *Propuesta sobre compraventa* no dispone una norma como la del artículo 120.g) TRLGDCU y podría interpretarse que el comprador puede exigir la sustitución del bien de segunda mano no conforme, por otro que sea conforme (que se ajuste) a lo dispuesto en la regla contractual. Aunque el vendedor se haya comprometido a entregar ese bien de segunda mano, pudiendo entenderse que sólo cumple con él, hay casos en los que el bien de segunda mano es considerado contractualmente como bien fungible. En tales casos, puede admitirse que el comprador exija la sustitución del bien, si el vendedor puede llevarla a cabo de modo razonable. Lo que planteo es cuestión discutida¹⁶⁴. El artículo 1483 PCV no exceptúa los bienes

reparación de la cosa o por medio de su sustitución por otra conforme. Ambas modalidades del cumplimiento son tenidas en cuenta en la nueva redacción del artículo 1483».

¹⁶⁰ Sobre la reparación y la sustitución cuando el vendedor entrega cosa no conforme con el contrato, *vid.* MORALES MORENO [«El derecho a la reparación o sustitución» (2006) pp. 189-202]. El autor redacta sus consideraciones a partir de la idea de la «correspondencia entre el deber de prestación, propio del derecho de crédito, y la pretensión de cumplimiento. La pretensión de cumplimiento correspondiente al acreedor puede ser considerada como la otra cara de la moneda» (*op. cit.* p. 191). Destaca y desvuelve cómo la falta de conformidad de la CISG y de la Directiva 1999/44 «están rompiendo, en cierta medida, la exacta correspondencia entre pretensión de cumplimiento del acreedor y deber de prestación del deudor. La reparación y sustitución traspasan los límites estrictos del deber de prestación del deudor» (*op. cit.* p. 191).

¹⁶¹ FENOY PICÓN (2006) [5] y ss., pp. 32 y ss.; TORRELLES TORREA, «Artículo 117 TRLGDCU» (2011) pp. 1081-1082.

¹⁶² En la CISG, en virtud del artículo 46 CISG: «1. (...) / 2. Si las mercancías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato (...) / 3. Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. (...)».

¹⁶³ Cfr. Considerando (16) de la Directiva 1999/44.

¹⁶⁴ Informa sobre esta cuestión para la regulación de los vicios materiales en la compraventa del BGB, MORALES MORENO, «El derecho a la reparación o sustitución» (2006) pp. 199-202; BECH SERRAT, *InDret* (1/2010) pp. 29-30. Para el Derecho español, FENOY PICÓN (2006) [20]-[22] pp. 56-70, en particular [22] y (2005) p. 544; plantea la necesidad de

de segunda mano de su ámbito de aplicación. Pero el artículo 1193 PC, al que no parece desplazar el artículo 1483 PC, dispone la sustitución «cuando la naturaleza de la obligación no lo impida». La naturaleza de la obligación determinará si en la concreta compraventa del bien de segunda mano procede o no que el comprador pueda exigir la sustitución del bien por otro conforme con el contrato¹⁶⁵.

2.4 El cambio de remedio, una vez ejercitado el del cumplimiento de la obligación no dineraria y no obtenido oportunamente: el artículo 1194 PC

[50] El artículo 1194 PC dispone:

«El acreedor que hubiese pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconozca.»

[51] Sobre el artículo 1194 PC:

- a) Se refiere de modo expreso a la obligación no dineraria¹⁶⁶.
- b) Abarca distintos supuestos bajo el presupuesto de que el acreedor no obtenga la oportuna satisfacción de su derecho tras el ejercicio del cumplimiento. Por ejemplo, el acreedor obtuvo sentencia en la que se condenaba al deudor al cumplimiento en cierto plazo y éste no cumple; o en la sentencia no se estableció plazo determinado para el cumplimiento y el deudor no cumple en uno razonable. La norma del artículo 1194 PC puede aplicarse al ejercicio extrajudicial del cumplimiento (cumpliéndose unos parámetros razonables).

Si elegido el camino del cumplimiento y no obteniendo oportuna satisfacción, se impusiere al acreedor continuar en dicho camino, no se le permitiría solucionar de modo adecuado su problema del

revisar el aspecto de la sustitución en la compraventa de cosa específica o de segunda mano en el Derecho español, BECH SERRAT [(1/2010) pp. 35-36, *vid.* además la nota que sigue a ésta]; *vid.* TORRELLES TORREA, «Artículo 120 TRLGDCU» (2011) pp. 1104-1105.

¹⁶⁵ Recordando para la compraventa de consumo, los artículos 6 de la Ley 23/2003 y 120.g) TRLGDCU, a propósito de la exclusión de la sustitución en los productos no fungibles y de segunda mano, BECH SERRAT alude a la última frase del artículo 1193 PC («cuando la naturaleza de la obligación no lo impida»), expresión a la que califica de «un tanto ambiguamente» [*InDret* (1/2010) p. 36].

¹⁶⁶ CLEMENTE MEORO indica, que del artículo 1194 PC parece que no hay *ius variandi* para la obligación dineraria: elegido el cumplimiento no puede después optarse por la resolución. A su entender tal afirmación ha de matizarse. Según el artículo 1200.I PC, ante el incumplimiento del retraso, el acreedor puede fijar al deudor un plazo razonable para cumplir y si el deudor no cumple, el acreedor podrá resolver, siendo esto aplicable a la obligación dineraria. Lo que el acreedor de la obligación dineraria no puede hacer, señala este autor, «es exigir el cumplimiento sin conceder un plazo razonable y luego optar por la resolución»; los dos retrasos en el cumplimiento es lo que permite al acreedor cambiar de remedio y optar por la resolución [(2011) p. 7].

incumplimiento del deudor. En cambio, sí contará con adecuada solución, si se le permite cambiar de remedio (*ius variandi*). Así lo dispone el artículo 1194 PC. Desistiendo del cumplimiento, el acreedor evita que la solución del incumplimiento se alargue en el tiempo y posiblemente evite gastos. Por ejemplo, desiste del cumplimiento y ejercita la resolución de la relación contractual [cfr. además art. 1200.I PC; para el cumplimiento y cláusula penal: *infra* [53] d)].

[i] Artículo 7.2.5 Principios UNIDROIT:

«(Cambio de remedio)

(1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio.

(2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio».

a) En el Comentario 2 del artículo se indica que el acreedor cambia quizás de parecer porque, antes de la ejecución de la sentencia, ha descubierto la incapacidad del otro para cumplir¹⁶⁷.

c) El artículo 1194 PC ordena que el acreedor puede ejercitar «las restantes acciones [*sic*] que la ley le reconoce». Es norma de remisión al resto del ordenamiento. En relación con la *Propuesta civil*, los restantes remedios son la reducción del precio, la resolución de la relación contractual y la indemnización de daños (art. 1190 PC). También considero incluido el derecho a suspender el cumplimiento de la propia prestación mientras la otra parte no cumpla (art. 1191 PM). Pero, la expresión de las restantes acciones me plantea la siguiente cuestión.

El remedio del cumplimiento abarca la reparación, la rectificación o la sustitución de la prestación ejecutada por otra conforme a lo pactado (art. 1193 PC). La cuestión es si, ejercitada una modalidad de cumplimiento y no habiendo el acreedor obtenido oportunamente su satisfacción, puede desistir de ella y ejercitar la otra modalidad de cumplimiento, o, si el ejercicio de una determinada modalidad de cumplimiento agota, cumpliéndose los requisitos

¹⁶⁷ Principios UNIDROIT (2004) pp. 226-227. En el Comentario 2 también se destaca que el cambio de remedio se permite, si los intereses del incumplidor se encuentran protegidos (podría haber preparado el cumplimiento, haber incurrido en gastos), de ahí que tal cambio sólo pueda realizarse si el acreedor no recibe la prestación en el plazo que se le indica u en otro razonable (*op. cit.* p. 226). En relación con el apartado (2), en el Comentario 3 se señala que se refiere al supuesto en que se ha intentado ejecutar la sentencia o laudo que impone el cumplimiento: «[e]n este caso, es obvio que la parte perjudicada puede recurrir inmediatamente a otros remedios» (*op. cit.* p. 227).

del artículo 1193 PC, las otras modalidades de cumplimiento. El artículo 1194 PC emplea la expresión de las «restantes acciones» y parece que ello puede interpretarse de conformidad con la alternativa expuesta en segundo lugar. Sin embargo, creo que es solución más adecuada la primera alternativa, aunque no creo que se dé frecuentemente en la realidad¹⁶⁸. Distinta es la cuestión de cuantas veces el acreedor puede insistir en exigir del deudor el cumplimiento de la obligación.

d) En el Código civil, el precepto más próximo al artículo 1194 PC es el artículo 1124.II, segunda regla, según el cual, el perjudicado «[t]ambién podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible». El artículo 1124.II CC dispone la posibilidad de cambiar del cumplimiento a la resolución para el único caso en que el cumplimiento sea imposible. En vez de proceder a una interpretación estricta sobre lo que es imposible en el artículo 1124 CC, puede realizarse otra más laxa, entendiendo que incluye los casos en los que habiendo el acreedor ejercitado el cumplimiento, no ha obtenido oportuna satisfacción de su interés en plazo razonable¹⁶⁹.

En mi opinión es correcto y adecuado disponer del artículo 1194 PC¹⁷⁰.

2.5 El cumplimiento de la obligación (de hacer) de emitir una declaración de voluntad: el artículo 1195 PC. Su relación con el artículo 1149.I PC

[52] Según el artículo 1195 PC:

«Si la obligación consistiera en emitir una declaración de voluntad, podrá el acreedor exigir la realización de su derecho conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero si se hubiese pactado una pena para el caso de incumplimiento sólo podrá exigirse la efectividad de ésta, salvo pacto en contrario.»

¹⁶⁸ En la falta de conformidad del TRLGDCU, si la modalidad de cumplimiento que el consumidor ejercitó no tuvo éxito, puede optar por ejercitar la otra modalidad de cumplimiento o la reducción del precio o la resolución [art. 120 d) y f) TRLGDCU]. Ahora bien, mientras el artículo 1194 PC requiere que el deudor no cumpla, en el TRLGDCU, el vendedor ha llevado a cabo una efectiva actividad de cumplimiento sin éxito.

¹⁶⁹ Vid. CARRASCO PERERA (2010) núm. 40, pp. 1147-1148; SAN MIGUEL PRADERA, «Artículo 1124 CC», § 4 (2010) p. 1250; DE PABLO CONTRERAS (2008) § 74 pp. 221, 224; vid. la conocida STS, 1.ª 18 de mayo de 1993 (Pte. José Almagro Nosete, FD 5.º; El Derecho EDJ 1993/4675).

¹⁷⁰ SAN MIGUEL PRADERA considera: «Sólo cabe hacer una objeción a la Propuesta y tiene que ver con la ubicación del *ius variandi*. El artículo 1194 PMDOC está colocado entre los preceptos que se ocupan de la regulación del remedio del cumplimiento. Quizá hubiera sido más oportuno ubicarlo en el apartado de disposiciones generales puesto que afecta a todos los remedios al permitir al acreedor optar por cualquiera de los inicialmente previstos» [(2011) apartado II, 2.2].

[53] Sobre el artículo 1195 PC, novedad normativa frente al Código civil:

a) Se aplica a la obligación de hacer consistente en emitir una declaración de voluntad, distinguiéndose dos supuestos en función de si se pactó, o no, una «pena» para el caso de su incumplimiento.

b) Si no se pactó «pena», el artículo 1195 primera proposición PC se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. art. 708 LEC¹⁷¹). Se atrae a la *Propuesta civil* la normativa procesal.

c) Si se pactó una «pena» para el caso de incumplimiento de la obligación de emitir una declaración de voluntad (art. 1195 segunda proposición PC), el acreedor sólo puede exigir aquella y no el cumplimiento forzoso de la obligación. La norma es dispositiva («salvo pacto en contrario»).

d) Desglosado el artículo 1195 PC, voy a analizarlo en el contexto de la *Propuesta civil*. Por ello voy a referirme al artículo 1147.I PC, ubicado en la regulación «De la cláusula penal» (arts. 1146 a 1152 PC).

d.1) El artículo 1149.I PC dispone:

«El ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, salvo que éstas hubiesen sido estipuladas para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible.»

d.2) El artículo 1149.I PC se aplica a la «indemnización convenida» y a la «pena convencional»¹⁷², terminología diferente de la

¹⁷¹ Sobre el artículo 708 LEC, señala GARCÍA RUBIO: «Creo preferible considerar que el artículo 708.1 de la LECiv contempla en general el incumplimiento del precontrato, tanto bilateral o sinalagmático, como unilateral, así como todas aquellas situaciones de incumplimiento de negocios autónomos realizados en una determinada fase del *iter* negocial y que tienen como objeto principal la celebración de un segundo negocio» [(2003) p. 1887; *vid.* p. 1882]. Considera que en los supuestos de los artículos 708.1 y 708.2.I LEC la actividad del tribunal no es de ejecución, sino de sustitución: «En los dos supuestos [art. 708, 1 y 2, LEC] estimo que la ejecución forzosa de la obligación no consiste en que la resolución judicial produzca la emisión de una declaración de voluntad, sino el tener por emitida ésta. Por lo tanto, genuinamente la actividad del tribunal no constituye una actividad de ejecución, sino de sustitución de la voluntad renuente del precontratante incumplidor. La resolución a la que se hace alusión en estos dos primeros números del artículo 708 de la LECiv es pues constitutiva, no de condena, y ello a pesar de la remisión que el propio precepto hace al artículo 548 y, por lo tanto, a la “resolución de condena”. Pero es que, en realidad, la decisión judicial no se limita a suplir la declaración de voluntad del cumplidor, sino genuinamente sustituye al propio contrato principal que no llegó a celebrarse o al menos no lo hizo entre las partes que lo proyectaron en el contrato promesa anterior. (...)/ Desde esta perspectiva y en atención a la mentada naturaleza constitutiva del acto judicial, la ubicación sistemática de ambos párrafos del artículo 708 de la LECiv sería incorrecta» (*op. cit.* pp. 1887-1889). *Vid.* MORALES MORENO, «Pretensión de cumplimiento» (2006) p. 84; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (2001) pp. 430-433.

¹⁷² En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, PANTALEÓN PRIETO: «[r]especto de los *pactos de agravación de la responsabilidad*, el problema más interesante

que se emplea en el Código civil (arts. 1152 a 1155¹⁷³). Marín García critica el empleo de esas dos expresiones, pues lo considera «extraña en nuestro Derecho (...), sin ningún motivo aparente, puesto que el término jurídico al uso en Derecho español es “cláusula penal”, con independencia de que no haya agravación de la responsabilidad por incumplimiento del deudor»¹⁷⁴. Por su parte, Arana de la Fuente ha precisado que la *Propuesta civil* no «crea en rigor nuevos tipos de cláusula penal»¹⁷⁵; mantiene la categoría genérica de «cláusula penal», estableciendo la denominación «legal» de dos tipos de cláusulas¹⁷⁶. «La Propuesta denomina “indemnización convenida” a la pena sustitutoria o liquidatoria; y “pena convenida”, a la cumulativa o pena *stricto sensu*»¹⁷⁷. Uno y

es si convendría distinguir y regular separadamente en el Código Civil las «cláusulas de liquidación del daño» y las «cláusulas penales en sentido estricto» [ADC (1993) pp. 1743-1744].

¹⁷³ LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: «Las modalidades de cláusula pueden ser infinitas: se puede pactar que se pagará mucho, o poco; que se abonará una cantidad en lugar de los perjuicios causados por el incumplimiento, o además de tales perjuicios, incluyendo o no el valor de la prestación convenida que no se efectuó...Cualesquiera modalidad son, en principio, lícitas, y pueden pactarse con eficacia al amparo del principio de libertad contractual, mientras el pacto no vulnere los amplios límites puestos a ella por el Cc» [LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA, *Elementos II-1.º*, 2.ª ed. (1985) p. 368; *vid. además* RODRÍGUEZ TAPIA, ADC (1993) pp. 537-542.]. MANRESA y NAVARRO (en 1901): «Teniendo ésta [la pena] siempre un mismo fundamento para poder ser exigida, el incumplimiento de la obligación principal, puede tener dos aspectos y fines distintos: ya limitada su condición estricta de pena que castiga la infracción cometida, ya como medio de reparar los perjuicios que ésta supone. En el primer caso, la pena no resuelve el problema de la indemnización, que deja intacto; en el segundo, *por regla general*, lo soluciona, significando entonces un cálculo aventurado, pero legítimo, dada la libertad que la ley concede a los contratantes, de los perjuicios que el incumplimiento de la obligación supondrá, y un medio de evitar las dificultades de prueba y aun de éxito, que según se expuso en su lugar, supone para toda demanda de daños y perjuicios la actitud de los tribunales. Por esto es indudable que para la procedencia del pago de la pena basta el incumplimiento de la obligación principal, y esto no sólo cuando conserva aquélla su carácter estricto de sanción (que entonces es evidente), sino también cuanto tiene el de medio reparatorio de daños y perjuicios, cuya cuantía no será necesario pruebe el actor, porque de antemano está fijada, y cuya existencia tampoco tiene que probar, porque tales discusiones y dificultades son las que precisamente se han tratado de evitar estipulando la pena. Entendidos sus efectos con este criterio (que es el expresamente declarado en el art. 656 del código argentino), resulta que la cláusula penal viene a constituir en la práctica una excepción a las reglas generales de indemnización de daños y perjuicios» [«Artículos 1152 y 1153 CC» (1901) tomo VIII p. 224]. ESPÍN ALBA destaca que se trata de una figura unitaria que puede cumplir distintas finalidades (liquidatoria/compulsoria), afirmando: «Desde nuestro punto de vista, lo más correcto sería una reformulación del texto legal [CC], que partiendo de la problemática jurisprudencial diera cobijo a las dos figuras, cláusula penal en sentido estricto y cláusula de indemnización sin más. Sin embargo, conocemos las dificultades técnicas y de política legislativa para llevar a cabo una reforma de estas características. (...). Tal vez fuese conveniente empezar a reformular la tesis unitaria respecto de la naturaleza de la cláusula penal» [(1997) pp. 57-58, *vid. desde* la p. 55].

¹⁷⁴ MARÍN GARCÍA, *InDret* (2/2009) p. 9; *vid. también* pp. 12, 13.

¹⁷⁵ ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 5.

¹⁷⁶ ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 6.

¹⁷⁷ ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 6. La autora indica que tales denominaciones coinciden con el artículo 1 de la Resolución (78) 3, de 20 de enero de 1978, relativa a las cláusulas penales en Derecho civil, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

otro tipo de cláusula penal cuentan con algún efecto diferente (cfr. por ejemplo arts. 1148, 1149.II PC¹⁷⁸).

d.3) El artículo 1149.I PC dispone una regla y sus excepciones. Es regla, que si el acreedor opta por ejercitar el cumplimiento en forma específica, no puede exigir la indemnización convenida o la pena convencional. Esta expresa regla supone otra regla implícita: que el acreedor puede elegir entre exigir el cumplimiento forzoso, o la indemnización convenida o la pena convencional (carácter alternativo)¹⁷⁹. Es excepción a la regla, que la indemnización convenida o la pena convencional se hayan pactado para el incumplimiento del retraso: en tal caso, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación, más la indemnización convenida o la pena convencional. Otra excepción es que el cumplimiento sea imposible: el acreedor podrá exigir la indemnización convenida o la pena convencional. Este artículo 1149.I PC ha sido objeto de valoración por los antes citados autores, Marín García y Arana de la Fuente.

Según Marín García, la compatibilidad entre pena moratoria y cumplimiento en forma específica es «[a]claración poco acertada, porque permite conjeturar que la mencionada acción [la de cumplimiento en forma específica] no es compatible con la reclamación de penas que cubran partidas indemnizatorias dis-

¹⁷⁸ a) Artículo 1148 PC: «El acreedor sólo podrá exigir la indemnización previamente convenida cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso o retardado sea imputable al deudor./ La aplicación de las penas convencionales requerirá la culpa del deudor» [vid. MARÍN GARCÍA, *InDret* (2/2009) pp. 6-7; ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) pp. 6-7]; b) Artículo 1149.II PC: «Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquella pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado»; ARANA DE LA FUENTE: «En caso de incumplimiento del deudor, si el acreedor optare por la resolución del contrato, el art. 1149-2.º de la Propuesta prevé un distinto régimen para cada tipo de cláusula penal: la «indemnización convencional» (pena sustitutiva) es compatible con la resolución del contrato, sin restricciones; la «pena convencional» (pena acumulativa) no es compatible con la resolución, salvo que se trate de una pena moratoria» [*InDret* (4/2010) p. 7, *vid.* hasta p. 8].

¹⁷⁹ Para la normativa del Código civil, señalan la posibilidad de optar, por ejemplo: LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA, *Elementos II-1.º*, 2.ª ed. (1985) pp. 379-380; CABANILLAS SÁNCHEZ, «Artículo 1153 CC» (1993) 2.ª ed., tomo II, pp. 159-160; MANRESA y NAVARRO, «Artículos 1152 y 1153 CC» (1901) tomo VIII p. 226; SCÆVOLA «Artículos 1153, 1154 y 1155 CC» (1902) tomo XIX pp. 836-837. A excepción de Scævola, dichos autores se refieren a los aspectos en que, ejercitada la opción, no cabe la retractación; a la posibilidad de cambiar en el supuesto de que el cumplimiento resulte imposible; y a la posibilidad de reclamar cumplimiento y pena moratoria. *Vid.* artículos 1153 segunda regla CC, 56 CCO.

El artículo 1081 PCC 1851 disponía: «El acreedor puede reclamar á su eleccion el cumplimiento de la obligación ó el de la pena estipulada contra el deudor moroso. Unicamente podrá reclamar las dos cosas si asi se hubiere pactado; en cuyo caso podrán los tribunales moderar la pena si fuere excesiva./ La cláusula penal es la compensacion de los daños é intereses causados por la falta de cumplimiento de la obligación; pero en las obligaciones de cantidad determinada queda sujeta á la limitacion del artículo 1650». *Vid.* P. 5.11.34.

tintas a la mora y que serían igualmente exigibles a causa del incumplimiento». «Asimismo, el 1149.I de la Propuesta establece que la pretensión del acreedor dirigida a la pena se pierde ante el solo hecho de exigir la prestación principal. Regla opuesta a la que había sostenido la doctrina frente al silencio del CC: tras el incumplimiento, el acreedor podía optar por la pena hasta la realización de la prestación principal (...). Así, de conformidad con el 1149.I, el acreedor que reclama la prestación principal sólo podrá exigir la pena ante la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, situación altamente improbable si dicha imposibilidad se debe a razones objetivas (imposibilidad sobrevenida no imputable)»¹⁸⁰.

Arana de la Fuente, quien destaca que el artículo 1149.I PC no diferencia entre «indemnización» convenida y «pena» convenida¹⁸¹, entiende que el precepto impide acumular cumplimiento específico y cláusula penal (perspectiva de Derecho sustantivo), modificando el artículo 1153 CC «que permite el pacto en tal sentido como modalidad de pena cumulativa»¹⁸². «Parece perfectamente justificado que la Propuesta prohíba acumular cumplimiento específico y cláusula penal, pues ambos remedios no son acumulables. En efecto, la pena sólo opera cuando se produzca el incumplimiento previsto por las partes que, por definición, no será total y definitivo cuando el acreedor pueda pedir conjuntamente el cumplimiento específico de la prestación principal y el pago de la pena. Por tanto, la facultad de acumular cumplimiento específico y pena debe entenderse referida a supuestos de penas previstas para el cumplimiento defectuoso o retrasado, respecto del cual la doble exigencia de cumplimiento exacto y pena convencional no plantea problemas. En este sentido, conviene hacer una precisión: la redacción del artículo 1149-1º de la Propuesta, al compatibilizar de manera expresa el ejercicio de la acción de cumplimiento con la pena moratoria, pero no con penas pactadas para otro tipo de cumplimiento defectuoso, es poco acertada, pues la mencionada acción es también compatible con las penas que cubran partidas indemnizatorias distintas de la mora»¹⁸³.

¹⁸⁰ MARÍN GARCÍA, *InDret* (2/2009) p. 8.

¹⁸¹ ARANA DE LA FUENTE, *Indret* (4/2010) p. 8.

¹⁸² ARANA DE LA FUENTE, *Indret* (4/2010) p. 8.

¹⁸³ ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) pp. 8-9. La autora plantea la cuestión de si el artículo 1149.I PC impide al acreedor, que ha ejercitado de modo principal el cumplimiento específico, ejercitar subsidiariamente la cláusula penal para el supuesto en que el cumplimiento resulte imposible, o en que el deudor no cumpla en tiempo y forma razonable: «Creo que no lo impediría, porque el hecho de que cumplimiento y pena no sean remedios compatibles, no priva al acreedor del derecho a reclamar la efectividad de la cláusula penal si la solicitud de cumplimiento no es atendida debidamente. De este modo,

d.5) Expuesto el artículo 1149.I PC, cotejándolo con el artículo 1195 segunda proposición PC, se constata que el segundo es regla especial frente al primero. El artículo 1195 segunda proposición PC prescribe para la obligación de emitir una declaración de voluntad que, pactada una «pena» para la hipótesis de su incumplimiento, el acreedor *sólo* puede exigir la «pena» y no el cumplimiento forzoso, salvo pacto en contrario. El acreedor no puede optar por exigir el cumplimiento forzoso o la pena (regla general implícita en el art. 1149.I PC) salvo, como he indicado, pacto en contrario¹⁸⁴.

2.6 El *commodum repraesentationis* cuando la obligación de dar cosa determinada es de imposible cumplimiento: el artículo 1196 PC

[54] En virtud del artículo 1196 PC:

«Si resultare imposible la obligación de dar cosa determinada, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de esta. Si las ejercitare, de la indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder se deducirá el valor de lo percibido.»

[55] Sobre el artículo 1196 PC:

a) Ha de relacionársele con el artículo 1186 CC¹⁸⁵, si bien entre ambos artículos media la importante y siguiente diferencia. El artículo 1186 CC requiere una pérdida de la cosa no imputable

además, la regla del art. 1149.1º resulta compatible con lo dispuesto en los arts. 1190, 1194 y 1205 de la Propuesta» (*op. cit.* p. 9).

¹⁸⁴ En relación con el Derecho positivo, GARCÍA RUBIO: «(...) la voluntad de las partes excluyendo *a priori* la ejecución específica del precontrato puede manifestarse tanto de forma expresa, como tácita. Cuando dicha voluntad es expresa la licitud o ilicitud de las cláusulas del precontrato que pretenden excluir la acción de ejecución específica habrá de medirse según los criterios generales en materia de límites a la autonomía de la voluntad, (...). Pero, sin duda, algunos de los problemas más interesantes y conflictivos del contenido del contrato preliminar pueden suscitarse precisamente a la hora de deducir de determinadas cláusulas del mismo la existencia de una voluntad tácita de excluir su ejecución específica. Lo que es lo mismo, que las partes –en caso de incumplimiento de la promesa– no desean la sustitución de la voluntad indócil por la decisión de la autoridad judicial. Cabe plantear aquí, por ejemplo, si una inclusión de arras penitenciales (art. 1454 del CC) o penas convencionales (art. 1152 del CC) sustitutivas de la indemnización por incumplimiento de una promesa de venta implican o no la eliminación de la ejecución específica prevista en la LECiv al modo que se presume, por ejemplo, en el Derecho portugués. Personalmente creo que en general la respuesta ha de ser afirmativa, tanto en el caso de que el precontrato se acompañe de arras penitenciales, como si se le inserta una cláusula penal del tipo descrito» [(2003) pp. 1890-1891].

¹⁸⁵ No contienen precepto semejante al artículo 1196 PC: la CISG, los Principios UNIDROIT y los PECL; cfr. § 285 BGB; *vid.* SALVADOR CODERCH, «Artículo 79 CISG» (1998) p. 653.

al deudor (cfr. arts. 1182, 1105 CC) y dispone que el acreedor puede obtener el *commodum ex re*. El fundamento del artículo 1186 CC es evitar un enriquecimiento sin causa del deudor frente al acreedor¹⁸⁶. Para aplicar el artículo 1196 PC basta con que el cumplimiento de la obligación de dar cosa determinada sea imposible (jurídica o físicamente: art. 1192.II.1.º PC). En consecuencia, el artículo 1196 PC se aplica:

a.1) Al supuesto de la imposibilidad de cumplir la obligación de dar cosa determinada que sea incumplimiento excusable a efectos del remedio indemnizatorio (cfr. art. 1209.I PC). En este caso, al acreedor le corresponde el subrogado de la cosa (art. 1196 primera regla PC) y no puede exigir del deudor la indemnización de los daños.

a.2) Al supuesto de la imposibilidad de cumplir la obligación de dar cosa determinada que constituye incumplimiento inexcusable a efectos del remedio indemnizatorio (art. 1209.I PC). Por ejemplo, el vendedor no entrega la cosa al comprador porque la vendió a un tercero, cuya adquisición protege el Derecho. En este otro caso, si el acreedor exige del deudor que le indemnice los daños por incumplimiento, de la indemnización ha de deducirse el valor de lo que el acreedor hubiere percibido por las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de la imposibilidad (art. 1196 segunda regla PC). Se evita así que el acreedor pueda obtener por vía indemnizatoria, lo que obtiene con base en el artículo 1196 primera regla PC.

El artículo 1196 segunda regla PC permite al acreedor obtener el *commodum ex negotiatione*. Conviene recordar que Pantaleón ha defendido la aplicación del artículo 1186 CC al *commodum ex negotiane*¹⁸⁷: «[I]o que significa, en esencia, que si el deudor enaje-

¹⁸⁶ Que tendría lugar si el deudor ve extinguida su obligación por ley y retiene el valor que resulte de las acciones por razón de la cosa. Destacan la inaplicación del artículo 1186 CC por el Tribunal Supremo: SAN MIGUEL PRADERA (2004) nota 252 en pp. 151-152, con apoyo en Castilla Barea; Máximo Juan PÉREZ GARCÍA (2005) nota 137, p. 98. Información sobre el fundamento del artículo 1186 CC: SAN MIGUEL PRADERA (2004) nota 259 en p. 154; Máximo Juan PÉREZ GARCÍA (2005) pp. 100-101 y notas 141 a 143 y pp. 105-106. PANTALEÓN PRIETO relaciona el artículo 1186 CC con el artículo 1095 CC [ADC (1993) pp. 1736-1737].

¹⁸⁷ PANTALEÓN PRIETO: «Y no me cabe duda de que también en caso de que la imposibilidad sobrevinida de la prestación de entregar cosa determinada sea imputable al deudor, podrá el acreedor que no haya optado por la resolución del contrato exigir al amparo del artículo 1186 CC, en vez de la indemnización del daño en la medida de su íntegro interés en el cumplimiento, el (en ocasiones, más valioso) *commodum representationis* (y si menos valioso, la cantidad, además, que falte para alcanzar aquella indemnización)» [ADC (1991) pp. 1021-1022, p. 1050; y «artículo 74 CISG» (1998) p. 580]. En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, señala lo deseable de otra redacción del artículo 1186 CC en la que se deje claro, entre otras cosas, que se incluye el *comodum ex re* (cfr. art. 1777 CC) y el *commodum ex negotiatione* (cfr. art. 1778 CC) [PANTALEÓN PRIETO, ADC (1993) p. 1737]. De distinta opinión es Luis Díez-PICAZO [ADC (2007)]:

na a un tercero la cosa debida, el acreedor podrá optar por exigir de aquél, de acuerdo con el mencionado precepto [1186 CC], la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero, o la entrega de lo ya satisfecho por éste»¹⁸⁸. Afirma que las palabras «por razón de ésta [de la cosa]» del artículo 1186 CC «no parecen argumento bastante para limitar el ámbito de aplicación del precepto al *commodum ex re*»¹⁸⁹. La dicción del artículo 1196 PC no presenta los obstáculos que el artículo 1186 CC presenta para admitir su aplicación al *commodum ex negotiatis*¹⁹⁰.

b) A nivel doctrinal, se discute el significado del «corresponderán» del artículo 1186 CC (si implica una transmisión automática de las acciones, o una cesión obligatoria, o una legitimación *ex lege* y especial)¹⁹¹. El artículo 1196 primera regla PC reproduce el verbo y tiempo del artículo 1186 CC, por lo que parece que no se ha querido terciar en la discusión sobre el alcance del «corresponderán» del artículo 1186 CC. Tal disparidad de opiniones es trasladable, por ahora, a la interpretación del artículo 1196 PC.

c) El acreedor puede optar por ejercitar las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de la cosa («[s]i las ejercitare»: art. 1196 segunda regla PC), o ejercitar otro remedio derivado del incumplimiento del cual disponga. Por ejemplo, puede optar

«(...) es sumamente difícil extraer de la idea de la pertenencia del llamado *commodum* al acreedor cuando la obligación de dar cosa cierta y determinada se ha frustrado por la pérdida de la cosa debida o por la imposibilidad sobrevenida, la regla de que un criterio similar debe seguirse cuando el acreedor ha enajenado la cosa a un tercero y ha obtenido con ello un precio. Quizás habría que decir, abruptamente, que en el estado actual de nuestra legislación ello es imposible» (p. 1607; *vid.* hasta p. 1609; para el planteamiento del problema y tesis defendidas: pp. 1601-1603). *Vid.* SAN MIGUEL PRADERA (2004) [174] pp. 152-153 y nota 255; de interés las consideraciones de BARROS BOURIE (2009) núms. 8-16, pp. 32-59, y respuesta de GARCÍA RUBIO (2009) pp. 100-117.

¹⁸⁸ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1022.

¹⁸⁹ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1023.

¹⁹⁰ *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1737.

¹⁹¹ Información: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [178] pp. 157-160. El artículo 1163 PCC 1851 disponía: «El deudor de una cosa perdida sin culpa del mismo *está obligado á ceder* al acreedor cuantos derechos y acciones le asistieren para reclamar su indemnización». El artículo 1186 CC ha suscitado otras cuestiones interpretativas como: la de su aplicación más allá de la obligación de dar cosa determinada [SAN MIGUEL PRADERA (2004) nota 253 p. 152; Máximo Juan PÉREZ GARCÍA (2005) pp. 103-104]; su aplicación más allá de la obligación traslativa del dominio o de otros derechos reales [SAN MIGUEL PRADERA (2004) nota 254 en pp. 152-153]; cuál es el alcance de esas acciones por razón de la cosa [SAN MIGUEL PRADERA (2004) nota 260 pp. 154-155; PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) nota 8 en p. 1022]; si incluye el *commodum ex negotiatione* bajo el presupuesto de la aplicación extensiva del artículo 1186 CC [problema del que ya he dado cuenta; SAN MIGUEL PRADERA (2004) nota 260 pp. 155-156]; y si se aplica a las obligaciones sinalagmáticas [SAN MIGUEL PRADERA (2004) [175] p. 155 y nota 261 en p. 156]. *Vid.* la nota que sigue a esta.

Pensando en la reforma del artículo 1186 CC, PANTALEÓN PRIETO no es partidario de extender su aplicación a las obligaciones de hacer o no hacer (admitiendo que otra cosa es lo que pueda resultar de la interpretación integradora del contrato) [*ADC* (1993) p. 1737].

por resolver la relación contractual, en lugar de ejercitar el derecho que le confiere el artículo 1196 PC¹⁹².

IV. EL DERECHO DEL DEUDOR DE SUBSANAR SU INCUMPLIMIENTO

[56] Es obvio que no constituye un remedio del acreedor, por el incumplimiento del deudor. Mediante el ejercicio y ejecución del derecho del deudor a cumplir (a subsanar su incumplimiento) se logra satisfacer el interés del acreedor en obtener la prestación contratada (cumplimiento *in natura*). Esto justifica que lo analice tras el estudio del remedio del cumplimiento del acreedor (arts. 1192 a 1196 PC). El derecho de subsanar el incumplimiento permite la conservación del contrato.

La *Propuesta civil* no regula este derecho del deudor¹⁹³. Las *Propuestas sobre compraventa* (art. 1492) y *mercantil* (art. 63.1 y 63.3) sí lo contemplan. Comienzo la exposición con la *Propuesta mercantil*.

[57] *Propuesta mercantil*.—El artículo 63 PM dispone:

«1. En los contratos mercantiles la parte que no haya cumplido su prestación en el plazo establecido, o lo haya hecho defectuosamente, siempre que ello no implique un incumplimiento esencial del contrato, podrá subsanar a su costa el incumplimiento si lo hace en plazo razonable.

2. (...).

3. En los dos supuestos anteriores la parte perjudicada por el incumplimiento podrá suspender el cumplimiento de su prestación mientras que la subsanación no se haga efectiva, y conservará el derecho a la indemnización de daños y perjuicios que la subsanación no pueda evitar.»

[58] Sobre el artículo 63, 1 y 3, PM:

a) Con la expresión «contratos mercantiles»¹⁹⁴ se delimita el ámbito de aplicación del artículo y se marca la diferencia con el

¹⁹² PANTALEÓN PRIETO ADC (1993) p. 1737. SAN MIGUEL PRADERA defiende la aplicación del artículo 1186 CC a las obligaciones sinalagmáticas: «Ahora bien, a pesar de que nuestro ordenamiento no lo prevé expresamente, lo razonable es entender que queda abierta la posibilidad de una *reducción proporcional* de la contraprestación del acreedor según el valor del *commodum* (arg. ex arts. 1460.II, 1469, 1486.I, 1499 CC)» [(2004) [175] p. 156; también [176] p. 156]; *vid.* Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.^a ed. (2008) pp. 796-797.

¹⁹³ Tampoco lo hace el Código civil con carácter general. Puede reconocerse en el artículo 1504 CC: mientras el acreedor no resuelva la compraventa, el deudor puede subsanar su incumplimiento. *Vid.* CARRASCO PERERA (1989) núm. 12 en p. 739.

¹⁹⁴ Artículo 50 PM: «1. Son contratos mercantiles los celebrados por empresarios en el ejercicio de su actividad profesional, incluidos los realizados con los consumidores».

contrato civil. Sin embargo, tal indicación no es necesaria y sería conveniente su supresión, pues el artículo 63 PM se ubica en la Sección «Del incumplimiento de los contratos mercantiles»¹⁹⁵.

b) El supuesto de hecho normativo se configura por distintos elementos. Ha de tratarse de una obligación vencida, exigible e incumplida; el incumplimiento puede consistir en que el deudor no realizó la prestación (por ejemplo, no entregó la cosa, no prestó el servicio) o realizó un cumplimiento defectuoso (por ejemplo, entrega de mercancía defectuosa, falta de conformidad); por último, el incumplimiento no ha de constituir un incumplimiento esencial (cfr. art. 64.1 PM *infra* [80] y [81]).

La exigencia de que el incumplimiento no sea esencial encierra cierta dificultad práctica y jurídica, pues un incumplimiento esencial en el que el deudor no dispone del derecho de subsanación (por ejemplo, la máquina no funciona en modo alguno) puede dejar de serlo si el deudor ejercita su derecho de subsanar el incumplimiento –por ejemplo, ofrece al acreedor su reparación y el tiempo que la misma requiere no incide en el interés contractual del acreedor de disponer de la máquina en funcionamiento–.

c) No se indica si el deudor ha de ejercitar su derecho de subsanar antes de que el acreedor ejercite su facultad de resolver la relación contractual, o si puede ejercitarlo incluso cuando el acreedor le notifica la resolución de la relación contractual (paralizándola). La no regulación de la relación entre este derecho y la resolución puede deberse a que aquél se aplica al incumplimiento no esencial, el cual no permite la resolución del vínculo contractual (cfr. art. 64.1 PM). Pero, como he indicado, un incumplimiento esencial puede dejar de serlo si el deudor ejercita su derecho a subsanar su incumplimiento.

d) La subsanación, que el deudor debe llevar a cabo en plazo razonable, implica la asunción de su coste. Son dos reglas razonables: la primera porque al acreedor se le impone un cumplimiento retrasado; la segunda, porque la causa de la subsanación es el incumplimiento del deudor.

e) Al acreedor, la subsanación ejercitada por el deudor, le permite suspender el cumplimiento de su propia prestación mientras la subsanación no se haga efectiva (*vid. infra* [74]). Además, conserva su derecho a ser indemnizado de los daños que la subsanación no haya logrado evitar (como mínimo el daño por el retraso en el cumplimiento).

¹⁹⁵ Sección 8.ª, título IV «Disposiciones generales sobre los contratos mercantiles», del Libro I del Código de comercio.

[i] Artículo 7.1.4 Principios UNIDROIT:

«(Subsanación del incumplimiento)

(1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:

- (a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;
- (b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;
- (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y
- (d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.

(2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.

(3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.

(4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente de subsanación.

(5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación».

a) En el Comentario 1 del artículo se señala que el precepto favorece la conservación del contrato, que refleja el principio de política jurídica de minimizar los daños (mitigar los daños) y el principio básico de buena fe y lealtad. Se le relaciona con los artículos 38 y 48 CISG¹⁹⁶.

Sobre el requisito (b) del apartado (1) (Comentario 2) se precisa que «la subsanación no se ve impedida sólo porque el incumplimiento sea considerado esencial. Los factores a ser tenidos en cuenta para determinar lo apropiado de la subsanación incluye la determinación de si ésta puede resolver el problema y si la demora necesaria o probable que conlleve dicha subsanación no constituye en sí misma un incumplimiento esencial»¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Principios UNIDROIT (2004) p. 204.

¹⁹⁷ Principios UNIDROIT (2004) p. 205. El acreedor puede oponerse al derecho de subsanación del deudor si tiene un interés legítimo [cfr. art. 7.1.4 (c)]. El ejemplo de los Principios UNIDROIT es: «“A” conviene construir un camino en la propiedad de “B”. Cuando el trabajo ha sido terminado, “B” descubre que la superficie del camino tiene una inclinación mayor que la permitida en el contrato. “B” también descubre que durante la construcción, los camiones de “A” han dañado sus árboles. “A” notifica a “B” su intención de subsanar, nivelando el camino como lo exige el contrato. Aun siendo apropiada la subsanación en esas circunstancias, “B” podría encontrarse legitimado a rechazarla a fin de evitar que los árboles continúen siendo dañados» [Comentario 4 del art. 7.1.4, Principios UNIDROIT (2004) p. 208]. En dicho Comentario 4 se precisa que «si se cursa una notificación de subsanación apropiada a las circunstancias, se presume que la parte incumplidora tiene derecho a subsanar su incumplimiento» (p. 205). Sobre la letra (d) del artículo 7.1.4 (1) se comenta: «La subsanación debe efectuarse inmediatamente después de la notificación de la subsanación. El momento para el ejercicio del derecho a subsanar es esencial. La parte incumplidora no puede encerrar a la parte perjudicada en un prolongado

En el Comentario 8, para el apartado (2) del artículo 7.1.4 Principios UNIDROIT, se indica que si el perjudicado resolvió correctamente (el incumplimiento era esencial y notificó la resolución), sus efectos (así el efecto liberatorio) quedan «suspendidos por una notificación efectiva de subsanación. Si se subsana la falta de cumplimiento la notificación de subsanación (*sic*, de resolución) carecerá de efectos. Por otra parte, los efectos de la resolución se despliegan si ha expirado el plazo de la resolución (*sic*, de subsanación) y no se ha subsanado algún incumplimiento esencial»¹⁹⁸.

[ii] Artículo 8:104 PECL:

«Cure by Non-Performing Party

A party whose tender of performance is not accepted by the other party because it does not conform to the contract may make a new and conforming tender where the time for performance has not yet arrive or the delay would not be such as to constitute a fundamental non-performance». Cfr. artículos III.-3:201 a III.-3:205 DCFR¹⁹⁹.

[59] *Propuesta sobre compraventa.*—Para los vicios jurídicos, el artículo 1492 PCV ordena que, tras el ejercicio por el comprador de la resolución de la relación de compraventa o de la reducción del precio, el vendedor pueda oponerse a ellos ejercitando el derecho de subsanar su incumplimiento. Este derecho ha de ejercitarlo sin demora y sin costes e inconvenientes significativos para el comprador y tiene el límite del incumplimiento esencial para el remedio de la resolución de la relación contractual (no podrá ser paralizada).

[i] Artículo 1492 PCV:

«El vendedor puede oponerse a la resolución del contrato o a la reducción del precio si, tras la notificación del comprador, sin dilación y sin costes ni inconvenientes significativos para éste subsana el defecto en el cumplimiento; pero no podrá impedir la resolución si el incumplimiento hubiese sido esencial»²⁰⁰.

[ii] Artículo 48 CISG:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa, todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. No obstante,

período de espera. La falta de perjuicio a la parte perjudicada no justifica la demora de la parte incumplidora en la subsanación» (p. 206).

¹⁹⁸ Principios UNIDROIT (2004) p. 207.

¹⁹⁹ Vid. además *Comment C* del artículo III.-3:502 DCFR (p. 856), *Introduction* (núm. 44 p. 17) [las citas de VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

²⁰⁰ Vid. primer núm. 25 (*sic*) de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

2. Si el vendedor le pide al comprador que le haga saber si acepta el cumplimiento y el comprador no atiende la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, antes del vencimiento de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.

3. Cuando el vendedor comunique que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, se presumirá que pide al comprador que le haga saber su decisión conforme al párrafo precedente²⁰¹.

a) Pese a la amplia redacción del artículo 48.1 («todo incumplimiento de sus obligaciones») Honnold considera que se aplica a la entrega de mercaderías defectuosas (consistiendo la subsanación en la sustitución, en la reparación)²⁰². Recuerda que en la tramitación del artículo 48 CISG había acuerdo general acerca de que la determinación de si el incumplimiento es o no esencial (cfr. art. 25 CISG) debe decidirse teniendo presente la oferta del vendedor de subsanar: el derecho del comprador de resolver la relación contractual (que requiere del incumplimiento esencial) no puede anular el derecho del vendedor de subsanar el incumplimiento. De ahí que se adoptase la expresión «[s]in perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49», precepto que regula el derecho del comprador a declarar resuelto el contrato, y expresión con la que se inicia el tenor del artículo 48.1 CISG²⁰³.

[60] *Propuesta civil*.—Tras la antecedente exposición, entiendo que la *Propuesta civil* debería regular, con carácter general, el derecho del deudor de subsanar su incumplimiento. ¿Dónde ubicarlo? Posiblemente no sea inadecuado situarlo en las «Disposiciones Generales» del incumplimiento (arts. 1188 a 1191 PC). Así lo hacen los Principios UNIDROIT (capítulo 7, sección 1) y los PECL (capítulo 8)²⁰⁴. Por otro lado, esos textos, junto con la CISG, ofrecen unos modelos de las cuestiones que plantea el derecho del deudor de subsanar su incumplimiento y sus posibles soluciones, a tener en cuenta.

²⁰¹ Continúa el artículo 48 CISG: «4. La petición o comunicación hecha por el vendedor conforme al párrafo 2 o al párrafo 3 de este artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador». Cfr. artículo 38 CISG.

²⁰² HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 295 pp. 339-340.

²⁰³ HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 296 pp. 340-342; también, núm. 184 pp. 238-239. Vid. LÓPEZ LÓPEZ «Artículo 48 CISG» (1998) pp. 428-429, 431-432 (con crítica de restringir el precepto a la entrega de mercaderías defectuosas).

²⁰⁴ Otra opinión PANTALEÓN PRIETO: «e) El cumplimiento ha de seguir siendo en principio, frente a los remedios alternativos del acreedor, *también un derecho del deudor*, incluso del que incumple por causa a él imputable. Ello ha de quedar patente en la disciplina de la resolución y la reducción del precio» [ADC (1993) p. 1731; cursiva del autor].

V. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO

[61] Inicio el análisis de los remedios sinalagmáticos (reducción del precio, suspensión del cumplimiento de la propia prestación y resolución de la relación contractual).

La *Propuesta mercantil* no regula la reducción del precio; sí lo hacen las *Propuestas civil* (arts. 1197, 1198 PC) y *sobre compraventa* (arts. 1482.I, 1487, 1493 PCV).

5.1 LA REDUCCIÓN DEL PRECIO: NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS, SUPUESTO DE HECHO Y EFECTOS

[62] *Propuesta civil*.—El artículo 1197 PC dispone:

«La parte que hubiere recibido una prestación no conforme con el contrato, podrá aceptarla y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación tenía en el momento en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento si hubiera sido conforme con el contrato.

La parte que tenga derecho a reducir el precio y que haya pagado una suma mayor, tendrá derecho a reclamar el reembolso del exceso.

(...)» (párrafo III: *infra* [67]).

[63] Sobre la reducción del precio y el artículo 1197 PC:

a) La *Propuesta civil* dispone la reducción del precio como remedio general del incumplimiento (arts. 1190, 1197, 1198 PC), lo que no hace el Código civil que la recoge en los contratos en particular (compraventa, arrendamiento de cosas) y sobre cuya naturaleza jurídica se ha discutido²⁰⁵. Pese al importante cambio que la *Propuesta civil* implica frente al Código civil, es probable que no haya planteado gran discusión el disponer una regulación general de la reducción del precio, con la naturaleza, insisto, de remedio por incumplimiento²⁰⁶.

²⁰⁵ Sobre la naturaleza jurídica de las acciones edilicias: FENOY PICÓN (1996) [77] ss. pp. 115 ss.

²⁰⁶ Tras transcribir el artículo 9:401 PECL (Right to Reduce Price) y citar a A.M. MORALES, Luis Díez-PICAZO señala: «En nuestro Derecho positivo donde las normas de los PECL no existen, nosotros no vemos especial inconveniente para que una jurisprudencia constructiva pudiera alcanzar la misma solución mediante una interpretación extensiva y analógica de los preceptos de la compraventa relativos al saneamiento o garantía de vicios o defectos ocultos» [*Fundamentos-II*, 6.ª (2008) p. 799]. *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1724 y *ADC* (1991) p. 1051; MORALES MORENO, *ADC* (2003) p. 1642. Para DURÁN RIVACOBIA: «Igualmente, resulta loable la previsión específica de la reducción del precio (cfr. arts. 1197 y 1198 P.) como recurso efectivo contra incumplimientos leves (cfr. art. 1199, *a contrario*, P.)» [el art. 1999.I se refiere al incumplimiento esencial, incumplimiento que permite resolver el vínculo contractual: *infra* [82] y [83]; (2010) p. 253].

[i] En la STS, 1.ª, 3 de septiembre de 2010 (Pte. Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías) se menciona el artículo 1197 PC:

«En realidad Límite incumplió el contrato de compraventa, puesto que vendió una sociedad con un elevado nivel de pérdidas y otras problemáticas que se consideran probadas en la sentencia recurrida. Por ello, Preventiva ante este incumplimiento, optó por ofrecer una reducción del precio o la resolución, lo que está admitido como uno de los remedios para el incumplimiento en los textos europeos (art. III.-3:601 Draft Common Frame of Reference, que permite al acreedor reducir el precio cuando el cumplimiento no es conforme con los términos de la obligación; también en el art. 1197 de la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, 2009)» (FD 3.º; El Derecho, EDJ 2010/190365).

b) Sobre la función práctica de la reducción, con ella se logra el equilibrio querido en el contrato, una vez constatado lo erróneo del precio pactado por conocerse la anomalía cualitativa de la prestación ejecutada por el deudor, y que el acreedor desconocía en el momento de la perfección del contrato.

c) La reducción del precio requiere la ejecución de una prestación no conforme con el contrato²⁰⁷. Cuando el acreedor descubre ese incumplimiento –al ofrecérsele el cumplimiento (carácter aparente) o después (carácter oculto)– puede decidir aceptar la prestación del deudor y reducir el precio.

d) La reducción del precio se aplica al incumplimiento excusable y al inexcusable, a efectos del remedio indemnizatorio (art. 1209 *in fine* PC)²⁰⁸. En la falta de conformidad inexcusable, junto con la reducción del precio, el acreedor podrá exigir la indemnización de los otros daños (de lo que se ocupa el art. 1198 PC: su análisis *infra* [65] ss.).

He indicado que no habrá resultado muy problemática la generalización de la reducción del precio –añado ahora– en un ordenamiento que conoce la *quanti minoris* (art. 1486.I CC). Para la CISG, es conocido que se plantearon discrepancias sobre si se adoptaba o no la reducción del precio como remedio, acogiéndose finalmente en el artículo 50 CISG. La causa del debate también es conocida: para los países de *Civil Law*, la reducción del precio es un remedio familiar; no lo es para los de *Common Law*, que encauzan el problema del menor valor de la cosa a través de la indemnización (si no hay excusabilidad) o a través de la restitución por el enriquecimiento (si hay excusabilidad). HONNOLD, por ejemplo, llega a decir: «El retraso de algunos (*incluyendo al autor*) en captar el especial sentido de la doctrina del Derecho Civil de “reducción del precio” contribuyó a hacer difícil la preparación de la LUCI y los trabajos de UNCITRAL. (...)» [núm. 313, nota 5 en p. 358 (1987 de la trad.); LÓPEZ LÓPEZ, «Artículo 50 CISG» (1998) p. 445; *vid.* notas 4 y 9 a 14 de Derecho comparado del artículo III.-3:601 DCFR: VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 912 y 914].

²⁰⁷ Para un análisis del concepto de falta de conformidad en la compraventa, en el arrendamiento, en el contrato de prestación de servicio y en la donación, teniendo en cuenta el Derecho español, la *Propuesta sobre compraventa* y el DCFR: *vid.* VAQUER ALOY, *ADC* (2011) pp. 11-38.

²⁰⁸ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) pp. 1724 y 1736.

e) A partir de la dicción de los párrafos I («podrá aceptarla y reducir») y III («facultades») del artículo 1197 PC, puede apuntarse que la reducción del precio es una facultad de configuración jurídica que puede ejercitarse extrajudicialmente.

f) Los efectos de la reducción del precio son distintos según que el acreedor haya o no pagado el precio de la prestación recibida. Si no pagó, se limitará a pagar la cantidad resultante tras la reducción²⁰⁹. Si pagó todo el precio (o más de lo debido), la reducción, además de liberarle de pagar la cantidad no debida, conlleva la oportuna restitución de lo pagado en exceso (art. 1197. II PC)²¹⁰.

g) Sobre el método de cálculo de la reducción²¹¹, se calcula una proporción a partir de la diferencia entre el valor de la prestación en el momento en que se ejecutó, y el valor que dicha prestación hubiera tenido, en tal momento, si hubiera sido conforme con el contrato. La proporción obtenida se aplica al precio pactado, obteniéndose la cuantía a reducir. Es el método de cálculo de los artículos 50 CISG²¹² y 122 TRLGDCU.

[i] Artículo 50 CISG:

«Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase o no pagado el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos.»

a) Para Honnold, la función principal del artículo 50 CISG es concretar qué debe el comprador «al vendedor por mercaderías no conformes cuando las circunstancias especiales *exoneren* al vendedor de responsabilidad por daños» (cfr. art. 79 CISG)²¹³.

²⁰⁹ Y si pagó parte del precio, pero, no todo, pagará lo que proceda

²¹⁰ En el *Comment C*, para el apartado (2) del artículo 9:401 PECL, se indica que la parte perjudicada puede obtener la reducción del precio, suspendiendo el pago si no hubiera pagado, o recuperando aquella cantidad del precio correspondiente a la reducción si el precio hubiera sido pagado [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 431]. En la misma línea, *Comment C* del artículo III.-3:601 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 911]. En relación con la CISG: VIDAL OLIVARES (2005) pp. 89-91.

²¹¹ Expone algunos LÓPEZ Y LÓPEZ «Artículo 50 CISG» (1998) pp. 448-450.

²¹² Vid. VIDAL OLIVARES (2005) pp. 86-89.

²¹³ HONNOLD, núm. 309 p. 353 [(1987) de la trad.]. También: «Estos ejemplos [50A y 50B] ilustran el reducido alcance del artículo 50. La fórmula de reducción del precio se aplica sólo cuando el comprador acepta y retiene mercaderías no conformes y juega un importante papel sólo cuando el vendedor no es responsable de la falta de conformidad. Esta combinación de circunstancias es rara. Un impedimento sobrevenido (*«forcé majeure»*)

[ii] Los Principios UNIDROIT no regulan la reducción del precio.

[iii] Artículo 9:401 PECL:

«(Right to Reduce Price)

(1) A party which accepts a tender of performance not conforming to the contract may reduce the price. This reduction shall be proportionate to the decrease in the value of the performance at the time this was tendered compared to the value which a conforming tender would have had at the time.

(2) A party which is entitled to reduce the price under the preceding paragraph and which has already paid a sum exceeding the reduced price may recover the excess from the other party (3) (...). Cfr. artículo III.-3:601 (1) y (2) DCFR.

a) En el *Comment A* del artículo 9:401 PECL se destaca la generalización de la *actio quanti minoris*. Se indica que hay derecho a reducir el precio, si el incumplimiento es incompleto, o no conforme con el contrato, sea en la cantidad, en la calidad, en el tiempo de entrega o de otra manera. El artículo 9:401 PECL sólo se aplica si la parte perjudicada acepta la oferta no conforme²¹⁴. En el *Comment B* se destaca que puede reducirse el precio incluso si el incumplimiento es excusable [arts. 8:108 y 8:101 (2) PECL]²¹⁵.

[64] *Propuesta sobre compraventa*.—Para el incumplimiento de la falta de conformidad, el artículo 1482.I PCV establece el ejercicio extrajudicial de la reducción del precio: esta tiene lugar mediante declaración dirigida a la otra parte (lo mismo para los vicios jurídicos: art. 1490 PCV. La reducción del precio es una facultad de configuración jurídica del comprador²¹⁶.

Los artículos 1487 y 1493 PCV disponen el método de cálculo de la reducción del precio, que coincide con el que establece el artículo 1197.I PC. Sería oportuna la supresión de aquellos preceptos. Por otro lado, conviene recordar que el artículo 1486.I *in fine* CC se refiere a «rebajar una cantidad proporcional del precio, a

re) normalmente impide la producción o la entrega de las mercaderías; y en el raro caso de que el “impedimento” cause una grave falta de conformidad de las mercaderías que llegan a su destino, el comprador, generalmente, no acepta las mercaderías defectuosas. (No fue fácil encontrar un ejemplo convincente para ilustrar el alcance de este artículo)» (núm. 312 p. 355). «En los tres casos estamos asumiendo que, según el artículo 79, (...) el impedimento que obstaculiza la entrega de queso de calidad número 1 exoneró al vendedor de la responsabilidad por daños por incumplimiento del contrato. Por razones que explicaremos más detalladamente, (...) “la reducción del precio” según el artículo 50 tiene su principal significado cuando el comprador acepta mercaderías defectuosas en circunstancias en las que (como los ejemplos 50 A-50 C) el vendedor no es responsable por daños» (*op. cit.*, núm. 312 p. 356).

²¹⁴ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 430. *Vid. Comment A* del artículo III.-3:601 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 910-911].

²¹⁵ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 431. *Vid. Comment B* del artículo III.-3:601 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 911].

²¹⁶ *Vid.* núm. 17 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

juicio de peritos». En el Código civil, al igual que la *Propuesta civil*, se alude a una proporción, pero, a diferencia de la *Propuesta*, en el Código se indica que es a juicio de peritos, siendo el momento relevante el de la perfección del contrato²¹⁷. Son claras las diferencias existentes entre la *Propuesta civil* y el Código civil.

[i] Artículo 1487 PCV:

«La reducción del precio será proporcional a la diferencia entre el valor que la cosa entregada tenía en el momento de la entrega y el que habría tenido en ese momento si hubiera sido conforme con el contrato.»

[ii] Artículo 1493 PCV:

«Cuando el comprador ejercite el derecho a reducir el precio, la reducción se practicará conforme a lo dispuesto en el artículo 1487.»

5.2 LA REDUCCIÓN DEL PRECIO Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS (ART. 1198 PC)

[65] En virtud del artículo 1198 PC:

«La parte que ejercite el derecho a la reducción del precio, no puede demandar daños y perjuicios por disminución del valor de la prestación, pero conserva su derecho a ser indemnizado de cualquier otro perjuicio que haya podido sufrir.»

[66] El artículo 1198 PC requiere la ejecución de una prestación no conforme con el contrato imputable al deudor a efectos del remedio indemnizatorio (art. 1209.I PC; incumplimiento inexcusable). Presupuesto esto:

a) Sobre el menor valor de la prestación no conforme, de la *Propuesta civil* se desprende que el acreedor puede (a su elección) ejercitar la reducción del precio (art. 1197 PC) o exigir ese menor valor de la prestación como partida indemnizatoria (arts. 1205 ss. PC; dualidad de vías jurídicas)²¹⁸. La elección conlleva conse-

²¹⁷ FENOY PICÓN, «Artículo 1486» (2010) §1 pp. 1620-1621; *vid.* LÓPEZ LÓPEZ «Artículo 50 CISG» (1998) p. 454; VIDAL OLIVARES (2005) p. 89.

²¹⁸ Para la CISG, presuponiendo que el vendedor incumplidor no se exonera de indemnizar el daño (art. 79 CISG), se admite que los compradores «que acepten las mercaderías defectuosas pueden optar entre dos medidas: reducción del precio, según el artículo 50, y una reclamación por daños, según el artículo 74» [HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 312 p. 356; además, LÓPEZ LÓPEZ «Artículo 50 CISG» (1998) pp. 445-446; VIDAL OLIVARES (2005) p. 84]. Para los PECL, también se indica el carácter alternativo entre la reducción del precio y la reparación de daños [LANDO/BEALE (ed.) (2000) *Comment A* (p. 430), *Illustration 2* (p. 431), *Comment D* (p. 431) del artículo 9:401 PECL. Además,

cuencias: por ejemplo, las cuantías resultantes de aplicar uno u otro remedio pueden no coincidir; los plazos de ejercicio son distintos [seis meses para la reducción de precio (art. 1197.III PC: *infra* [67]); quince años para la indemnización, aplicando el Código civil: art. 1964 CC].

Para el Código civil, he de recordar que la dualidad de vías jurídicas se ha apuntado en relación con la *quantum minoris* del artículo 1486.I CC y la indemnización de daños de los artículos 1101 y ss. CC²¹⁹. En mi opinión, el Código civil puede interpretarse, como acabo de indicar.

b) El artículo 1198 PC requiere que el acreedor ejercite la reducción del precio y, si además exige la indemnización de daños, no podrá obtener a través del remedio indemnizatorio el menor valor de la prestación recibida. Si se admitiere lo contrario, el acreedor obtendría dos partidas superpuestas (habría un enriquecimiento sin causa). Sin embargo, si el acreedor sufre daños distintos del menor valor de la prestación recibida, es correcto que se le reparen esos otros años, lo cual prescribe de modo expreso el artículo 1198 *in fine* PC²²⁰.

c) El artículo 1198 PC es importante novedad, comparado con el Código civil. En el Código civil se liga la indemnización de daños a la redhibitoria y nada se indica sobre la estimatoria (art. 1486.II CC). Este no pronunciamiento, junto con el otro del posible ejercicio acumulado de la redhibitoria e indemnización, ha permitido considerar que no cabe el ejercicio acumulado de la estimatoria con la indemnización de daños (la reducción del precio es un tope, elegido además por el comprador)²²¹. Por mi parte, creo que si hay

Comment A y *Comment D* del artículo III.-3:601 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 910-911, p. 911].

²¹⁹ Lo apunta MORALES MORENO, «Artículo 1486 CC» (1993) 2.ª ed., tomo II, p. 961. CARRASCO PERERA generaliza la *quantum minoris* como una partida dentro de los daños (daño emergente): «Creo que constituye una razonable medida de liquidación del daño la generalización de la acción *quantum minoris*, para todo caso en que la prestación debida no reúna las condiciones de calidad o cualidades pactadas, y aunque el acreedor no esté en condiciones de probar que el defecto de calidad repercute negativamente en sus intereses. (...) / (...) / La generalización de la *quantum minoris* constituiría en estos casos el daño mínimo del acreedor. Más allá del mismo, el actor siempre estaría en condiciones de solicitar una indemnización más amplia, como, por ejemplo, lo que menos vale ahora la cosa como consecuencia del defecto, o los daños ulteriores que el propio acreedor sufre de resultados de este defecto» [«Artículo 1106» (1989) núm. 19 en pp. 682-683]. De interés, CARRASCO PERERA (2010) núms. 26-29, pp. 1185-1190.

²²⁰ En relación con la CISG: VIDAL OLIVARES (2005) pp. 84-85.

²²¹ *Vid.* MANRESA Y NAVARRO «Artículos 1484, 1485 y 1486 CC» (1905) tomo X, p. 217; SCÆVOLA «Artículo 1486 CC» (1906) tomo XXIII, pp. 625-626; CASTÁN TOBEÑAS (1931) p. 413; GARCÍA CANTERO, «Artículos 1484 a 1490 CC» tomo XIX (1991) pp. 378, 380-381; ALBALADEJO (2004) p. 511.

Aunque *obiter dicta*, la STS, 1.ª, 21 de junio de 2007 (Pte. Excmo Sr. Ruiz de la Cuesta Cascajares; El Derecho, EDJ 2007/80183) afirma que no cabe acumular la *quantum minoris* con la indemnización de daños, por impedirlo el artículo 1486.II CC: «(...) ya

otros daños distintos del menor valor de la cosa, es razonable interpretar que el comprador, que ejercita la estimatoria, tenga además el derecho a la reparación de los otros daños. No soy partidaria de una estricta interpretación literal del artículo 1486.II CC, precepto que se refiere a un vendedor conocedor de los vicios y que no informó al comprador. Por ello, considero adecuado disponer de un precepto como el artículo 1198 PC, que en la *Propuesta civil* es, además, norma de carácter general²²².

[i] Según el artículo 9:401 PECL (Right to Reduce Price):

«(3) A party which reduces the price cannot also recover damages for reduction in the value of the performance but remains entitled to damages for any further loss it has suffered so far as these are recoverable under Section 5 of this Chapter».

que tal conducta, aunque pudiera integrar un cumplimiento defectuoso, no se combatió con el ejercicio de una acción resolutoria o redhibitoria, única acción compatible con una indemnización, sino que se pretendió compensar con la obtención de una rebaja del precio, al amparo del artículo 1486 del Código civil, acción ésta que estaba caducada al amparo del artículo 1490, y que no permitía una indemnización adicional, pues, según se ha dicho reiteradamente, la *quantum minoris* no tiene una finalidad indemnizatoria, sino de restablecimiento de la equidad contractual (STS 23 de septiembre de 2003), siendo por ello incompatible con una indemnización complementaria “si se ejercita la acción *quantum minoris*, no se puede obtener más que una reducción o rebaja del precio, no una indemnización de daños y perjuicios complementaria; esta acción indemnizatoria la reserva única y exclusivamente el art. 1486 CC para cuando se ejercite la acción redhibitoria”, STS 14 de junio de 1996. Además, debe añadirse que soslaya el recurrente que los daños y perjuicios por los que reclama carece de acreditación en autos (...)» [FD 2.º, último párrafo; las mismas ideas en el FD 3.º, letra c)]. Se había celebrado un contrato de suministro de hormigón. El suministrador exigió el pago del precio y el demandado reconvino ejercitando la *quantum minoris* y la indemnización de daños (acumulación). Se desestimó la *quantum minoris* porque había caducado (art. 1490 CC); en relación con la solicitud de daños, estos se desestiman porque, como he dicho, el artículo 1486.II CC no admite la acumulación y, además, porque no se probó que el demandado-reconveniente hubiere sufrido daños. En la citada STS, 1.ª, 14 de junio de 1996 (Pte. Excmo. Sr. González Poveda, FD 8.º; El Derecho, EDJ 1996/3153), la afirmación también es *obiter dicta* (en FD 8.º).

²²² PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1736 y nota 14 en p. 1724. La STS, 1.ª, 25 de septiembre de 2003 (Pte. Excmo. Sr. Sierra Gil de la Cuesta; El Derecho, EDJ 2003/110406) induce a la reflexión. Se había comprado una embarcación que resultó adolecer de vicios. De la lectura de la sentencia parece (no puedo afirmarlo con rotundidad) que los vendedores habían reparado la embarcación. El comprador demanda a los vendedores y pide, entre otras cosas, la reducción del precio por el menor valor e indemnización de daños (acción compatible con el saneamiento por vicios ocultos). La Audiencia Provincial declaró el derecho a la reducción del precio y condenó a la indemnización de daños. Los vendedores interponen recurso de casación, alegando infracción del artículo 1486 CC. El Tribunal Supremo casa en parte. La idea del Alto Tribunal es que al haberse reparado y reducido el precio por el importe de la reparación «se ha dado efectivo cumplimiento al objeto de la acción *quantum minoris* (FD 1.º); señala que no puede imponerse la rebaja del precio por el importe de la reparación y, además, el pago de la reparación. El Tribunal Supremo asume la instancia y determina «que los vendedores deberán indemnizar al comprador por dos conceptos: / a) Rebajando el precio del barco en un parámetro fijado por el importe de las reparaciones de la avería cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia. / b) Por los perjuicios de la inmovilización, servicio de varadero, limpieza y pulido por un importe de 6.177,72 euros».

5.3 EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA REDUCCIÓN DEL PRECIO, EL INICIO DE SU CÓMPUTO Y SU NATURALEZA JURÍDICA

[67] *Propuesta civil*.—Según el artículo 1197.III PC:

«El ejercicio de las facultades previstas en este artículo caducará a los seis meses a partir del momento en que hubiera recibido la prestación.»

[68] A partir del artículo 1197.III PC, puede señalarse:

a) Es claro que la *Propuesta civil* se ha inspirado en el Código civil: ha generalizado el plazo de seis meses de las acciones edilicias (art. 1490 CC).

b) El cómputo del plazo se inicia desde que se «hubiera recibido la prestación» (criterio objetivo). No se ha optado, para la prestación no conforme oculta, por fijar como momento de cómputo el del descubrimiento de la no conformidad por parte del acreedor. Al acreedor, tampoco se le ha impuesto una obligación (carga) de previa denuncia, al deudor, de la falta de conformidad, a fin de poder reducir el precio (cfr. arts. 342 CCO, 123 TRLGDCU).

c) Se codifica la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, que califica el plazo del artículo 1490 CC de caducidad²²³.

[69] Si hubiera una revisión de la *Propuesta civil*, considero que el artículo 1197.III PC habría de suprimirse. En mi opinión, no es adecuado que en la regulación general del remedio de la reducción del precio se disponga de su plazo de ejercicio, del inicio de su cómputo y de su naturaleza jurídica, salvo que consideremos que son reglas especiales, frente a las generales sobre los plazos de ejercicio de los derechos en sede de prescripción extintiva. Pero, incluso así, tampoco veo razones suficientes que justifiquen la generalización del plazo de seis meses del artículo 1490 CC (aparte del respeto al Código civil)²²⁴. El artículo 1197.III PC llama más

²²³ Inicialmente se consideró de prescripción; sobre la década de los sesenta, se inició la calificación de caducidad: MORALES MORENO, «Artículo 1490 CC» (1993) tomo II, 2.^a ed. pp. 968-969.

²²⁴ En su día sí tuvo justificación. Históricamente, la redhibitoria tuvo un plazo de seis meses y la estimatoria de un año. En el Proyecto de Código civil de 1851 se unifican los dos plazos a seis meses (art. 1412 PCC 1851: «Las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes, se extinguen á los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida»). GARCÍA GOYENA: «(...) La Ley 65, título 5, partida 5, señala siempre seis meses para la *redhibitoria*, y un año para la *quanti minoris*: aquella, como que resuelve ó deshace el contrato, debe durar menos que esta./ (...) / Nuestro artículo señala seis meses desde la *entrega* de la cosa: porque desde entonces solo puede el comprador conocer sus vicios ó defectos; y una vez conocidos estos no se descubre razón para la diversidad de tiempo ó términos en que el comprador haya de manifestar su voluntad y usar de su derecho». La Ley 35 FN: «h) *Saneamiento*/ Las acciones de saneamiento pres-

aún la atención, si se tiene presente la muy diferente regulación que la *Propuesta sobre compraventa* lleva a cabo de los plazos, de su inicio y de la naturaleza jurídica de los remedios del comprador por la entrega de una cosa no conforme o con vicios jurídicos, de los que en breve doy cuenta. Además, la modernización de los plazos de ejercicio de los derechos, y de su régimen jurídico, está yendo por derroteros distintos a los de ese plazo de seis meses²²⁵. Más adelante (*infra* [100] ss.), reflexiono de nuevo sobre los plazos de ejercicio de los remedios por incumplimiento y su inicio.

[70] *Propuesta sobre compraventa*.—Los artículos 1488 y 1495 PCV regulan los plazos de ejercicio de los remedios del comprador, del cumplimiento, de la resolución de la relación contractual y de la reducción del precio. En este momento, mis consideraciones versan sobre la reducción del precio. En síntesis:

a) Aquellos artículos 1488 y 1495 PCV prescriben unos plazos mucho más amplios, que los seis meses del artículo 1197.III PC. Disponen cinco y dos años para la falta de conformidad, salvo que una ley especial disponga otra cosa. Conviene recordar, que la Directiva 1999/44 impone que el plazo de ejercicio de los remedios por la entrega de una cosa no conforme con el contrato no puede ser menor de dos años (art. 5)²²⁶. Y tres y diez años, para los vicios jurídicos. Estos otros plazos se coordinan con los plazos de la usucapación ordinaria del Código civil²²⁷.

b) Se diferencian dos momentos de inicio del cómputo del plazo en función de si el vendedor conocía la falta de conformidad o el vicio jurídico (desde el día en que el comprador descubrió o no podía ignorar la anomalía; criterio subjetivo) o no lo conocía (desde el día en que el comprador tuvo la cosa en su poder o se le entregó; criterio objetivo).

c) Los plazos son de prescripción.

[i] Artículo 1488 PCV:

«Los derechos y acciones que corresponden al comprador por falta de conformidad prescriben:

1.º A los cinco años, si la cosa vendida es un inmueble construido o edificado.

2.º A los dos años, en los demás casos.

criben: la redhibitoria, a los seis meses y la *quanti minoris*, al año». Vid. Ley 567 FN; también, artículos 1499 y 1496.I CC para la venta de animales o ganados.

²²⁵ ZIMMERMANN, «El nuevo Derecho alemán sobre prescripción» (2005, 2008 de la trad.) pp. 147-148.

²²⁶ Vid. núm. 22 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

²²⁷ Vid. núm. 26 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

El plazo se computará desde el día en que el comprador tuvo la cosa en su poder; pero si el vendedor ha ocultado la falta de conformidad, el plazo se computará a partir del día en que el comprador la haya descubierto o no haya podido ignorarla.

Los plazos de este artículo no se aplicarán en los casos en que una ley especial prevea otros diferentes»²²⁸.

Artículo 1495 PCV:

«Los derechos y acciones que corresponden al comprador por virtud del artículo 1490 [vicios jurídicos] prescriben:

1.º A los diez años, si la cosa vendida es un inmueble y el derecho que el tercero pueda hacer valer sobre ella faculta para privar de la posesión al comprador.

2.º A los tres años, en los demás casos.

Los plazos se computarán a partir del día de la entrega de la cosa; pero si el vendedor hubiera ocultado al comprador, al celebrar el contrato, el derecho que el tercero pueda ejercitar, o hubiera intervenido posteriormente en su creación, se computarán a partir del día en que el comprador descubra su existencia o no pueda ignorarlo»²²⁹.

VI. LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA PROPIA PRESTACIÓN

[71] Se regula con carácter general en la *Propuesta civil* (art. 1191). La *Propuesta mercantil* la contempla en ciertos supuestos (art. 63.3).

[72] *Propuesta civil*.—El artículo 1191 PC preceptúa:

«En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento.»

[73] Sobre el artículo 1191 PC:

a) Su ámbito de aplicación son las relaciones obligatorias sinalagmáticas.

b) Incluye dos supuestos. Uno, aquel en que prestación y contraprestación han de ejecutarse «al mismo tiempo» (simultánea-

²²⁸ Vid. núm. 22 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

²²⁹ Vid. núm. 26 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

mente; cfr. art. 58 CISG). El otro, aquel en que la obligación de quien puede suspender el cumplimiento de su propia prestación es exigible después de la otra obligación (contraprestación). En cambio, el artículo 1191 PC no contempla el supuesto en que la obligación de quien suspende su obligación ha de ejecutarse antes que la contraprestación [cfr. art. 9:201 (2) PECL].

c) Dependiendo de si el incumplimiento es total o parcial, el alcance de la suspensión del cumplimiento de la propia prestación puede ser total o parcial. Hay una graduación en los efectos del remedio de la suspensión, que responde a la proporcionalidad que ha de mediar entre el alcance de la suspensión de la propia prestación y la gravedad del incumplimiento del otro contratante. Esto opera hasta el punto de que no puede suspenderse el cumplimiento de la propia prestación, si la suspensión es «contraria a la buena fe atendiendo el alcance del incumplimiento»²³⁰.

Además, la suspensión es un remedio de carácter transitorio: encuentra su límite temporal en el momento en que la otra parte cumple o se allana a cumplir.

d) Considero adecuado, el que se haya regulado de modo expreso y con carácter general el derecho del acreedor a suspender el cumplimiento de la propia prestación²³¹. El Código civil no dispone de norma similar, si bien la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus* se fundan, por ejemplo, en las normas generales de los artículos 1124, 1100 *in fine* CC. En la compraventa, los artículos 1466 y 1502 CC regulan ciertos supuestos en los que se puede suspender el cumplimiento de la propia prestación. Y la jurisprudencia aplica tales excepciones.

Sin embargo, la ubicación sistemática –Sección 1.ª «Disposiciones generales» del capítulo VII «Del incumplimiento» (arts. 1188 a 1191 PC); del mismo modo se procede en los Principios UNIDROIT (capítulo 7, sección 1)– posiblemente no sea del todo adecuada. En mi opinión, considero más correcto disponer una sección específica para el derecho a suspender el cumplimen-

²³⁰ Vid. Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) pp. 805-806; DE PABLO CONTRERAS (2008) 2.ª ed. § 73 pp. 218-219; CARRASCO PERERA (2010) núm. 13 pp. 1056-1057, núm. 22 pp. 1066-1067.

²³¹ Para el Derecho positivo, CARRASCO PERERA: «Excepción material [esto, en el original, en negra]. No regulada expresamente en el CC, aunque reconocida singularmente en los arts. 1466, 1467, 1500 y 1502 CC, y presupuesta en el art. 1100 *in fine* CC, la excepción de incumplimiento contractual es una defensa de Derecho material que permite al deudor de una obligación sinalagmática negarse al cumplimiento en tanto en cuanto la otra parte tampoco haya cumplido –u ofrecido el cumplimiento de– su propia prestación (*exceptio inadimpleti contractus* en sentido estricto) o si dicha prestación ha sido defectuosamente ejecutada (*exceptio non rite adimpleti contractus*). Es una defensa material, en el sentido de que el deudor no se encuentra en mora en tanto la contraparte no cumpla, y ello dentro y fuera del proceso» [(2010) núm. 10 p. 1054].

to de la propia prestación como se hace en los PECL (Capítulo 9, Sección 2; cfr. art. III.-3:401 DCFR); o bien que el derecho a suspender el cumplimiento de la propia prestación se incluya en la sección dedicada a la resolución de la relación contractual (Sección 4.^a, Capítulo VII PC).

[i] Artículo 7.1.3 Principios UNIDROIT:

«(Suspensión del cumplimiento)

(1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra parte ofrezca su prestación.

(2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido»²³².

a) En el Comentario del artículo se destaca que la norma se corresponde funcionalmente con el concepto de *exceptio non adimpleti contractus* (tradicción jurídica romanista). Se añade que no se contempla expresamente el supuesto del cumplimiento parcial (en el que cabe la suspensión si ello es conforme con la buena fe y lealtad negocial: art. 1.7 Principios UNIDROIT)²³³.

[ii] Artículo 9:201 PECL:

«Right to Withhold Performance

(1) A party which is to perform simultaneously with²³⁴ or after the other party may withhold performance until the other has tendered performance or has performed. The first party may withhold the whole of its performance or a part of it as may be reasonable in the circumstances.

(2) A party may similarly withhold performance for as long as it is clear that there will be a non-performance by the other party when the other party's performance becomes due». Cfr. artículo III.-3:401 DCFR.

a) En el *Comment A* se indica que el artículo 9:201 PECL es expresión de la conocida *exceptio non adimpleti contractus*²³⁵. Desde el análisis del Derecho comparado, se indica (*Comment B*) que en los países de *Common Law* el derecho de suspender el cumplimiento se restringe a casos en los que expresa o implícitamente las obligaciones

²³² Artículo 6.1.4 Principios UNIDROIT: «(Secuencia en el cumplimiento)/ (1) En la medida en que las prestaciones de las partes puedan ser efectuadas de manera simultánea, las partes deben realizarlas simultáneamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa./ (2) En la medida en que la prestación de sólo una de las partes exija un período de tiempo, esta parte debe efectuar primero su prestación, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa».

²³³ Principios UNIDROIT (2004) p. 203.

²³⁴ Artículo 7:104 PECL: «Order of Performance/ To the extent that the performances of the parties can be rendered simultaneously, the parties are bound to render them simultaneously unless the circumstances indicate otherwise».

²³⁵ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 404. Vid. *Comment A* del artículo III.-3:401 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 843].

se condicionan la una a la otra y en los que el incumplimiento es esencial; en los otros casos, el perjudicado por el incumplimiento ha de cumplir totalmente su obligación (si el incumplimiento es un «breach» puede reclamar daños). Otros sistemas son más flexibles: permiten suspender el cumplimiento de la propia prestación como medida de coerción al cumplimiento del incumplidor, incluso si se trata de un incumplimiento menor, siempre que la parte cuyo cumplimiento se suspenda no sea desproporcionado y quien lo haga actúe de buena fe. Esto lo hace el artículo 9:201 PECL, que ha de leerse junto con el artículo 1:201 PECL (*Good Faith and Fair Dealing*)²³⁶.

Según el *Comment C*, si bien se concibe la suspensión como algo excepcional, se señala que es aconsejable que una parte, cuya obligación vence primero, tenga derecho a suspender el cumplimiento de su propia prestación, si es claro que cuando haya de vencer la obligación de la otra parte (después), esta incumplirá de modo esencial [art. 9:201 (2) PECL]. El primero tiene derecho a resolver la relación contractual (hay un incumplimiento anticipado: art. 9:304 PECL) pero puede preferir mantener el contrato abierto al cumplimiento (y suspender el cumplimiento de la propia prestación)²³⁷.

[74] *Propuesta mercantil*.—El artículo 63.3 PM (transcrito *supra* [57]) ordena que el acreedor puede suspender el cumplimiento de la propia prestación mientras el deudor no subsane su incumplimiento. Como señalé, el artículo 63.3 PM no regula con carácter general el derecho a suspender el cumplimiento de la propia prestación al modo que lo hace la *Propuesta civil*, sino que lo refiere a ciertos supuestos: en concreto, en relación con el derecho del deudor de subsanar su incumplimiento (art. 63.1; su análisis *supra* [58]), y en la obligación del deudor de subsanar su incumplimiento cuando el acreedor le fijó plazo para ello (art. 63.2 PM; su análisis *infra* [86] y [87])²³⁸.

Aunque la *Propuesta mercantil* no disponga de una regulación general del remedio de la suspensión del cumplimiento de la propia

²³⁶ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 405. *Vid. Comment C* del artículo III.-3:401 DCFR (p. 844) y las Notas de Derecho comparado de los núms. 7 a 9 (pp. 847-848) [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

²³⁷ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 406. Si no es claro que el otro contratante incumplirá, pero hay razonable fundamento para creer que ello será así, quien ha de cumplir primero puede exigir garantía del cumplimiento futuro (art. 8:105 PECL; *op. cit.* p. 406). Artículo III.-3:401 DCFR: «Right to withhold performance of reciprocal obligation/ (...) / (2) A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor's performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance. / (3) A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty. / (4) (...)» (*vid. Comment E* del art. III.-3:401, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 845).

²³⁸ Cfr. artículos 7.1.4, en especial su apartado (4), 7.1.5, en especial su apartado (2) Principios UNIDROIT; artículo 8:106 PECL, en especial su apartado (2).

prestación, puede entenderse que el artículo 63.3 PM encierra la idea de que el acreedor puede proceder a ello mientras el deudor no cumpla correctamente. Es cierto que este razonamiento no es preciso, dada la función supletoria del Código civil [arts. 50.2.I PM (*supra* nota 45), 1191 PC].

VII. LA RESOLUCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

[75] Las *Propuestas civil* (arts. 1199 a 1204 PC) y *mercantil* (arts. 62.3, 63.2, y 64 PM) la regulan en detalle²³⁹. La *Propuesta sobre compraventa* contiene algunas normas (arts. 1482, 1485.3.º, 1486).

[76] Antes de iniciar el análisis de cada una de las *Propuestas* conviene dejar asentadas algunas ideas generales:

a) A diferencia del Código civil, la *Propuesta civil* no regula la resolución en las obligaciones condicionales (cfr. arts. 1110 a 1116 PC). La resolución no se funda en una condición resolutoria implícita por el incumplimiento (art. 1124.I CC), sino en el mero hecho del incumplimiento de la obligación contractual (remedio del acreedor)²⁴⁰. La resolución permite «al contratante insatisfecho recuperar los recursos utilizados en el contrato incumplido, para darles otro destino» (función económica)²⁴¹.

La *Propuesta mercantil* también concibe la resolución como un remedio del acreedor por el incumplimiento del deudor de la obligación contractual. Lo mismo sucede en la *Propuesta sobre compraventa*.

²³⁹ En otras secciones, la *Propuesta civil* incluye específicas normas sobre la legitimación activa para la resolución: cfr. artículos 1124.III (obligaciones mancomunadas divisibles), 1126 (solidaridad de deudores), 1141 (solidaridad activa) PC.

²⁴⁰ MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación» (2006) pp. 42-43. Sobre el proceso de superación de la construcción de la condición resolutoria implícita (tácita): SAN MIGUEL PRADERA (2004) [044]-[067] pp. 59-76, en particular a partir de [060] p. 70; sobre la distinción entre condición resolutoria expresa y condición resolutoria tácita del artículo 1124 CC en autores del XIX y primer tercio del XX: FENOY PICÓN, *CCJC*, núm. 68 (2005) [4]-[6] pp. 516-520. *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1727. CLEMENTE MEORO señala que la *Propuesta civil* «opta por una solución técnicamente más correcta y ubica la resolución por incumplimiento entre los remedios frente al incumplimiento», pero se «hace en sede de obligaciones, no de contratos, pese a que resulte dudosa la posibilidad de resolver por incumplimiento obligaciones recíprocas no contractuales»; el autor señala que la *Propuesta civil* parece consciente de ello, refiriéndose al contrato en los artículos 1199, 1200.2, 1201, 1202, 1203 y 1204 [(2011) p. 3]. De «norma extravagante» califica ROCA TRÍAS al artículo 1124 CC [(2011), p. 5], «la errática posición del art. 1124 CC es evidente» (p. 15).

²⁴¹ MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación» (2006) p. 43. Continúa el texto: «Al margen de la localización sistemática del art. 1124, resolución e incumplimiento están expresamente conectados en el Código civil: la resolución procede cuando un contratante “no cumpliere lo que le incumbe”» (*op. cit.* p. 43).

b) Clemente Meoro ha llamado la atención acerca de que en la regulación de la resolución, la *Propuesta civil* no se mencione el carácter recíproco o sinalagmático de las obligaciones, lo cual puede interpretarse, bien en el sentido de que la resolución también es posible en los contratos unilaterales onerosos, en los bilaterales imperfectos y en los aleatorios, bien que la exigencia de la reciprocidad de las obligaciones se presume en la expresión «cualquiera de las partes del contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento» (art. 1199.I PC; si es cualquiera, es que ambas son recíprocamente acreedores y deudores)²⁴².

c) La resolución de la *Propuesta civil* procede en el incumplimiento inexcusable y en el excusable a efectos del remedio de la indemnización de daños (art. 1209 *in fine* PC).

7.1 EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL Y EL «PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN-RESOLUCIÓN»

A) *Consideraciones generales*

[77] *El incumplimiento esencial.*—¿Cualquier incumplimiento permite resolver la relación contractual, o ha de tener cierta gravedad? ¿Qué es el incumplimiento esencial, y el incumplimiento «menor» o de escasa importancia? ¿Conviene facilitar o restringir el ejercicio de la resolución? Son estas algunas de las cuestiones a las que ha de darse respuesta, cuando se procede al diseño legal del remedio de la resolución.

En el Código civil, el artículo 1124.I no exige que el incumplimiento sea grave (esencial), pero la jurisprudencia lo requiere, lo que puede justificarse, entre otras razones, en el *favor debitoris* (presente en el plazo de gracia del art. 1124.III CC²⁴³); en la persecución de la conservación del contrato; en evitar que el acreedor pueda especular con la resolución ante la variación de los precios de mercado. El incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC requiere, pues, de un incumplimiento grave o esencial.

[i] Artículo 49 CISG:

«1. El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

a) Si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente

²⁴² CLEMENTE MEORO (2011) p. 3. Apunta: «Acaso convenga dejar suficientemente clara esta cuestión en el futuro».

²⁴³ Las *Propuestas mercantil y civil* suprimen el plazo de gracia; también la CISG: artículos 45.3, 61.3). *Vid.* Luis Díez-PICAZO «Artículo 61 CISG» (1998) p. 496. *Cfr.* artículo 61 CCO.

Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; of (...)» (cfr. art. 64.1 CISG, para el vendedor).

Artículo 25 CISG:

«El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación»²⁴⁴.

[ii] Artículo 7.3.1 Principios UNIDROIT:

«(Derecho a resolver el contrato)

(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;

(b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra parte cumplirá en el futuro;

(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

(3) (...)».

[iii] Artículo 9:301 PECL:

«Right to Terminate the Contract

(1) A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental./ (...)»

Artículo 8:103 PECL:

«Fundamental Non-Performance

A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if:

(a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or

²⁴⁴ Sobre el incumplimiento esencial en la CISG: VIDAL OLIVARES (2005) pp. 98-102, 105-107; sobre la noción de persona razonable en la CISG: VIDAL OLIVARES (2003) tomo III pp. 3288-3305.

(b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or

(c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance». Cfr. artículo III.-3:502 DCFR 2009²⁴⁵.

[78] *El «procedimiento de notificación-resolución»*.—Se inspira en la figura alemana de la *Nachfrist* (§ 326 BGB antes de la reforma de 2002; vigente § 323 BGB). En esencia, el acreedor concede (fija) al deudor incumplidor un plazo adicional y razonable para cumplir, y si éste no cumple en él, el acreedor podrá resolver. Es un sistema que ofrece seguridad al acreedor, en cuanto le proporciona elevada certeza de que la resolución de la relación contractual la realiza correctamente (cumpliendo todos sus requisitos). No recogen este «procedimiento de notificación-resolución» los Códigos de tradición latina (el nuestro²⁴⁶, el francés, el italiano de 1865)²⁴⁷.

No suele ser común el apuntar problemas para aplicar el «procedimiento de notificación-resolución» al *retraso no esencial en el cumplimiento*. Con la fijación de un plazo adicional, el acreedor da al deudor incumplidor una nueva (segunda) oportunidad para cumplir, y si el deudor reitera su incumplimiento, el acreedor podrá resolver. No se plantea problema con la entidad del incumplimiento pues, aparte de que hay un «segundo incumplimiento», no se ha ejecutado, en principio, nada de la prestación.

²⁴⁵ Expuse en detalle el artículo 8:103 PECL de acuerdo con el Comentario oficial: FENOY PICÓN, *ADC* (2009) [33]-[36] pp. 196-201. *Vid. Comments A y D* del artículo 3:502 DCFR (pp. 852-853, 856) y *Principles* núm. 27 p. 49 [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

²⁴⁶ Intentando buscar la equivalencia, LÓPEZ y LÓPEZ: «No hay en la tradición jurídica de cuño romano francés una figura asimilable al *Nachfrist*. En esta línea la disposición que más se puede aproximar a ella, dentro del Derecho interno español, es la que refleja el párrafo tercero del artículo 1124 del Código civil, en materia de resolución del contrato: (...). Puesto que es condición indispensable, aunque no sea la única, para que el Tribunal fije plazo de gracia, que aún se conserve el interés del acreedor por la prestación, evitando así la resolución, el párrafo tercero del artículo 1124 de nuestro Código civil parecería evocar un *Nachfrist* impuesto en vía judicial, pero es evidente que entre él y la figura del plazo de gracia corren demasiadas diferencias para poder asimilarlos. (...)./ Todo ello conduce a afirmar que, hoy por hoy, los esquemas del Derecho privado interno de nuestro país están alejados de soluciones como la que formula el artículo 47» [«Artículo 47 CISG» (1998) p. 426]. Podría encontrarse la equivalencia en el artículo 1504 CC, a condición de considerar que recoge un requerimiento de cumplimiento, pero, la mayoría de los autores y la jurisprudencia interpreta que se trata de un requerimiento resolutorio (realmente una mera notificación de la resolución) [*vid.* SAN MIGUEL PRADERA (2004) [556]-[560] pp. 443-446; *vid.* también [561]-[566] pp. 447-453 para el pacto de cláusula resolutoria con concesión previa al deudor de plazo para cumplir y su admisión por la jurisprudencia y por los autores]. *Vid.* Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6ª ed. (2008) pp. 841 y 867-871.

²⁴⁷ Una exposición de Derecho comparado de sistemas jurídicos (alemán antes y después de la reforma de 2002, suizo, italiano, PECL, Principios UNIDROIT, CISG) que recogen este supuesto de resolución: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [568]-[603] pp. 453-476.

Distintas a las anteriores reflexiones son las que siguen para el *cumplimiento defectuoso (o falta de conformidad)*. En el cumplimiento defectuoso (falta de conformidad) se manifiesta el problema de la entidad del incumplimiento. La cuestión es, si, fijado al deudor plazo para el cumplimiento y reiterando éste el incumplimiento, el acreedor puede sin más resolver, o, si se requiere, además, que el incumplimiento tenga cierta entidad (sea la del incumplimiento esencial o la del incumplimiento de escasa importancia²⁴⁸). En la primera opción (no requerir cierta entidad al incumplimiento) el acreedor podría aprovechar el incumplimiento para desvincularse de la relación contractual, desvinculación que puede estar justificada en que los precios de mercado han variado en su beneficio. Con matices, similar idea puede aplicarse, si para poder resolver basta haber superado el umbral del incumplimiento de escasa importancia.

[i] Artículo 49 CISG:

«1. El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

(...)

b) En caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1 del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado./ (...).

a) Honnold señala que el procedimiento de los artículos 47 y 49.1.b) CISG se aplica sólo a la no entrega de la mercadería²⁴⁹. Informa de que durante los trabajos en UNCITRAL y en la Conferencia diplomática se propuso extenderlo a la entrega de mercancías no conformes; ello se rechazó pues podría dar lugar a abuso: que un incumplimiento «trivial» permitiese resolver la relación contractual. Así, un comprador, que quiere desvincularse de la relación tras un colapso en los precios, fija al vendedor un plazo para corregir unos defectos mínimos en las mercaderías, pero, la distancia entre ambos hace imposible al vendedor cumplir. Honnold señala que en la Conferencia diplomática se confirmó la decisión adoptada en UNCITRAL y se rechazaron las propuestas de ampliar este procedimiento a la falta de conformidad. Para evitar posibles problemas de malos entendidos se añadió al inicio del artículo 49.1.b) CISG «[e]n caso de falta de entrega»²⁵⁰.

²⁴⁸ Cfr. artículo 44 ULIS; *vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ «Artículo 49 CISG» (1998) pp. 436-437; el BGB ha ampliado su campo de actuación (cfr. § 326 antes de la reforma y § 323 tras la reforma).

²⁴⁹ Sobre la finalidad del artículo 47 CISG, destacando que su ámbito de aplicación se refiere al retraso en la entrega, LÓPEZ Y LÓPEZ, «Artículo 47 CISG» (1998) pp. 423-425, «Artículo 49 CISG» pp. 437-438.

²⁵⁰ HONNOLD, núm. 288 p. 334 (1987 de la trad.). De todas formas en el ejemplo de HONNOLD hay otro problema, aparte del incumplimiento trivial. Sobre el ejemplo podría señalarse que el comprador no fijó al vendedor un plazo razonable para que pudiera cumplir

Similares reglas a la de los artículos 47 y 49.1.b) CISG, se contienen en los artículos 63 y 64.1.b) CISG en relación con las obligaciones del comprador (art. 53)²⁵¹.

[ii] Artículo 7.3.1 Principios UNIDROIT:

«(Derecho a resolver el contrato)

(...)

(3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del plazo suplementario concedido a ella según el artículo 7.1.5».

Artículo 7.1.5 Principios UNIDROIT:

«(Periodo suplementario para el cumplimiento)

(...)

(3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.

(4) El párrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora».

a) El Comentario del artículo 7.1.5 se inicia señalando que el artículo «trata del supuesto en que una de las partes incurre en mora» y «se inspira en el concepto alemán de la *Nachfrist*»²⁵². Se aplica a los incumplimientos relacionados con el factor tiempo (cumplimiento tardío, demora en el cumplimiento).

El apartado (3) del artículo 7.1.5 no se aplica al cumplimiento parcial o defectuoso. Según el Comentario 1, se «reconoce que el cumplimiento tardío es sustancialmente diferente del cumplimiento parcial o defectuoso. El cumplimiento tardío no puede ser subsanado, porque una vez que la fecha de cumplimiento haya transcurrido,

(se dice que la distancia hace al vendedor imposible el cumplir). Cuando el plazo dado no es razonable para que el deudor cumpla, no se ha ejercitado correctamente este «procedimiento de notificación-resolución». *Vid.* SAN MIGUEL PRADERA (2004) [581] pp. 462-463.

²⁵¹ Sobre el artículo 64.1.b) CISG, Luis Díez-PICAZO: «La resolución por el transcurso del plazo suplementario no requiere que el incumplimiento tenga carácter fundamental o esencial. El vendedor puede resolver, aunque el incumplimiento no posee aquél carácter. El artículo 64, sin embargo, limita este tipo de facultad resolutoria al incumplimiento de dos obligaciones muy concretas sin extenderla a todas, como en el caso anterior [art. 64.1.a) CISG: incumplimiento esencial]. Sólo justifican la resolución por el transcurso del plazo suplementario, el incumplimiento del comprador referido: 1.º la obligación de pago del precio; 2.º la obligación de recibir las mercaderías» [«Artículo 64 CISG» (1998) p. 505].

²⁵² Principios UNIDROIT (2004) p. 209.

no lo hará nuevamente». Además, «no es fácil anticipar, al momento en que una parte incurre en mora, cuán prolongado ha de ser el retraso en el cumplimiento. El interés comercial del acreedor permite presumir que un retraso razonable puede ser aceptable, pero no así un incumplimiento que se demore demasiado. El procedimiento establecido en este artículo autoriza al acreedor a otorgar una segunda oportunidad al deudor, sin perjuicio de los demás remedios que le puedan corresponder»²⁵³.

Por último, la norma del apartado (4) del artículo 7.1.5 es difícil de concretar y fácil de intuir. El deudor puede haber ejecutado la prestación en el plazo suplementario fijado por el acreedor, pero la prestación ejecutada no se ajusta totalmente a la contratada, si bien ese no ajuste es mínimo. Los Principios UNIDROIT disponen, para este caso, que el perjudicado no podrá resolver. Es norma razonable.

[iii] Artículo 9:301 PECL:

«Right to Terminate the Contract

(...)

(2) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract under Article 8:106 (3)». Cfr. artículos III.-3:103, III.-3:503 DCFR.

Artículo 8:106 PECL:

«Notice Fixing Additional Period for Performance

(...)

(3) If in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given a notice fixing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of the period of notice. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party does not perform within the period fixed by the notice the contract shall terminate automatically. If the period stated is too short, the aggrieved party may terminate, or, as the case may be, the contract shall terminate automatically, only after a reasonable period from the time of the notice.»

a) En el *Comment B* del artículo 8:106 PECL se destaca que no todo retraso en el cumplimiento es un incumplimiento esencial del artículo 8:103 PECL. El perjudicado no tiene derecho a resol-

²⁵³ Comentario 1 del artículo 7.1.5 Principios UNIDROIT, Principios UNIDROIT (2004) p. 209. Además: «La situación al final del período concedido dependerá de si el retardo en el cumplimiento ya era esencial al momento de otorgarse el período suplementario. En este caso, si el contrato no se cumple durante la prórroga, el derecho a resolver el contrato por incumplimiento esencial simplemente renace al vencimiento del período otorgado. Por otra parte, si el retardo en el cumplimiento no era esencial, la resolución sólo será posible al final del período de gracia, siempre que este hubiera sido razonablemente amplio» [Comentario 2 del art. 7.1.5, Principios UNIDROIT (2004) pp. 209-210].

ver, simplemente porque haya vencido la fecha de cumplimiento. No obstante, para *el retraso en el cumplimiento no esencial*, el artículo 8:106 (3) PECL permite que el perjudicado fije al deudor un plazo adicional de duración razonable para cumplir²⁵⁴. Si éste no cumple en él, el perjudicado puede resolver. El artículo 8:106 PECL se inspiró en la *Nachfrist* alemana²⁵⁵.

En el *Comment C* se indica que el procedimiento del artículo 8:106 PECL puede también emplearse para el *cumplimiento puntual, que es un cumplimiento defectuoso no esencial*. Pero, en este otro caso, el perjudicado no tiene derecho a resolver por haber concedido al incumplidor un plazo adicional para cumplir. Pues, *el artículo 8:106 (3) PECL sólo se aplica al cumplimiento retrasado y no al cumplimiento defectuoso*²⁵⁶.

²⁵⁴ El perjudicado ha de fijar un plazo para el cumplimiento. Si la comunicación no fija un período de tiempo, puede dar la impresión al incumplidor de que tiene libertad para posponer indefinidamente el cumplimiento. No es suficiente requerir el cumplimiento «tan pronto como sea posible». Debe requerirse el cumplimiento «dentro de una semana» o «no más tarde de julio». El requerimiento no debe ser hecho en términos ambiguos. No es suficiente si se indica «esperamos que el cumplimiento pueda hacerse en julio» [todo lo anterior en el *Comment D* del art. 8:106 PECL, LANDO/BEALE (2000) (ed.) p. 375]. Sobre que el plazo concedido sea razonable se indica (*Comment D*) que si el perjudicado se sirve de una comunicación en la que se señala un plazo menor del razonable, no es preciso realizar una segunda comunicación; se puede resolver después de que haya transcurrido un razonable término desde la fecha de la comunicación [LANDO/BEALE (2000) (ed.) p. 375]. La determinación de cuál es plazo razonable debe dejarse al tribunal. Es aconsejable tener en cuenta diversos factores, tales como el plazo original para el cumplimiento, si fue un plazo corto, la necesidad de la parte perjudicada de un cumplimiento rápido siendo evidente para el incumplidor, la naturaleza de los bienes, servicios y derechos que hayan de cumplirse, el evento que haya causado el retraso [*Comment E*, LANDO/BEALE (2000) (ed.) pp. 375-376]. Vid. *Comments C y D* del artículo III.-3:503 DCFR [VON BAR/CLIVE (2009) I pp. 863-864].

²⁵⁵ a) En la Nota 2 de Derecho comparado del artículo 8:106 PECL (Derecho alemán anterior a la reforma del BGB de 2002: § 326 BGB) se indica, entre otras cosas, que la *Nachfrist* se aplica a *todo retraso* en el cumplimiento excepto a la imposibilidad, al *Fixgeschäft* o a los casos en los que la parte incumplidora ha repudiado; no se aplica a la *positive Vertragsverletzung* [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 377]. b) En la Nota 2 de Derecho comparado del artículo III.-3:503 DCFR, se indica que el precepto se ha inspirado en la *Nachfrist* del § 323 (1) BGB (tras la reforma de 2002). El § 323 BGB se aplica a *todo tipo de incumplimiento*, pero la *Nachfrist* no es necesaria en los casos de imposibilidad, *Fixgeschäft*, repudiación u otros casos de incumplimiento esencial. Como en el artículo III.-3:503 DCFR, la regla del Derecho alemán se aplica al retraso en el cumplimiento de una obligación principal. Si el deudor no cumple una obligación «menor», el acreedor sólo puede usar el procedimiento de la *Nachfrist* si el incumplimiento de esa obligación pone en peligro la completa transacción [§ 323 (5) primera frase BGB]. Si se trata de un defecto, el acreedor no puede utilizar el procedimiento de *Nachfrist* si aquél es «trifling» [§ 323 (5) segunda frase BGB]. VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 864-865.

²⁵⁶ En la *Illustration 4* se indica este ejemplo. La compañía A alquila a B una máquina fotocopidora, garantizando que realiza 100 copias por minuto. El test de B comprueba que hace 98 copias por minuto. Si este defecto no es fundamental de conformidad con el artículo 8:103 PECL, B no puede emplear el procedimiento de notificación-resolución para resolver el contrato. En el *Comment C* se señala que utilizar la notificación puede todavía tener una función útil, la de informar al deudor que la parte perjudicada quiere todavía el cumplimiento y que le da la última oportunidad para el cumplimiento específico. Desde esta perspectiva, la notificación cumple la misma función que la *mise en demeure* del Derecho francés o la *Mahnung* del Derecho alemán; pero los PECL no exigen al perjudicado que emplee una notificación antes de ejercitar un remedio por incumplimiento, salvo en el caso de la resolución por un retraso no fun-

[79] *La relación entre la resolución por incumplimiento esencial, y mediante el «procedimiento de notificación-resolución».* Son modelos legales que no se excluyen el uno al otro: el legislador puede adoptar uno, otro, o los dos. Ambos modelos los acogen la CISG (arts. 49 y 64), los Principios UNIDROIT (art. 7.3.1) y los PECL (art. 9:301)²⁵⁷. Del mismo modo se procede en las *Propuestas civil y mercantil*, de las que paso a dar cuenta²⁵⁸.

B) *El incumplimiento esencial en las Propuestas civil y mercantil*

[80] *Propuesta mercantil.*—Por contener una regulación más detallada comienza con el análisis del artículo 64.1 PM:

«El contrato podrá resolverse si el incumplimiento es esencial. (...).

Se considera esencial el incumplimiento si a la obligación incumplida se le ha otorgado una importancia decisiva por las partes, o si priva a la parte perjudicada de aquello a lo que tenía derecho de acuerdo con la función propia del contrato, a menos que la parte que incumple no haya podido prever razonablemente dicho resultado; o cuando determine una justificada pérdida de confianza sobre el cumplimiento por el deudor de las obligaciones futuras derivadas del mismo contrato».

[81] *La Propuesta mercantil* permite la resolución si el incumplimiento es esencial. Además, explicita tres supuestos en los que el incumplimiento se considera esencial (constituyendo una guía para el aplicador del Derecho). Es clara la influencia de los artículos 8:103 PECL (*Fundamental Non-Performance*) y 7.3.1 Principios UNIDROIT (Derecho a resolver el contrato) (el art. 64.1 es

damental. [LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 374-375; *vid. Comment A* del art. 8:106 PECL; *vid. Comentario del artículo III.-3:103 DCFR* [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 780-781].

²⁵⁷ En el *Comment D* del artículo III.-3:501 DCFR se indica: «The grounds for termination under this Section are essentially of two types. First there is fundamental non-performance by the debtor, regulated by III-3:502 (Termination for fundamental non-performance). And secondly there are what might be called equivalents to non-performance, regulated by the succeeding three Articles [y se citan los arts. III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance), III.-3:504 (Termination for anticipated non-performance) y III.-3:505 (Termination for inadequate assurance of performance)] [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 851].

²⁵⁸ En su análisis de la resolución del artículo 1124 CC y tras aludir a los artículos 7.3.1, 7.1.5 Principios UNIDROIT y 8:103, 8:106 PECL, Luis Díez PICAZO procede a estas consideraciones: «Aunque el concepto de incumplimiento esencial no resulta todo lo claro que sería de desear, el esquema general coloca a los intérpretes y a los aplicadores del derecho ante una posición bastante lógica: si el incumplimiento es esencial se resuelve sin más; si no lo es se formula un requerimiento con plazo adicional. Esta sencillez del esquema contrasta con las líneas jurisprudenciales de desarrollo del art. 1124 CC» [*Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 865].

una combinación, no total, entre ambos). Los Comentarios oficiales de esos preceptos pueden ayudar en la concreción del alcance del artículo 64.1 PM, en esta inicial fase de análisis.

[82] *Propuesta civil*.—Según el artículo 1199.I PC:

«Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial.»

[83] La *Propuesta civil* requiere el incumplimiento esencial para la resolución y no explicita unos supuestos en los que el incumplimiento se considera legalmente como tal. Tan solo indica que puede resolverse si, atendida la finalidad del incumplimiento, el mismo puede considerarse esencial²⁵⁹. Considerado así, el artículo 1199.I PC es norma indeterminada²⁶⁰ y sería oportuno disponer de un precepto similar al artículo 64.1.II PM²⁶¹. Tal necesidad destaca, además, si se tiene en cuenta que la resolución es un remedio que se

²⁵⁹ PANTALEÓN PRIETO: «El presupuesto de la resolución es un incumplimiento de entidad y circunstancias tales que razonablemente, a tenor de la específica valoración contractual del concreto deber infringido y de las exigencias de la buena fe, ya no pueda seguirse exigiendo a la parte cumplidora o dispuesta a cumplir que continúe vinculada por el contrato» [ADC (1993) p. 1733; con anterioridad, ADC (1991) pp. 1047-1048].

²⁶⁰ DURÁN RIVACOBRA califica el tenor del artículo 1199.I PC de evanescente: «Igualmente, la evanescencia de algunas de sus fórmulas hacen insegura la disciplina [de la resolución]; de suerte que la *Propuesta* permite que (...) [el autor transcribe el art. 1199.I PC]. En primer término, la propia finalidad aludida no queda en absoluto clara, pues puede comprender tanto la intención de quien incumple, como el grado del incumplimiento que hace inviable la continuación del vínculo; aunque, para la hipótesis más lógica, la finalidad se predica del contrato» [(2010) p. 235].

²⁶¹ En opinión de PALAZÓN GARRIDO, la *Propuesta civil* presenta «el inconveniente de no definir qué es el incumplimiento esencial, dejando de nuevo en manos de los Tribunales el establecimiento de los criterios. A nuestro juicio, la ausencia de tales criterios positivos para la determinación de la gravedad del incumplimiento resolutorio, introduce inseguridad jurídica, por lo que es preferible la opción de la Convención de Viena, los Principios UNIDROIT, los Principios del Derecho contractual europeo y el proyecto de Marco Común de Referencia. Sólo el artículo 1200.3 PMCC contiene un supuesto de incumplimiento esencial: declaración por parte del deudor de que no cumplirá sus obligaciones (§ 323.2 BGB)» [(2011) p. 436]. SAN MIGUEL PRADERA: «(...) lo primero que sorprende de la *Propuesta* es la ausencia de una definición del incumplimiento esencial; es evidente, pues, que los redactores de la *Propuesta* no han querido seguir en este punto a los textos que les han servido de modelo. Quizá han considerado que no era necesario. Sin embargo, me parece poco afortunada esta solución: dada la discusión que siempre se ha suscitado en nuestro país en torno a los requisitos que debe reunir el incumplimiento resolutorio, sería muy oportuno establecer unos criterios para determinar la existencia de incumplimiento esencial. En este sentido, a mi juicio, tanto el texto de los PECL como el del DCFR son buenos modelos a tener en cuenta porque simplifican en tres y dos respectivamente, los criterios a tener en cuenta y suprimen, con acierto, el quinto de los criterios previstos en el artículo 7.3.1 (2) Principios UNIDROIT, que, más que un criterio para delimitar un supuesto de incumplimiento esencial, se trata de un criterio que establece un límite al ejercicio del remedio resolutorio./ Además, en el caso de que se procediera a definir el incumplimiento esencial, creo que el precepto en cuestión no debería ubicarse en las reglas relativas a la resolución, sino en las disposiciones generales del incumplimiento (como hacen la CISG y los PECL). Esta segunda ubicación es preferible, puesto que la noción de incumplimiento esencial no sólo afecta al remedio resolutorio, sino que también puede resultar relevante de cara a otros

ejercita mediante declaración de voluntad del acreedor notificada al incumplidor (art. 1199.II PC). Un funcionamiento correcto de este modelo de resolución se obtiene si el acreedor, tomada la decisión de resolver la relación contractual, puede razonablemente confiar en que actúa de modo correcto, pues, si no es así, el ejercicio de la resolución se vuelve en su contra (se estaría negando a cumplir e incumpliría, supuesto de incumplimiento esencial). La dicción del artículo 1199.I PC no le ofrece gran seguridad ante el posible y posterior control de los tribunales (a quienes les compete la valoración del incumplimiento esencial), si el deudor discute esa condición: el tribunal puede estimar que la razón es del deudor.

Sin embargo, el artículo 1199.I PC puede ser valorado desde otra perspectiva. Antes indiqué que el artículo 1124.I CC no exige que el incumplimiento resolutorio sea grave o esencial, pero, reiterada jurisprudencia lo afirma. El artículo 1199.I PC codifica tal requisito, y las asentadas líneas jurisprudenciales existentes sobre qué es incumplimiento grave o esencial dotan de contenido a aquél²⁶². Considerándolo así, no sería precisa una norma como la del artículo 64.1.II PM. Además, la dicción del artículo 1199.I PC permite que pueda haber lugar a la posible evolución interpretativa de la norma. El artículo 1199.I PC sería, desde esta perspectiva, una norma razonable.

Lo cierto es, que la oportunidad de que en la *Propuesta civil* haya un precepto como el artículo 64.1.II PM depende, en gran medida, de la opinión que uno tenga sobre lo que un Código ha o no de contener (reglas básicas o más detalladas de carácter explicativo).

C) *El «procedimiento de notificación-resolución» en las Propuestas civil y mercantil. El incumplimiento de escasa importancia de la Propuesta sobre compraventa*

[84] *Propuesta civil*.—El artículo 1200 PC preceptúa:

*«En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliere o subsanare la falta de conformidad.
(...).*

remedios frente al incumplimiento (por ejemplo, para poder optar por la sustitución del bien en caso de cumplimiento defectuoso)» [(2011) apartado III, 2, 2.2].

²⁶² Luis Díez-PICAZO: «El art. 1199 de la Propuesta de Modernización, (...), no define qué incumplimiento se considera como esencial, pero puede integrarse el precepto con las afirmaciones jurisprudenciales e incluso con la doctrina emanada del Convenio de Viena y de los PECL, de donde la norma procede. El incumplimiento es esencial cuando priva al contratante que sufre tal incumplimiento de aquello que hubiera podido haber obtenido de acuerdo con el contrato» [(2011) pp. 7-8]; *vid.* además CLEMENTE MEORO (2011) p. 5. Para el Derecho vigente: CARRASCO PERERA (2010) núms. 19 y 20, pp. 1121-1123; núms. 21-31 ss, pp. 1124-1138.

La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones»²⁶³.

[85] Sobre el artículo 1200. I y III PC:

a) En las anteriores consideraciones generales sobre el «procedimiento de notificación-resolución», asocié éste al incumplimiento del retraso no esencial. Pero el acreedor también puede servirse de este procedimiento en el incumplimiento del deudor inicialmente esencial. En el incumplimiento esencial, si bien el acreedor puede inmediatamente resolver la relación contractual (art. 1199.I PC), puede suceder que haya algún caso en que el acreedor prefiera exigir el cumplimiento al deudor, fijándole un plazo adicional para llevarlo a cabo. Si el deudor cumple, se satisface el interés del acreedor en el cumplimiento *in natura*. En caso contrario, el acreedor dispone de nuevo de la posibilidad de resolver la relación contractual. El artículo 1200.I PC no especifica si el incumplimiento ha de ser inicialmente no esencial o esencial (si bien la interpretación sistemática conduce al incumplimiento no esencial; «también»). Puede interpretarse que incluye a ambos.²⁶⁴

[i] Artículo 7.1.5 Principios UNIDROIT:

«(Período suplementario para el cumplimiento)

(1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un periodo suplementario para que cumpla.

²⁶³ PANTALEÓN PRIETO entendía adecuado que nuestro Derecho acogiera este otro sistema de resolución [ADC (1993) p. 1733]. También SAN MIGUEL PRADERA (2004) [605]-[607] pp. 477-480 y [008] p. 33; más allá, en su construcción de la resolución extrajudicial (actual jurisprudencia del Tribunal Supremo) de interés [540]-[650] pp. 434-514.

²⁶⁴ Señala Luis Díez-PICAZO: «La segunda de las posibilidades de resolución que aparecen en el art. 1200 de la Propuesta se refiere a aquellos incumplimientos que, lógicamente, no fueron esenciales»; menciona la *Nachfrist* del Derecho alemán [(2011) p. 8]. CLEMENTE MEORO señala que la *Propuesta civil* diferencia entre incumplimiento esencial que faculta para la resolución en todo caso (arts. 1199.I PC, 1492 PCV) e incumplimiento no esencial que requiere que el acreedor fije al deudor un plazo razonable para cumplir, pudiendo aquél sólo resolver si el deudor no cumple [(2011) p. 5]. ROCA TRÍAS indica: «(...), debo poner de relieve que la resolución del contrato sólo será posible cuando el incumplimiento pueda calificarse de esencial de acuerdo con el art. 1200, (...), lo que demuestra que tanto en la Propuesta de reforma del Código civil, (...), está presente el principio de conservación del contrato» (p. 16). Según ROCA TRÍAS, cabe la resolución si el incumplimiento es esencial, «lo que se completa en el art. 1200 de la Propuesta que contiene una lista de conductas que pueden producir el incumplimiento esencial. Son: i) el retraso; ii) la falta de conformidad en el cumplimiento; iii) el mismo supuesto cuando el acreedor haya aceptado un plazo razonable y el deudor no lo cumpliera o subsanare la falta de conformidad, y iv) el riesgo patente de incumplimiento esencial cuando no haya una garantía adecuada de cumplimiento en un plazo razonable./ Es decir que en la Propuesta hay, por una parte, un incumplimiento esencial, expresión abierta que deberá integrarse con el art. 1188 y además, con el examen del caso concreto. Por otra parte, hay una serie de conductas que se asimilan al incumplimiento esencial y que son las recogidas en el art. 1200. Todo ello conforma el cuadro de las causas del incumplimiento» [(2011) pp. 16-17; *vid. además* «Retraso en el cumplimiento» en pp. 17-18].

(2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del periodo suplementario o si este finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.

(...»

[ii] Artículo 8:106 PECL:

«Notice Fixing Additional Period for Performance

(1) In any case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance.

(2) During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages, but it may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under chapter 9.

(...»

b) También en las anteriores consideraciones generales sobre el «procedimiento de notificación-resolución» señalé que la CISG, los Principios UNIDROIT y los PECL aplican ese procedimiento al retraso no esencial en el cumplimiento, y no lo aplican al cumplimiento defectuoso (falta de conformidad), lo cual se justifica en evitar que un incumplimiento «menor» permita al acreedor resolver la relación contractual²⁶⁵.

En la *Propuesta civil*, en cambio, se ha optado por aplicar el «procedimiento de notificación-resolución» al retraso en el cumplimiento, y además, a la falta de conformidad (art. 1200.I PC). La aplicación mecánica y sin fisuras del artículo 1200.I PC permite al acreedor resolver la relación contractual incluso por un incumplimiento de escasa importancia, lo que, entiendo, ha de evitarse. Para lograrlo, la *Propuesta sobre compraventa* puede ayudar.

²⁶⁵ Para el Derecho vigente, CARRASCO PERERA: «Nuestro Derecho legislado y judicial no ha erigido como requisito para que el incumplimiento del deudor se considere esencial que el acreedor haya dado al deudor un plazo suplementario para cumplir con la advertencia de que pasado este nuevo plazo la obligación se entenderá resuelta por un incumplimiento sustancial, cuando hubiera vencido el plazo originario sin atenderse la deuda» [(2010) núm. 28 pp. 1133-1134]; «(...)». En cambio, si se trata de un incumplimiento de una obligación accesoria no esencial, no puede convertirse en esencial por el sólo hecho de que el acreedor conceda un plazo suplementario. Y no puede tampoco convertirse en esencial la falta de conformidad que no lo es, aunque el acreedor haya concedido al acreedor un tiempo suplementario para remediar el defecto» [(2010) núm. 28, p. 1136].

Según el artículo 1486 PCV: «[e]l comprador no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad fuere de escasa importancia» (cfr. art. 121 TRLGDCU²⁶⁶). La norma del artículo 1486 PCV se inserta en un sistema jerarquizado de remedios por la entrega de una cosa no conforme con el contrato (arts. 1485 y 1483 PCV). Es cierto que el sistema jerarquizado de remedios de la *Propuesta sobre compraventa* y el «procedimiento de notificación-resolución» son diferentes en cuanto que en éste, el acreedor ha de fijar un plazo para cumplir, lo que no es preciso en la *Propuesta sobre compraventa*. Pero hay una clara proximidad funcional entre ambos: primero se ha de exigir el cumplimiento, y si este no tiene éxito, puede resolverse la relación contractual²⁶⁷. Si esto es así, creo que en lugar de considerar el artículo 1486 PCV regla especial aplicable tan sólo a la compraventa, puede considerarse que aquél recoge un principio general aplicable a la resolución del artículo 1200.I PC. Si no se comparte este argumento, la no posible resolución de la relación contractual para los incumplimientos de escasa importancia puede justificarse en el artículo 7 CC. En mi opinión, sería adecuado que el artículo 1200.I PC estableciera de modo expreso el límite de la escasa importancia del incumplimiento para el remedio de la resolución²⁶⁸.

²⁶⁶ FENOY PICON, *ADC* (2009) [1] ss. pp. 159 ss.

²⁶⁷ En relación con el Derecho alemán informa ZIMMERMANN: «(...) el nuevo BGB (...) ahora introduce un sistema gradual de remedios, lo que significa que la opción del adquirente queda, en primer lugar, limitada a su derecho al cumplimiento corregido. Ésa es su pretensión principal. No se dice así claramente en los §§ 437 ss. BGB, pero se deduce del hecho de que el resto de opciones (resolución del contrato, reducción del precio, indemnización) generalmente requieren que el adquirente haya fijado previamente –y sin éxito– un plazo adicional para que el vendedor pueda cumplir o a lo largo del cual éste pueda corregir el cumplimiento» [«La evolución» (2005, 2008 de la trad.) p. 117, *vid.* también pp. 119-120]. Indica además: «Mucho más problemática es otra discrepancia entre la Directiva [1999/44] y la nueva regulación del Derecho alemán. Según el § 323.I, el adquirente puede resolver el contrato, «si ha establecido, sin éxito, un plazo adicional de cumplimiento». Por otro lado, el art. 3 (5) de la Directiva establece que el consumidor puede resolver el contrato «si el vendedor no hubiera llevado a cabo el cumplimiento en un plazo razonable». El Derecho alemán exige del adquirente mucho más que la Directiva, puesto que no es posible que éste pueda resolver el contrato tras el trascurso de un tiempo razonable, si previamente no ha fijado plazo. Es dudoso que el § 323.I BGB pueda ser interpretado de conformidad con la Directiva. Además, esta última, en la expresión transcrita parece legitimar la resolución, incluso en supuestos en que el bien vendido haya sido reparado satisfactoriamente, o sustituido por otro libre de vicios, siempre que todo ello no haya sido llevado a cabo en plazo razonable [“(...) no hubiera llevado a cabo (...)”]. De nuevo, plantea dudas la conformidad del Derecho alemán con la Directiva, puesto que el primero no autoriza la resolución en esos casos. Es cierto que, con todo, se ha sugerido una interpretación restrictiva de la Directiva, pues no parece muy razonable permitir al adquirente la resolución cuando ya se ha puesto a su disposición un bien en perfectas condiciones» (*op. cit.* pp. 121-122, *vid.* también p. 128).

Vid. PISULINSKI/ZOLL/SZPUNAR, «Article 8:301 ACQP» (2009) núm. 24 pp. 417-418.

²⁶⁸ En opinión de SAN MIGUEL PRADERA: «Me parece apropiado que la Propuesta [art. 1200.I] amplíe la resolución a los casos de falta de conformidad, pero creo que sería muy conveniente establecer expresamente como hacen los Principios UNIDROIT, que la resolución no resulta procedente en los casos en los que el incumplimiento es poco rele-

[i] Tiene interés que me refiera al artículo 8:301 de los *Principles of the Existing EC Contract Law* (ACQP en lo sucesivo):

«Grounds for termination and reduction

(1) The creditor may reduce its own performance appropriately, or terminate the contract:

(a) if the creditor has no right to performance or cure under Section 2 above or

(b) if the debtor has not provided the remedy under Section 2 above within a reasonable time²⁶⁹.

The creditor is not entitled to terminate the contract if the debtor's failure to perform amounts to a minor non-performance.

(2) Regardless of paragraph (1), the creditor is entitled to terminate the contract for non-performance if the creditor cannot be reasonably expected to be bound by the contract, in particular because of the kind of non-performance or because of the nature of the obligation.

(3) The creditor can terminate the contract under paragraph (1) only with respect to the part which is affected by non-performance, unless partial performance is of not utility to the creditor. Paragraph (2) applies correspondingly./ (...)»²⁷⁰.

a) Según el apartado (1) del artículo 8:301 ACQP, el acreedor puede resolver el contrato si no tiene derecho al cumplimiento

vante, porque, aunque es cierto que la resolución no es un remedio excepcional que exige un incumplimiento esencial, es necesario que tampoco se considere procedente ante cualquier incumplimiento, sino que se exija que el mismo revista cierta entidad (*vid.* art. 1486 PMDOC para el contrato de compraventa)» [(2011) apartado III, 2, 2.3]. Con apoyo en SAN MIGUEL PRADERA, también PALAZÓN GARRIDO (2011) pp. 436 y 447.

²⁶⁹ Artículo 8:201 ACQP (grey rule from art. III.-3:301 DCFR): «Monetary obligations/ (1) The creditor is entitled to recover money payment of which is due./ (2) Where the creditor has not yet performed the reciprocal obligation for which payment will be due and it is clear that the debtor in the monetary obligation will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with performance and may recover payment unless:/ (a) the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or/ (b) performance would be unreasonable in the circumstances»; artículo 8:202 ACQP (grey rule from art. III.-3:302 DCFR): «Non-monetary obligations/ (1) The creditor is entitled to enforce specific performance of an obligation other than one to pay money./ (2) Specific performance includes the remedying free of charge of a performance which is not in conformity with the terms regulating the obligation./ (3) Specific performance cannot, however, be enforced where:/ (a) performance would be unlawful or impossible;/ (b) performance would be unreasonably burdensome or expensive; or/ (c) performance would be of such a personal character that it would be unreasonably to enforce it./ (4) The creditor cannot recover damages for loss or a stipulated payment for non-performance to the extent that the creditor has increased the loss or the amount of the payment by insisting unreasonably on specific performance in circumstances where the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense».

²⁷⁰ PISULINSKI/ZOLL/SZPUNAR (2009) «Article 8:301» núm 9 p. 413, núm. 10 pp. 413-414, núm. 13 p. 414, núm. 17 p. 415. Analicé el artículo 8:301 ACQP, publicado *Contract I* y cuando aún no se había publicado *Contract II*: FENOY PICÓN (2009) [49]-[52] pp. 214-218.

to o a la subsanación del incumplimiento en virtud de lo dispuesto en la antecedente Sección 2, o si el deudor no ha remediado el incumplimiento en virtud de la anterior Sección 2. El acreedor no tiene derecho a resolver, si el incumplimiento es de escasa importancia²⁷¹.

En cambio, en el apartado (2) del artículo 8:301 ACQP, el acreedor puede directamente resolver la relación contractual: son casos en los que la gravedad del incumplimiento es mayor, que la presuelta en el apartado (1). En virtud del apartado (2), el acreedor tiene derecho a resolver el contrato si no puede esperarse razonablemente, que siga contractualmente vinculado, en particular, dado el tipo de incumplimiento o la naturaleza de la obligación^{272, 273}.

²⁷¹ PISULINSKI/ZOLL/SZPUNAR (2009) «Article 8:301» núm. 15 p. 415, núm. 21 p. 417; «Non-performance qualifies as minor if the non-performance does not endanger the purpose of the obligation and still allows for the creditor's interest to be satisfied» (núm. 22 p. 417; el núm 22 se dedica al remedio de la reducción del precio, el cual opera incluso para el incumplimiento «menor»); núm. 23 p. 417.

²⁷² PISULINSKI/ZOLL/SZPUNAR (2009) «Article 8:301» núm. 14 pp. 414-415, núm. 15 p. 415; «This provision [art. 8:301 (2)] applies if cure is possible, but where the non-performance has been particularly grave, as in cases of serious breaches of a duty to loyalty, or where any trust between parties has been destroyed. In these situations, there is no interest of the legal order to force the creditor into maintaining such a contractual relationship. This provision expresses an idea which is similar to the concept of fundamental breach of contract, even though immediate termination under paragraph (2) requires a graver violation of the obligation, which must be committed in such a way that the creditor has no reason to expect that the cure will really bring the performance into conformity with the contract. It does not matter in this context whether the effects of non-performance for the creditor were predictable for the debtor» [núm. 25 p. 418]; núm. 31 p. 420.

²⁷³ SCHULZE, miembro del *Acquis Group*, opina: «La infracción de la obligación contractual es otro de los temas típicos en los que es posible coherente las reglas que proporcionan los PECL, la Convención de Viena y el Derecho comunitario europeo. Con todo existen discrepancias en algunos puntos importantes. Atendiendo a los remedios de que dispone el acreedor que quiere resolver el contrato (...) cuando existe falta de conformidad de la prestación, el art. 49.1 a del Convenio de Viena y, de acuerdo con el mismo, los arts. 9:301, 8:103 PECL, exigen que tal falta de conformidad sea “esencial”. Por el contrario, en el Derecho comunitario, los arts. 3.2 y 3.5 y 3.6 de la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo establecen otra solución: basta cualquier infracción o incumplimiento que no sea de escasa importancia; es decir, no se requiere que sea “esencial”. En contrapartida, generalmente se establece un plazo al deudor para que pueda corregir el cumplimiento, esto es, para proceder a la reparación o sustitución de la cosa (...). Es necesario preguntarse si estas últimas disposiciones no están mejor adaptadas a los tiempos actuales de lo que puedan estarlo las reglas del Convenio de Viena y los PECL antes citados; y, sobre todo, si no se adaptan mejor a las condiciones que hoy exige la unificación del mercado interior. Efectivamente, el Convenio de Viena se hace eco de las dificultades que en el momento de su promulgación podrían existir para introducir las antes referidas garantías del cumplimiento (“Nacherfüllung”), debido a los costes elevados de transporte a los diferentes lugares en los que se desarrollaban las relaciones jurídicas, aranceles y otros gastos inherentes a las relaciones transfronterizas, y también a las muy diferentes posibilidades que se ofrecían en la ejecución de los contratos en el comercio internacional. Pero desde que se promulgó la Convención de Viena hasta la actualidad, los costes del transporte internacional de mercancías han disminuido, de manera que ahora es más factible introducir las referidas garantías legales (“Nacherfüllung”) y, con ello, la realización de la prestación programada. Los otros obstáculos apenas afectan al comercio en la Unión europea, regido por los principios de la unidad del mercado interior y el sistema de cooperación judicial, por lo que no son determinantes para el desarrollo del Derecho comunitario europeo, incluido el Derecho de contratos» [(2009) pp. 56-57; *vid.* también pp. 60-61].

c) Es requisito de la resolución del artículo 1200.I PC que el plazo que el acreedor fije al deudor para el cumplimiento sea razonable, lo cual dependerá de las circunstancias del concreto caso²⁷⁴.

d) El artículo 1200.III PC dispone que el acreedor no precisa fijar al deudor plazo para cumplir, si éste ha declarado que no cumplirá²⁷⁵, lo cual implica que el acreedor puede, de inmediato, resolver la relación contractual. La negativa voluntaria del deudor de cumplir constituye un incumplimiento resolutorio, pudiendo el acreedor resolver directamente la relación contractual. A tal incumplimiento puede calificársele de esencial, si bien en el ejercicio de la resolución el acreedor tendrá que respetar el límite genérico del artículo 7 CC (además, art. 1258 CC, art. 1243 PC).

e) Sobre el artículo 1200.I PC, San Miguel Pradera indica que constituye «una importante novedad en el Derecho español y, por tanto, es preciso que el legislador sea especialmente cuidadoso con ella»²⁷⁶. Propone una serie de cambios que mejorarían la *Propuesta civil*. En concreto:

«Empezando por la ubicación de la normativa, a mi juicio, las reglas sobre concesión de un plazo adicional al deudor no deberían estar en las normas sobre la resolución por incumplimiento, sino en las disposiciones generales del incumplimiento, puesto que se trata de una figura que afecta a todos los remedios frente al incumplimiento. En este sentido, sería muy conveniente que la reglamentación de esta figura especificara cuáles son las consecuencias que tiene la fijación de dicho plazo adicional respecto a los remedios de los que dispone el acreedor en caso de incumplimiento. Mi propuesta a este respecto sería que se estableciera expresamente que, durante la vigencia del plazo, el acreedor mantiene la posibilidad de suspender el cumplimiento de su propia obligación y exigir una indemnización de daños, pero que no dispone del resto de remedios. Igualmente sería importante que se precisara que, transcurrido el plazo sin que el deudor cumpla, el acreedor dispone de todos los remedios frente al incumplimiento, puesto que, con esta concesión de un plazo adicional, no se está optando propiamente por uno de ellos. Además, habría que aclarar que no es necesario transcurrir el plazo si el deudor anuncia que no cumplirá. Respecto a la duración del plazo adicional, creo

²⁷⁴ SAN MIGUEL PRADERA señala: «Ya en la regulación del remedio resolutorio, (...). Además sería conveniente que se aclarara qué sucede si la duración del plazo fijado por el acreedor no es razonable. Las soluciones posibles son dos: que la fijación del plazo sea ineficaz para declarar la resolución, o bien que el acreedor disponga del remedio resolutorio cuando transcurra un plazo razonable desde que notificó la concesión de un plazo adicional de cumplimiento. Me inclino por la segunda de las soluciones, puesto que se respeta la voluntad del acreedor otorgando plazo, y, simplemente, éste se prolonga hasta una duración razonable, de tal forma que los intereses de ambas partes quedan suficientemente protegidos» [(2011) apartado III, 2, 2.3].

²⁷⁵ DURÁN RIVACOBA considera: «(...) y se sustituye la fórmula jurisprudencial de “la voluntad manifiestamente rebelde al cumplimiento” por la más escasa de “de haber declarado que no cumplirá sus obligaciones” (art. 1200, pfo. 3, P)» [(2011) p. 235].

²⁷⁶ SAN MIGUEL PRADERA (2011) apartado III, 2, 2.3.

que la solución de no establecer un plazo concreto, sino de exigir un plazo de duración razonable, es la mejor solución, pues permite atender a las circunstancias concretas del caso»²⁷⁷.

[86] *Propuesta mercantil*.—Los artículos 63.2, 63.3 (transcrito *supra* [57]) y 64.1 PM se ocupan del «procedimiento de notificación-resolución». Según el artículo 64.1 PM:

«(...). En caso de retraso no esencial podrá resolverse también en los términos previstos en el apartado 2 del artículo anterior./ (...).»

En virtud del artículo 63.2 PM:

«En cualquier supuesto de incumplimiento, la parte perjudicada puede conceder a la otra parte un plazo adicional razonable para que efectúe su cumplimiento. Si transcurrido el plazo adicional el deudor no cumple, aunque su incumplimiento no sea esencial, podrá la parte perjudicada dar por terminado el contrato.»

[87] Sobre esta regulación de la *Propuesta mercantil*:

a) El «procedimiento de notificación-resolución» se aplica al incumplimiento del retraso (art. 64.1 PM) y a «cualquier supuesto de incumplimiento» (art. 63.2 PM), expresión esta que permite incluir el cumplimiento defectuoso o la falta de conformidad. Dicha expresión también permite considerar incluido al incumplimiento no esencial y al esencial. No se excluye, de modo expreso, la posibilidad de resolver la relación contractual en los incumplimientos de escasa importancia. Su exclusión puede justificarse en el artículo 7 CC.

b) El plazo adicional para cumplir, que el acreedor concede al deudor, ha de ser razonable: lo es aquel en que sea factible que el deudor pueda cumplir, teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso.

c) En virtud del artículo 63.3 PM, mientras transcurra el plazo fijado para cumplir, el acreedor puede suspender el cumplimiento de su propia prestación, y conserva su derecho a ser indemnizado de los daños que la subsanación del incumplimiento, por el deudor, no haya evitado.

D) *La resolución anticipada*

[88] Se regula en las *Propuestas civil* (art. 1200.II y III) y *mercantil* (art. 62.3). La contempla la *Propuesta sobre compraventa* (art. 1485.3.º).

²⁷⁷ SAN MIGUEL PRADERA (2011) apartado III, 2, 2.3.

[89] *Propuesta civil.*—El artículo 1200, II y III, PC dispone:

«También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto.

La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones.»

[90] Sobre el artículo 1200, II y III, PC:

a) El elemento que individualiza a la resolución anticipada es, que el acreedor puede resolver la relación contractual antes de que la obligación venza según el contrato.

b) Presupuesto de la resolución anticipada del artículo 1200.II PC es el «riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor». Debe haber un riesgo de futuro incumplimiento, riesgo que ha de ser claro. Además, el previsible incumplimiento ha de ser un incumplimiento esencial. Por ejemplo, el deudor es incapaz de ejecutar todos los contratos que ha celebrado, incluido aquel que le interesa al acreedor, o el deudor adolece de una insuficiencia patrimonial con muy alta probabilidad de no poder remontarla para la fecha de cumplimiento del contrato, o es definitivamente insolvente.

c) Ante ese «riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor», el acreedor puede adoptar alguna de las siguientes decisiones (art. 1200.II PC).

Una, fijar al deudor un plazo para cumplir. Si el deudor no cumple en él, el acreedor podrá resolver. Esto recuerda al procedimiento de notificación-resolución del artículo 1200.I PC.

La otra decisión consiste en fijar al deudor un plazo para que preste garantía adecuada de cumplimiento. Si el deudor no se la presta, el acreedor podrá resolver. La «garantía adecuada» supone una garantía segura y suficiente del cumplimiento de la obligación.

La resolución anticipada de la relación contractual presupone el vencimiento anticipado de la obligación del deudor (cfr. art. 1120 PC)²⁷⁸.

d) Frente al supuesto de la resolución anticipada del artículo 1200.II PC, el artículo 1200.III PC permite al acreedor, si quiere, resolver de inmediato la relación contractual. No se le exige que fije un plazo previo al deudor para poder resolver. La razón es que el otorgamiento del plazo es innecesario pues la situación del futu-

²⁷⁸ Artículo 1120 PC: «Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:/ 1. Cuando, después de contraída la obligación resulte insolvente, salvo que se garantice la deuda./ 2. (...)»; cfr. art. 1129 CC.

ro incumplimiento del deudor es cierta y dar un plazo al deudor alargaría (seguramente de modo innecesario) la decisión del acreedor de desvincularse del contrato acudiendo al recurso de la resolución.

e) La clave de diferenciación de los párrafos II y III del artículo 1200 PC reside en que, el párrafo II se refiere al probable futuro incumplimiento esencial del deudor (añado, con probabilidad relevante). En el párrafo II no hay plena certeza del futuro incumplimiento esencial. En cambio, en el párrafo III se presupone cierto el futuro incumplimiento del deudor. Lo dicho justifica que en el supuesto del párrafo II, el acreedor, dependiendo de cómo actúe el deudor, pueda finalmente disponer del remedio de la resolución, y que en el supuesto del párrafo III, el acreedor pueda de inmediato resolver la relación contractual.

f) Comparado con el Código civil, el artículo 1200.II PC es novedad por ser norma de carácter general y señalar un procedimiento que, según cómo finalice, permitirá o no al acreedor disponer de la resolución. El equivalente al artículo 1200.II PC sería el artículo 1503.I CC, si bien el último se refiere a la venta de un inmueble y faculta al vendedor para la inmediata resolución cuando éste tiene «fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio». El artículo 1503.I CC es norma especial frente al artículo 1124 CC y plantea la cuestión de su posible generalización²⁷⁹. Teniendo presente esto y porque además considero que en sí misma es norma razonable para el Derecho de contratos, entiendo que es correcto disponer del artículo 1200.II PC²⁸⁰. Incidentalmente he de señalar, que en la *Propuesta civil* se modifica el párrafo II del artículo 1503 CC, modificación que se limita a sustituir la remisión al artículo 1124 CC, a la de los artículos 1999 y ss. PC²⁸¹.

g) El artículo 1200.III PC también es novedad, comparado con el Código civil, en el que no hay norma que disponga algo similar para el contrato en general. La expresión jurisprudencial de la voluntad deliberadamente rebelde del deudor al cumplimiento

²⁷⁹ SAN MIGUEL PRADERA: «(...) mientras la resolución del art. 1124 sólo puede tener lugar cuando el incumplimiento ya se ha producido, en el ámbito del art. 1503, la resolución opera en un momento anterior, y precisamente por el temor a que se produzca dicho incumplimiento. ¿Puede generalizarse la resolución anticipada que prevé el art. 1503? La doctrina señala que este precepto tiene carácter excepcional, pues sólo se prevé para compraventas de bienes inmuebles, exclusivamente a favor del vendedor (...) y para el supuesto de peligro de pérdida de la contraprestación y del objeto entregado» [«Artículo 1503 CC» (2010) p. 1639].

²⁸⁰ En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, PANTALEÓN PRIETO considera que el acreedor ha de disponer de la resolución anticipada [ADC (1993) p. 1727].

²⁸¹ Artículo 1503.II CC: «Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124». Artículo 1503.II de la *Propuesta de Modernización*: «Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en los artículos 1199 y siguientes».

sería su equivalente, en cuanto incluye el supuesto en que el deudor declara que no cumplirá, pero ha de tenerse en cuenta que se la está aplicando cuando aún no ha vencido la obligación del deudor (no obstante, ha de haber un vencimiento anticipado). Aunque el Código civil no contenga norma similar a la del artículo 1200.III PC, es claro que puede construirse con los instrumentos generales del derecho de contratos. No obstante, es mejor disponer de un artículo que lo indique de modo expreso.

[i] a) Artículo 7.3.3 Principios UNIDROIT:

«(Incumplimiento anticipado)

Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver.»

a.1) En el Comentario único del artículo se indica que el incumplimiento esperado se equipara al que se produce cuando se debe la prestación. El incumplimiento habrá de existir, pues no basta la sospecha de incumplimiento, incluso si es fundada; además, debe ser un incumplimiento esencial. Un ejemplo de incumplimiento anticipado es «cuando una parte declara que no cumplirá el contrato»²⁸².

b) Artículo 7.3.4 Principios UNIDROIT:

«(Garantía adecuada de cumplimiento)

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.»

b.1) En el artículo 7.3.3 Principios UNIDROIT es claro el incumplimiento futuro. En el artículo 7.3.4 Principios UNIDROIT, es razonable creer que tendrá lugar el incumplimiento, pero es posible que pueda tener lugar el cumplimiento²⁸³. Para evitar incertidumbres, el artículo 7.3.4 Principios UNIDROIT permite que el acreedor pueda exigir del deudor una garantía. Si éste la da, no es posible resolver la relación contractual; en otro caso, podrá resolver. Sobre la «garantía adecuada», en el Comentario 2 del artículo se indica que ello depende de las circunstancias, pudiendo ser suficiente la declaración de la otra parte de que cumplirá; otras veces puede consistir en una fianza o garantía de tercero²⁸⁴.

²⁸² Principios UNIDROIT (2004) pp. 233-234.

²⁸³ Comentario 1 del artículo 7.3.4 Principios UNIDROIT (2004) p. 234.

²⁸⁴ Principios UNIDROIT (2004) p. 235. Para la justificación de la norma, *vid.* Comentario 1 del artículo 7.3.4, *op. cit.* p. 234.

[ii] a) Artículo 9:304 PECL:

«Anticipatory Non-Performance

Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it, the other party may terminate the contract». Cfr. artículo III.-3:504 DCFR.

a.1) En el *Comment A* del artículo se señala que la posibilidad de poder resolver la relación contractual se basa en que no puede razonablemente esperarse que una parte siga vinculada, cuando es claro que la otra no puede o no quiere cumplir en la fecha debida. La resolución por incumplimiento esencial anticipado se equipara al incumplimiento esencial una vez que es debido el cumplimiento²⁸⁵.

b) Artículo 8:105 PECL:

«Assurance of Performance

(1) A party which reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and meanwhile may withhold performance of its own obligations so long as such reasonable belief continues.

(2) Where this assurance is not provided within a reasonable time, the party demanding it may terminate the contract if it still reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party and gives notices of termination without delay». Cfr. artículo III.-3:505 DCFR.

b.1) El artículo 8:105 PECL se aplica cuando hay una razonable creencia de que el deudor incumplirá, pero es también posible que el deudor pueda finalmente cumplir. Aquí reside la diferencia con el artículo 9:304 PECL.²⁸⁶ Sobre la garantía adecuada, en el *Comment D* del artículo 8:105 PECL se señala que ello depende de las circunstancias, lo cual incluye la integridad del deudor, su previa conducta en relación con el contrato y la naturaleza del evento que crea incertidumbre sobre su capacidad y voluntad de cumplir. En ocasiones, basta la declaración del deudor de que tiene intención de cumplir; otras veces puede ser razonable exigir prueba de la capacidad del deudor para cumplir²⁸⁷.

[91] *Propuesta sobre compraventa*.—En virtud del artículo 1485.3.º PCV, el comprador puede resolver la relación contractual «[s]i el vendedor hubiese rehusado ejecutar la modalidad de cumplimiento procedente en dichas condiciones o se previere fundadamente que no la

²⁸⁵ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 417. *Vid. Comment B y Comment D* del artículo III.-3:504 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 867 y 868].

²⁸⁶ LANDO/BEALE (ed.) (2000) *Comment A*, p. 370.

²⁸⁷ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 371; *vid. Comment D* del artículo III.-3:505 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 872]; sobre la razón del artículo 8:105 PECL, *Comment A*, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 370; *vid. Comment A* del artículo III.-3:505 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 871].

ejecutará así». Según la EM de la Propuesta sobre compraventa: «[s]e acoge aquí la doctrina del incumplimiento previsible» (núm. 20).

[i] Artículo 72 CISG:

«1. Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones»²⁸⁸.

[92] *Propuesta mercantil*.—El artículo 62.3 PM ordena:

«Cuando una de las partes contratantes tenga razones fundadas para creer que se va a producir un incumplimiento esencial del contrato, podrá exigir garantía adecuada de su cumplimiento, sus-

²⁸⁸ Cfr. artículo 71 CISG: «1. Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) Un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) Su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato./ 2. El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías./ 3. La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones». Sobre el artículo 71 CISG, HONNOLD indica: «En suma, conforme al artículo 71.1, el temor subjetivo de una de las partes no justificará la suspensión; deben darse motivos objetivos que demuestren un alto grado de probabilidad de incumplimiento» [(1987 de la trad.) núm. 388, p. 432; CALVO CARAVACA «Artículo 71 CISG» (1998) p. 565]; «Meras palabras tranquilizadoras no pueden constituir “seguridades suficientes” de cumplimiento: según el párrafo 3, una parte notificada de suspensión debe evidenciar concretos hechos o acciones que acaben con la amenaza de que “no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones” (art. 71.1)» [(1987 de la trad.) núm. 392 p. 435; CALVO CARAVACA, *op. cit.* p. 568]; «Supongamos que una parte está afectada por la amenaza de incumplimiento por la otra, y que difiere justificadamente su cumplimiento; la otra parte recibe notificación de esta suspensión, pero no da una “seguridad suficiente” a la parte afectada. Desde luego, la parte afectada puede continuar suspendiendo su propio cumplimiento, pero ¿cómo se resolverán finalmente las relaciones contractuales? Si pasa el tiempo de cumplimiento de la parte notificada y ésta incumple, en la mayoría de los casos la parte afectada podrá resolver el contrato y pedir indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento (arts. 25, 49, 64 y 81). La parte afectada, de todas formas, no necesita esperar el tiempo fijado para el cumplimiento por la parte que ha sido notificada. El hecho de que la parte notificada no responda otorgando “seguridades suficientes” puede dejar claro que va a cometer un incumplimiento del contrato, una causa de resolución del contrato según el artículo 72 (...)» [(1987 de la trad.) núm. 394, p. 437]. En cambio, CALVO CARAVACA: «Frente a esta opinión [la de Honnold, por ejemplo], se sitúan con razón quienes entienden que se trata tan sólo de un síntoma, que invita a la cautela y que necesitaría ser corroborado y completado por otros elementos para que pudiera proclamarse la resolución de la relación contractual que une a ambas partes» [*op. cit.* p. 568].

pendiendo mientras tanto su propia prestación. Si la garantía no se otorga, podrá resolver el contrato».

[93] El artículo 62.3 PM recoge una de las alternativas que el artículo 1200.II PC prevé: la de exigir al deudor garantía adecuada de cumplimiento (ha de entenderse que en plazo razonable). Para ello se requiere que haya razones fundadas de que se va a producir el futuro incumplimiento, el cual ha de ser esencial. A diferencia de la *Propuesta civil*, en la *Propuesta mercantil* se especifica que, durante el plazo fijado para que el deudor preste garantía, el acreedor puede suspender el cumplimiento de su propia prestación. Regla esta que, a mi juicio, hubiera sido adecuado especificar en la *Propuesta civil*.

7.2 EL EJERCICIO DE LA RESOLUCIÓN: LA NOTIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD DE RESOLVER LA RELACIÓN CONTRACTUAL

[94] Las *Propuestas civil* (art. 1199.II), *sobre compraventa* (art. 1482.I PC) y *mercantil* (art. 64.2 primera regla) acogen el modelo del ejercicio extrajudicial de la resolución.

[95] *Propuesta civil*.—El artículo 1199.II PC dispone:

*«La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte»*²⁸⁹.

[96] Sobre el artículo 1199.II PC:

a) Del artículo 1199.II PC se extrae la regla de que la resolución se ejercita mediante declaración de voluntad unilateral del acreedor, notificada a la otra parte²⁹⁰. Es una facultad de configuración jurídica del acreedor [igual, en el remedio de la reducción del precio, *supra* [63] e)]. La adopción de este modelo por parte de la

²⁸⁹ Cfr. artículo 1305.I 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». En opinión de DURÁN RIVACOBA: «(...), transita dicho panorama de inseguridades, aunque a la vez ofrezca positivos aspectos y horizontes al integrarse dentro de un esquema mucho más práctico y operativo, el novedoso cauce de hacer efectiva la ineficacia con arreglo al primer párrafo del artículo 1305 de la *Propuesta*: (...) [transcribe el art. 1305 PC]. Tal mecanismo resulta del todo insólito en el Derecho español y se aproxima enormemente con el resolutorio, que responde a otros principios y motivaciones. Pese a todo ello, no excluyo la utilidad en el caso de que medie aceptación por la contraparte por su evidencia y, desde luego, produce una deseable inversión de la carga procesal en beneficio de la víctima. En el fondo, constituye una forma de sentirse desvinculado de obligaciones notoriamente viciadas» [(2010) p. 250]. *Vid. infra* nota 292 c).

²⁹⁰ Sobre el concepto de declaración negocial: DE CASTRO y BRAVO (1971) § 84 pp. 65-66.

Propuesta civil constituye un importante cambio normativo, pues la resolución del artículo 1124.III CC es de ejercicio judicial (según interpretación literal)²⁹¹. El artículo 1199.II PC viene a codificar la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite el ejercicio extrajudicial de la resolución por parte del acreedor y bajo el control de los Tribunales si el deudor la discute²⁹².

Señalado cómo creo que puede interpretarse la *Propuesta civil*, a continuación expongo algunas de las consideraciones doctrinales ya realizadas para la *Propuesta civil*. Tras ello, reproduzco los artículos 7.3.2 Principios UNIDROIT y 9:303 PECL que recogen el modelo extrajudicial de la resolución.

[i] a) Clemente Meoro asocia el ejercicio de la resolución, mediante notificación a la otra parte (art. 1199.II PC), al supuesto del incumplimiento esencial (art. 1199.I PC) e indica:

«(...), no se establece en el art. 1200 PMDOC [PC] (resolución mediante el procedimiento de notificación-resolución) si el acreedor, ante la falta de cumplimiento o subsanación en el plazo razonable concedido al deudor ha de notificar que resuelve el contrato,

²⁹¹ Artículo 1124.III CC: «[e]l Tribunal decretará la resolución»; art. 1184 CC francés: «La résolution doit être demandée en justice, (...)» Una visión global y sintética de Derecho comparado de los modelos de ejercicio de la resolución: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [015]-[039] pp. 36-54. Partidario de la supresión del artículo 1124.III CC por contemplar una resolución judicial: PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1733.

²⁹² a) SAN MIGUEL PRADERA informa de la existencia de dos líneas jurisprudenciales. Una admite la resolución extrajudicial cuando es consecuencia del acuerdo de las partes o cuando el deudor acepta la elección del acreedor por la resolución ([371]-[380] pp. 308-318). Indica que fue Álvarez Vigaray quien acuñó la expresión «resolución convencional». La autora considera «más acertado hablar de “resolución consentida”», al considerar que «se trata simplemente de un allanamiento del deudor a la prestación resolutoria del acreedor, de manera que no significa una nueva forma de resolver el contrato, sino una consecuencia de la resolución judicial» ([382] p. 318; *vid.* también [405] p. 336, [413] p. 341, [416] p. 344; para su estudio [383]-[420] pp. 318-347). La otra línea admite la resolución mediante declaración unilateral del acreedor dirigida al deudor y, si éste discute la procedencia de la resolución, los Tribunales valoran si fue bien hecha o no se ajustó a derecho; esta jurisprudencia fue temprana en el tiempo ([430] p. 353; para el análisis de esta jurisprudencia [431]-[442] pp. 354-362). Afirma SAN MIGUEL: «(...) que resolución judicial y resolución por declaración unilateral son dos formas paralelas y alternativas de ejercicio del derecho de resolución en el Derecho español» ([447] p. 366), y: «[l]a especialidad de nuestro Ordenamiento radica, precisamente, en que la regulación legal de la resolución es eminentemente judicial y en que el debilitamiento del carácter judicial de la resolución ha sido obra de la jurisprudencia y de la doctrina» ([451] p. 368; todas las citas de su obra de (2004)). b) Para la excesiva onerosidad y sobre el ejercicio de la resolución en dicha figura (los modelos de pacto, judicial y unilateral), SAN MIGUEL expone los modelos de los PECL, de los Principios UNIDROIT ([421]-[425] pp. 347-350), del Derecho holandés, del Derecho alemán ([426]-[428] pp. 350-353) y del vigente Derecho español [nota 165 pp. 351-352; todas las citas de la obra de (2004)]. c) Más allá de la resolución de la relación contractual por incumplimiento del deudor, recientemente JEREZ DELGADO defiende que en el Código civil encaja el modelo del ejercicio extrajudicial de la anulación del contrato (autotutela; derecho potestativo) [(2011), para su opinión [74]-[77] pp. 96-102; *vid.* [1]-[73] pp. 31-96, [116]-[142] pp. 151-168, [232]-[236] pp. 229-233; § 143 BGB]. *Vid. supra* nota 289.

pero del art. 1201, que prevé la pérdida de la facultad resolutoria por ejercicio tardío, parece desprenderse que sí ha de notificar la resolución»²⁹³.

Esta consideración de Clemente Meoro permite entender, que posiblemente la norma del artículo 1199.II PC esté mal ubicada y sea oportuno recogerla en artículo independiente, si es que se quiere establecer de modo generalizado la resolución extrajudicial.

b) Sobre el artículo 1200 PC y la resolución, San Miguel Pradera manifiesta:

«Además, puesto que está previsto que la resolución se ejercite mediante notificación al deudor (...), sería conveniente especificar si, en la misma notificación de concesión de un plazo adicional para cumplir, el acreedor puede declarar la resolución en caso de transcurso infructuoso del plazo, de tal manera que la resolución opere automáticamente una vez transcurrido el plazo, o si, por el contrario, siempre será necesario que se realice la notificación de la resolución una vez que ha transcurrido infructuosamente el plazo adicional. No encuentro inconvenientes para que en una misma notificación el acreedor otorgue un plazo adicional para el cumplimiento y declare la resolución para el caso en el que el deudor deje de transcurrir el plazo sin proceder al cumplimiento»²⁹⁴.

[ii] a) Durán Rivacoba entiende que la *Propuesta civil* recoge dos cauces alternativos para la resolución:

«(...), no es menos cierto que la disciplina de la resolución mejora en la *Propuesta* sensiblemente, priorizando el cauce alternativo al judicial –(...) [transcribe el art. 1199.II PC]– que puede tener amplia expresión práctica. Ese régimen, característico del *common law*, comporta ciertos riesgos en su traslado absoluto al ámbito continental. Con todo, conserva el doble cauce, al menos como esquema, cuando se alude al ejercicio de «*la acción resolutoria*» (art. 1202, pfo. 2, P.), aunque sin la notoriedad que sería deseable»²⁹⁵.

b) Según San Miguel Pradera: «parece que la Propuesta opta por el modelo de resolución extrajudicial»; en nota 108 indica: «[n]o obstante, no parece descartarse una resolución judicial, puesto que en los preceptos relativos a los efectos de la resolución, se hace referencia a la acción resolutoria (art. 1202 CC)»²⁹⁶.

c) Por último, en opinión de Palazón Garrido:

«(...) la Propuesta se inclina por el ejercicio extrajudicial del remedio. Podría haberse recogido la facultad del acreedor de elegir la vía judicial o extrajudicial, como hacen los ordenamientos italiano y holandés. Sin embargo, consideramos adecuada la opción de

²⁹³ CLEMENTE MEORO (2011) p. 8.

²⁹⁴ SAN MIGUEL PRADERA (2011) apartado 2, 2.3.

²⁹⁵ DURÁN RIVACOPA (2010) p. 235.

²⁹⁶ SAN MIGUEL PRADERA (2011) apartado IV.

los miembros de la Comisión, ya que el acreedor siempre podrá acudir a los Tribunales para el ejercicio de su pretensión, si así lo desea y, sobre todo, queda abierta esta vía al contratante incumplidor para contestar la gravedad del incumplimiento o la razonabilidad del plazo adicional concedido»²⁹⁷.

[iv] Artículo 7.3.2 Principios UNIDROIT:

«(Notificación de la resolución)

(1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte./ (...)»

a) En el Comentario 1 del artículo se indica: «(...) El requisito de la notificación permitirá a la parte incumplidora evitar pérdidas originadas por la incertidumbre de si la parte perjudicada aceptará el cumplimiento. También se pretende evitar que la parte perjudicada especule con el alza o baja del valor de la prestación en detrimento de la parte incumplidora»²⁹⁸.

[v] Artículo 9:303 PECL:

«Notice of Termination

(1) A party's right to terminate the contract is to be exercised by notice to the other party./ (...)/.

(4) If a party is excused under Article 8:108 through an impediment which is total and permanent, the contract is terminated automatically and without notice at the time the impediment arises» [cfr. arts. III.-3:507, III.-3:104 (4) DCFR²⁹⁹].

a) En el *Comment A* del artículo se indica, que un justo trato exige de la parte perjudicada, que quiera resolver, que lo notifique al incumplidor. Al incumplidor ha de posibilitársele la recolocación de los bienes, los servicios, el dinero. La incertidumbre sobre si el perjudicado aceptará o no el cumplimiento causa al incumplidor, frecuentemente, pérdidas desproporcionadas, comparado con los inconvenientes que al perjudicado le supone comunicar la resolución. En aquellos otros casos en los que el cumplimiento se ha llevado a cabo, una actitud pasiva por aquél que ha recibido el cumplimiento, puede hacer creer al que ha realizado el cumplimiento, que el primero lo acepta incluso si el cumplimiento fue muy tardío o defectuoso. Si la parte perjudicada quiere resolver, debe comunicarlo a la otra en plazo razonable³⁰⁰.

El artículo 9:303 (1) PECL cuenta con dos excepciones. Una se recoge en dicho artículo, en su apartado (4), en virtud del cual, si el

²⁹⁷ PALAZÓN GARRIDO (2011) p. 447.

²⁹⁸ Principios UNIDROIT (2004) p. 232.

²⁹⁹ *Vid. Comment D* del artículo III.-3:104 DCFR: VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 786-788.

³⁰⁰ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 414. *Comment A* del artículo III.-3:507 [VON BAR/CLIVE (ed.) (2000) I pp. 878-879].

incumplimiento es excusable, total y permanente, la resolución del contrato es automática³⁰¹. Si el impedimento es temporal o parcial, se requiere que el perjudicado notifique la resolución [*vid.* art. 8:108 (3) PECL]³⁰². La otra excepción (*Comment D*) es cuando se resuelve a través del procedimiento de notificación-resolución del artículo 8:106 PECL: en su comunicación, el perjudicado puede indicar, que si el incumplidor no cumple en el plazo fijado, el contrato se resolverá³⁰³.

[iii] Las razones ofrecidas en los Comentarios de los Principios UNIDROIT y de los PECL no son las únicas posibles para justificar la opción del ejercicio extrajudicial de la resolución³⁰⁴.

b) La declaración de resolución ha de dirigirse al deudor³⁰⁵ y es recepticia³⁰⁶. Este último rasgo requiere de algún comentario.

Sobre la resolución extrajudicial, autores y jurisprudencia han admitido que la declaración de resolución tiene eficacia cuando la recibe el destinatario³⁰⁷. San Miguel indica que la mayoría de los autores ha optado por recurrir, en su justificación, a los criterios contenidos en las normas que regulan la perfección del contrato, en particular al artículo 1262 CC antes de su reforma en 2002. A su parecer, tal solución tiene difícil encaje en el actual sistema español cuyo artículo 1262 CC párrafo II primera regla dispone: «[h]allándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la acepta-

³⁰¹ En el Código civil, supuestos de extinción automática de la relación obligatoria son los artículos 1595, 1568: *vid.* SAN MIGUEL PRADERA (2004) [192]-[196] pp. 174-177. Para el Derecho alemán, *vid.* las consideraciones de ZIMMERMANN sobre la relación entre los §§ 326.I.1 y 275 BGB, «Los medios de tutela» (2005, 2008 de la trad.) pp. 74-77, 79-80; MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) pp. 409-411, 421, 429-430; también SAN MIGUEL PRADERA (2004) [183]-[186] pp. 164-169, en particular [186] pp. 167-169.

³⁰² *Comment D*, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 415. *Vid. Comment D* del artículo III.-3:104 (4) DCFR (pp. 786-788) y nota 14 en p. 791 [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

³⁰³ LANDO/BEALE (2000) p. 415. *Vid. Comment E* del artículo III.-3:503 DCFR (p. 864) y artículo III.-3:507 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

³⁰⁴ FENOY PICÓN, *CCJC* (2005) núm. 68, [3]-[16] pp. 516-533.

³⁰⁵ SAN MIGUEL PRADERA (2004) [461]-[463] pp. 377-378.

³⁰⁶ SAN MIGUEL PRADERA: «Tradicionalmente se vienen equiparando en nuestro Ordenamiento las declaraciones *dirigidas a la otra parte* y las declaraciones *recepticias*» [la cursiva es negra en el original; (2004) [464] p. 379].

³⁰⁷ SAN MIGUEL PRADERA (2004) [464]-[467] pp. 378-382. Por otro lado, señala la autora: «No hay una equivalencia entre existencia y eficacia: existe declaración de resolución desde el momento en que el acreedor la emite, pero la declaración de resolución no es eficaz hasta que no llega al deudor o hasta que este la conoce (si se es partidario de este último criterio)» ([481] p. 395 y la nota siguiente). La distinción entre existencia y eficacia de la declaración de resolución le permite plantear la cuestión de si el acreedor, que emitió la declaración de resolución, puede cambiar de opinión y dar marcha atrás ([482] p. 395), analizando la retirada de la declaración de resolución ([483]-[486] pp. 396-398) y la irrevocabilidad de la declaración de resolución y sus excepciones ([487]-[497] pp. 398-405).

ción o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe»³⁰⁸.

Frente al Código civil, la *Propuesta civil* regula las declaraciones de oferta y aceptación y el momento de perfección del contrato en detalle, siendo patente la influencia de la CISG³⁰⁹. En la formación de los contratos mediante oferta y aceptación (arts. 1246 ss. PC) las declaraciones son eficaces cuando llegan al destinatario (arts. 1247.I, 1250.II³¹⁰ PC) y, según el artículo 1257 PC: «A los efectos de este capítulo, para entender que una comunicación ha llegado a su destinatario, basta que haya llegado al lugar que tenga designado para ello, a su establecimiento o domicilio». Argumentando con esta normativa, puede señalarse que en la *Propuesta civil* la declaración de resolución surte efectos cuando llega al destinatario (declaración recepticia).

c) En los riesgos de transmisión de la declaración de resolución –no llega al destinatario por pérdida o error; llega con retraso (ya transcurrido el plazo razonable), no siendo ello imputable al acreedor y habiéndose elegido un medio de comunicación adecuado para la transmisión– he de señalar que el artículo 1253.II PC regula la aceptación tardía de la oferta contractual, disponiendo que si por las circunstancias se demuestra que la aceptación hubiera llegado al ofe-

³⁰⁸ SAN MIGUEL PRADERA (2004) [470]-[472] pp. 385-389. En relación con el vigente artículo 1262.II CC (art. 54 CCO) indica: «Aplicando los criterios que se derivan del nuevo precepto a la declaración de resolución por incumplimiento, podemos afirmar, como regla general, que dicha declaración producirá efectos en el momento en que sea conocida por el deudor. No obstante, no siempre es necesario que dicho conocimiento se produzca, pues se admite que la declaración surta efectos cuando, habiendo sido emitida, el destinatario “no puede ignorarla sin faltar a la buena fe”» [(2004) [473] p. 390, *vid.* desde p. 389].

³⁰⁹ LUIS DÍEZ-PICAZO da por supuesto lo sumamente conveniente de recoger las soluciones de la CISG y de los PECL para la formación del contrato [ADC (2003) p. 1572; *vid.* del autor además (2011) p. 5]. FERRÁNDIZ GABRIEL, que analiza la formación del contrato en la *Propuesta de Modernización*, señala: «(...) es usual que en los ordenamientos falte una específica regulación de las declaraciones de voluntad cuando las mismas no consistan en una oferta o una aceptación y, con mayor razón, de las declaraciones que no sean de voluntad./ Ello explica que el régimen jurídico de todas las declaraciones se construya, normalmente, sobre los específicos preceptos que disciplinan la oferta y la aceptación, en cuanto vehículos que llevan al consentimiento que dan vida al contrato» [(2011) p. 9].

³¹⁰ Artículo 1247.I PC: «La oferta tendrá efectividad cuando llegue al destinatario» (cfr. arts. 17.1 CISG, 2.1.3 Principios UNIDROIT). Artículo 1250.II PC: «La aceptación adquiere efectividad en el momento en que llegue al oferente» (*vid.* el resto de párrafos; cfr. art. 18.2 CISG; *vid.* art. 18.3 CISG; art. 2.1.6 (2) Principios UNIDROIT; cfr. el apartado (3) de dicho art. 2.1.6; art. 2:206 PECL). Por otro lado, el artículo 1255 PC dispone: «El contrato queda perfeccionado en el momento en que se hace efectiva la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores» (cfr. arts. 23 CISG, 2.1.1 Principios UNIDROIT; art. 2:205 PECL). (Cfr. 24 CISG).

Más allá, para las obligaciones alternativas, según el artículo 1107 PC: «La elección corresponde al deudor, a menos que se haya atribuido al acreedor o a un tercero./ La elección tiene lugar mediante declaración de voluntad dirigida a la otra parte, o a ambas, y es irrevocable desde que llega a su destinatario o destinatarios./ La obligación alternativa se convierte en simple tras la elección».

rente en plazo, hay aceptación (art. 1253.II PC³¹¹). Esta regla puede aplicarse con la oportuna adaptación a la declaración de resolución de la relación contractual: en consecuencia, aquélla surtirá efecto en los supuestos antes indicados de pérdida, error o retraso. El momento de su eficacia será el hipotético momento en que la declaración hubiera llegado al deudor si todo hubiera transcurrido en orden³¹². La asunción de estos riesgos, por parte del deudor, se justifica en que su inicial incumplimiento ha sido la causa de la resolución³¹³.

³¹¹ Artículo 1253.II PC: «Si la carta o comunicación escrita que contenga una aceptación llega tardíamente, pero en circunstancias tales que demuestran que con su transmisión normal hubieran llegado al oferente en el plazo debido, habrá aceptación a menos que el oferente comunique sin demora al destinatario que considera su oferta caducada». Cfr. artículo 21.2 CISG, aplicable a la Parte II, Formación del contrato, de la CISG. Para el artículo 27 CISG, en la Parte III, Compraventa de mercaderías, en texto [i] e *infra* nota 313. *Vid.* artículo 2.1.9 (2) Principios UNIDROIT; artículo 2:207 (2) PECL.

³¹² Para el Derecho español: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [479]-[480] pp. 393-394. En relación con la *Propuesta civil*, SAN MIGUEL PRADERA entiende: «Si se admite que la notificación de la resolución es eficaz desde el momento en que llegue al contratante incumplidor, parece razonable deducir que, desde que el acreedor emite la notificación hasta que ésta llega al deudor, la pérdida o retraso que pueda sufrir la notificación, en principio, es de cuenta del declarante, a no ser que la misma se deba a una circunstancia de la que hubiera de responder el destinatario. Sin embargo, tanto la CISG como los PECL –a mi juicio, acertadamente– hacen correr al destinatario de la declaración con los riesgos de pérdida, error o retraso en su transmisión, siempre y cuando la comunicación se haya realizado por un medio adecuado a las circunstancias [art. 27 CISG y 1:303 (4) PECL] (*vid.* la siguiente nota). La razón es sencilla: puesto que la notificación de la resolución tiene su origen en la falta de cumplimiento de su destinatario, parece conveniente que sea él quien corra con los riesgos de pérdida o retraso de la notificación. Sería bueno que la Propuesta se planteara una solución de este tipo». [(2011) epígrafe IV].

³¹³ En cambio, la CISG, los Principios UNIDROIT y los PECL disponen de expresas reglas: *a)* Para el artículo 27 CISG, SAN MIGUEL PRADERA [(2004) (476) p. 392] señala que aquél ha dado lugar a distintas interpretaciones. Una (Schlechtriem, Date-Bah, Will) considera que conforme al mismo la declaración de resolución es eficaz desde su envío, siendo norma dispositiva. Otros (Leser, Karollus, Neumayer/Ming) entienden que la eficacia de las comunicaciones es el momento de su recepción y el artículo 27 CISG simplemente establece una regla relativa al riesgo de pérdida, retraso o error en la comunicación. SAN MIGUEL considera mejor criterio este segundo. *b)* En los Principios UNIDROIT, el artículo 1.10 (Notificación) establece el principio de la «recepción»: la notificación no es eficaz sino hasta que llegue al destinatario (Comentario 2, p. 30). Pero se puede pactar el principio de la «expedición», conveniente en los casos en que una parte quiere preservar sus derechos (que dependen de una notificación) cuando la otra incumplió o se prevé su incumplimiento; no es justo que aquél haya de asumir los riesgos de pérdida, error o retraso de la notificación (Comentario 3 p. 30). *c)* En los PECL, el artículo 1:303 PECL, Notice (cfr. art. III.-3:106 DCFR) establece como regla que la comunicación ha de llegar a la otra parte, asumiendo los posibles riesgos de su retraso (*Comment C*). No obstante, los PECL prevén ciertas comunicaciones para situaciones en las que, quien está en falta, es el notificado: para estos casos, se indica que parece adecuado que el notificado asuma los riesgos de pérdida, error o retraso [*dispatch principle*: arts. 8:105, 8:106, 9:102 (3), 9:301, 9:303 y 9:304 PECL; no se aplica el *dispatch principle* a las notificaciones que realiza quien está en falta: arts. 8:103 (3), 6:111, 8:105 (2) PECL; *Comment D*]. Según el *Comment F*, cuando se aplica la regla de la recepción, la notificación es eficaz cuando se recibe; si la comunicación está sometida al *dispatch principle*, puede tener eficacia incluso si la notificación no llega o se retrasa: pero en tal caso no tiene eficacia cuando se envía, sino sólo a partir del momento en que normalmente hubiera sido recibida. [LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 129, 130; *vid. Comment A, B y C*, en particular *A y C* del artículo III.-3:106 DCFR; VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 802-803].

d) El contenido de la declaración de resolución ha de ser claro, inequívoco, en el sentido de que no ha de haber duda de que se quiere la resolución de la relación contractual, indicándose al deudor qué incumplimiento se le imputa, si no lo conoce³¹⁴.

e) La *Propuesta civil* no requiere una concreta forma para la declaración de resolución, igual que en la resolución extrajudicial construida por autores y jurisprudencia para el Derecho vigente (distinto es en la resolución del art. 1504 CC)³¹⁵. Por tanto, la declaración de resolución puede ser hecha de forma verbal o por escrito, y mediante cualquier medio de comunicación (siendo conveniente aquél que facilite la prueba de que se llevó a cabo la resolución). Es admisible la resolución mediante declaración de voluntad tácita³¹⁶.

[97] *Propuesta sobre compraventa*.—Con diferente dicción a la del artículo 1199.II PC, el artículo 1482 PCV acoge el modelo de resolución extrajudicial. Creo conveniente la supresión del artículo 1482 PCV, por existir la regla general del artículo 1199.II PC. Las anteriores indicaciones sobre el artículo 1199.II PC son trasladables a la resolución del artículo 1482 PCV³¹⁷.

[i] Artículo 1482 PCV:

«En caso de falta de conformidad, el comprador podrá por su sola declaración dirigida al vendedor (...) o resolver el contrato» (cfr. art. 1490 PCV para los vicios jurídicos).

[ii] Artículo 26 CISG:

«La declaración de resolución del contrato surtirá efectos sólo si se comunica a la otra parte».

[98] *Propuesta mercantil*.—El artículo 64.2 primera regla PM dispone:

«La facultad de cualquiera de las partes de resolver el contrato deberá ejercitarse mediante notificación a la otra parte (...)».

[99] Lo mismo que acabo de considerar para el artículo 1482 PCV, entiendo procedente para el artículo 64.2 primera regla PM.

³¹⁴ SAN MIGUEL PRADERA (2004) [498]-[502] pp. 405-408 y [525]-[530] pp. 426-428. Cfr. artículo 1305.I PC.

³¹⁵ SAN MIGUEL PRADERA (2004) [609] p. 481; *vid. además* [610]-[611] pp. 481-483, [613]-[616] pp. 484-487; para el artículo 1504 CC, [625]-[635] pp. 492-500. PANTALEÓN PRIETO considera que el artículo 1504 CC debe desaparecer, «porque estimo insensato hacer imperativamente formal la notificación de la voluntad resolutoria» [ADC (1993) p. 1733]. *Vid.* CLEMENTE MEORO (2011) p. 8; ROCA TRÍAS (2011) p. 19; PALAZÓN GARRIDO (2011) p. 441.

³¹⁶ SAN MIGUEL PRADERA: «es necesario que la conducta concluyente se produzca frente a aquél al que ha de comunicársele la resolución» [(2004) [612] p. 483, *vid.* hasta p. 484]. Para la declaración de voluntad tácita: DE CASTRO Y BRAVO (1976) § 84 pp. 67-68.

³¹⁷ *Vid.* núm. 17 de EM la *Propuesta sobre compraventa*.

7.3 EL PLAZO DE EJERCICIO DE LA RESOLUCIÓN Y SU INICIO. DE NUEVO SOBRE LOS LÍMITES TEMPORALES DE EJERCICIO DE LOS REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO

[100] Las *Propuestas civil* (art. 1201 PC), *sobre compraventa* (arts. 1488, 1495 *supra* [70] [i]) y *mercantil* (art. 64.2) regulan el plazo de ejercicio de la resolución de la relación contractual y su inicio.

[101] *Propuesta civil*.—El artículo 1201 PC dispone:

«Si el deudor ofreciere tardíamente el cumplimiento o lo hubiere efectuado de un modo no conforme con el contrato, perderá el acreedor la facultad de resolver a menos que la ejercite en un plazo razonable desde que tuvo o debió tener conocimiento de la oferta tardía de cumplimiento o de la no conformidad del cumplimiento».

[102] Sobre el artículo 1201 PC:

a) La resolución debe ejercitarse en plazo razonable. En otro caso, el acreedor pierde su facultad de resolver la relación contractual. La duración de aquel plazo se determina en función de las concretas circunstancias. La *Propuesta civil* desplaza el (desmedido) plazo de quince años de las acciones personales (art. 1964 segunda regla CC).

b) Se regulan dos supuestos. Uno, el de la oferta tardía de cumplimiento por el deudor, que presupone el incumplimiento del retraso (no ejecución de la prestación). El otro, el del incumplimiento no conforme con el contrato.

c) El plazo se computa desde que el acreedor conoció o debió tener conocimiento de la oferta tardía del deudor o de la no conformidad del cumplimiento. Se adopta un criterio subjetivo de inicio de cómputo, que permite que el acreedor tenga la posibilidad efectiva de ejercitar el remedio de la resolución. En consecuencia, el periodo de tiempo que media entre el incumplimiento del deudor y el conocimiento, por parte del acreedor, de la oferta tardía del deudor, no computa jurídicamente. Tampoco computa jurídicamente, el periodo de tiempo que medie entre la ejecución de la prestación no conforme oculta y el momento en que el acreedor la conoce, o debe conocer. Si la no conformidad es aparente, el cómputo es desde que el acreedor la conoce o debe conocer.

[i] a) Artículo 7.3.2 Principios UNIDROIT:

«(Notificación de la resolución)

(…)

(2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa.»

a) Sobre la prestación retrasada, en el Comentario 2 del artículo se indica que el acreedor puede no saber si el deudor quiere cumplir, o si ya ha decidido incumplir, o si está indeciso en cumplir, y el acreedor puede esperar a ver si el deudor ofrecerá el cumplimiento y tomar entonces su decisión³¹⁸. También se indica que el artículo 7.3.2 (2) no trata el supuesto en que el acreedor se entera, por fuente distinta a la del deudor, de que éste pretende cumplir: en este caso, el principio de buena fe y lealtad negocial (art. 1.7 Principios UNIDROIT) puede exigir que el acreedor informe al deudor de que no quiere el cumplimiento tardío y, si no lo hace, responderá de los daños y perjuicios que causare³¹⁹.

Sobre qué es un plazo «razonable», en el Comentario 3 se precisa que depende de las circunstancias; el fin del requisito de la comunicación de la resolución en un plazo razonable es evitar que el acreedor especule con el alza y la baja de los precios³²⁰.

[ii] Artículo 9:303 PECL:

«Notice of Termination

(…)

(2) The aggrieved party loses its right to terminate the contract unless it gives notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance³²¹.

(3) (a) When performance has not been tendered by the time it was due, the aggrieved party need not give notice of termination before a tender has been made. If a tender is later made it loses its

³¹⁸ Principios UNIDROIT (2004) p. 232.

³¹⁹ Principios UNIDROIT (2004) pp. 232-233.

³²⁰ Comentario 3 del artículo 7.3.2, Principios UNIDROIT (2004) p. 233.

³²¹ Artículo 9:102 PECL: «Non-monetary Obligations/ (...)» (3) The aggrieved party will lose the right to specific performance if it fails to seek it within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance». En el *Comment I* se indica que se trata de proteger al incumplidor de lo oneroso que puede resultarle el que el acreedor le exija de modo tardío el cumplimiento. Los intereses del acreedor no se ven seriamente afectados por tal exigencia, pues puede elegir otro remedio. La carga de la prueba de que la exigencia del cumplimiento se hizo tardíamente corresponde al incumplidor. También se indica que en la regulación de la resolución hay la correspondiente regla: el artículo 9:303 (2) PECL. LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 398-399. *Vid. Comment I* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 833]. Cfr. artículo III.-3:302 (4) DCFR.

right to terminate if it does not give such notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the tender.

(b) If, however, the aggrieved party knows or has reason to know that the other party still intends to tender within a reasonable time, and the aggrieved party unreasonably fails to notify the other party that it will not accept performance, it loses its right to terminate if the other party in fact tenders within a reasonable time./ (...)». Cfr. artículo III.-3:508 DCFR.

a) En el *Comment B* se indica que el artículo 9:303 (2) PECL se aplica al cumplimiento tardío y al cumplimiento defectuoso; sobre el plazo razonable, se apunta que ello depende de las circunstancias³²².

A propósito del artículo 9:303 (3) PECL, en el *Comment C* se distinguen tres situaciones. *Primera.*—Aquella en la que el acreedor no sabe si el deudor ofrecerá o no el cumplimiento y *quiere el cumplimiento*. El acreedor dispone de un plazo razonable para exigir el cumplimiento, desde que conoció o debió conocer el incumplimiento [art. 9:102 (3) PECL]. *Segunda.*—Cuando el acreedor no sabe si el deudor ofrecerá el cumplimiento y *no quiere el cumplimiento o está indeciso*: puede esperar a ver si el deudor le ofrece el cumplimiento y actuar de acuerdo con el artículo 9:303, cuando el cumplimiento tenga lugar. *Tercera.*—Cuando el acreedor *sabe* que el deudor está intentando cumplir en plazo razonable y *no quiere el cumplimiento*. Es contrario a la buena fe permitir que el incumplidor lleve a cabo esfuerzos para preparar el cumplimiento de la prestación y después resolver el contrato cuando se ofrece el cumplimiento. Por ello, el artículo 9:303 (b) PECL exige que se notifique al incumplidor, que no se aceptará el cumplimiento, bajo sanción de que, si no se hace así, se pierde el derecho a resolver si la otra parte cumple en plazo razonable.³²³

[103] *Propuesta sobre compraventa.*—Los artículos 1488 y 1495 PCV regulan respectivamente los plazos de ejercicio e inicio de los remedios del cumplimiento, de la reducción del precio y de la resolución por la entrega de cosa no conforme, y por la entrega de cosa con vicios jurídicos. Tales plazos e inicio de cómputo los expuse al analizar el remedio de la reducción del precio y a ello me remito (*supra* [70]).

[i] Artículo 49.2 CISG:

«No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:

a) En caso de entrega tardía, dentro de un plazo razonable después de que haya tenido conocimiento de que se ha efectuado la entrega.

³²² LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 414. *Comment A* del artículo III.-3:508 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 881 y 882].

³²³ LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 414-415. *Comment A* del artículo III.-3:508 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2000) I pp. 881-882].

b) En caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía, dentro de un plazo razonable:

i) Después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento.

ii) Después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1 del artículo 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario; o

iii) Después del vencimiento del plazo indicado por el vendedor conforme al párrafo 2 del artículo 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento.»

a) Honnold apunta problemas prácticos, que justifican la exigencia de que la resolución se ejercite en plazo razonable. Así, el comprador puede saber que las mercaderías han llegado a destino y tiene intención de resolver; si retrasa su ejercicio, aumentarán los costes de almacenaje, hay riesgos innecesarios de pérdidas y daños, el precio de mercado de la mercadería puede descender. Otro supuesto: al comprador se le han entregado mercaderías no conformes con el contrato y quiere resolver; si el comprador se retrasa en ejercitar la resolución, se retrasa la posibilidad de que el vendedor pueda reparar las mercaderías, revenderlas y se aumentan riesgos y gastos³²⁴.

[104] *Propuesta mercantil*.—Según el artículo 64.2.I PM, la resolución ha de ejercitarse:

«(...) dentro de un plazo razonable a contar desde el momento en que la parte perjudicada tuvo o pudo tener conocimiento del ofrecimiento tardío o del cumplimiento defectuoso.»

[105] El artículo 64.2.1 PM dispone las mismas normas que el artículo 1201 PC. Son trasladables al primero, las precisiones hechas para el segundo.

[106] *Nuevas consideraciones sobre los plazos de ejercicio de los remedios por incumplimiento* (vid. supra [67] ss.).—Las propuestas reformas del calado que las *Propuestas civil, sobre compraventa y mercantil* contienen, implican otras más. Entre esas otras más se encuentra, en mi opinión, la de los límites temporales de los remedios por incumplimiento. En espera de que la Sección civil de la Comisión General de Codificación publique sus trabajos

³²⁴ HONNOLD «Artículo 49 CISG» (1987 de la trad.) núm. 306 pp. 349-350. HONNOLD destaca que el plazo razonable del artículo 49.2 CISG sólo comienza cuando el vendedor haya entregado las mercaderías. Mientras el vendedor no entregue, el comprador puede esperar. (HONNOLD *op. cit.* núm. 307, p. 351; *vid.* además núm. 308 pp. 351-352). Para otra cuestión, de interés las consideraciones de LÓPEZ Y LÓPEZ «Artículo 49 CISG» (1998) pp. 441-442.

sobre prescripción y demás aspectos conexos, la situación es, por ahora, como sigue:

a) En la *Propuesta civil* (remedios generales), la reducción del precio tiene un plazo de caducidad de seis meses que se inicia desde que la prestación se ejecutó (art. 1197.III PC; criterio objetivo). La resolución debe ejercitarse en un plazo razonable, desde que se conoció o debió conocer del incumplimiento (art. 1201 PC; criterio subjetivo). Al cumplimiento y a la indemnización de daños se les aplica el plazo de prescripción general de quince años, dejando aparte las reglas especiales (art. 1964 segunda regla CC; cfr. art. 1969 CC).

b) En la *Propuesta sobre compraventa* y para la entrega de cosa no conforme con el contrato, los plazos de los remedios del cumplimiento, de la reducción del precio y de la resolución de la relación contractual son dos años para bienes muebles y cinco años para inmuebles (aparte las normas especiales). Estos plazos se inician desde que el comprador tuvo en su poder la cosa, pero si el vendedor ocultó la no conformidad, el cómputo se inicia desde que el comprador la descubrió o no pudo ignorarla (lo que es distinto del deber de conocer). Para los vicios jurídicos, los plazos son tres y diez años, computándose éstos desde la entrega de la cosa; pero si el vendedor ocultó el vicio jurídico o intervino posteriormente en su creación, aquéllos se computan desde que el comprador lo descubrió o no podía ignorarlo. A la indemnización de daños se le aplica el plazo de quince años, excepto que otra norma disponga lo contrario (art. 1964 segunda regla CC; cfr. art. 1969 CC).

c) En la *Propuesta mercantil*, la resolución ha de ejercitarse en un plazo razonable desde que se tuvo o pudo tener conocimiento del ofrecimiento tardío o del cumplimiento defectuoso. Por su parte, el artículo 945 PM establece un plazo de prescripción de tres años para exigir el cumplimiento de las obligaciones mercantiles (a salvo las disposiciones especiales), y el artículo 946.1 PM dispone que el plazo se inicia desde que la obligación es exigible (criterio objetivo)³²⁵.

[107] De la mera y antecedente exposición yuxtapuesta de las *Propuestas*, surge cierta sensación de que se ha procedido a la regulación concreta de cada caso y que, tal vez, no se haya llevado a cabo una integración global de la materia de los plazos de ejerci-

³²⁵ Artículo 945 PM: «Las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones mercantiles prescribirán a los tres años, salvo que específicamente se disponga otra cosa»; artículo 946 PM: «1. El plazo de prescripción comienza a correr desde el día en que la obligación es exigible./ 2. Si la exigibilidad de la obligación está subordinada a una notificación, la prescripción corre desde el día en que tal notificación hubiera podido efectuarse».

cio de los remedios por incumplimiento. Hay distintos plazos (no se tiende a la uniformidad); unas veces se adopta un sistema objetivo de inicio del cómputo, otras, uno subjetivo³²⁶; unas veces se establece la regla de, desde que se debió conocer, otras la de, desde que no podía ignorarse. Creo oportuno conocer cuáles han sido las razones justificadoras de las decisiones legales; también sería conveniente el intercambio de opiniones entre los autores.

[i] En los Principios UNIDROIT, el artículo 7.2.2 (e) ordena que el cumplimiento de una obligación no dineraria ha de exigirse en plazo razonable³²⁷. Para la resolución también se requiere, como se ha visto, que ésta se ejercite en plazo razonable (art. 7.3.2 Principios UNIDROIT). A la reclamación de daños se le aplica el plazo ordinario de prescripción de tres años, siendo el periodo máximo de prescripción de diez años; esto también se aplica al cumplimiento de una obligación dineraria (art. 10.2 Principios UNIDROIT; cfr. art. 10.1 Principios UNIDROIT³²⁸).

[ii] En los PECL, para el cumplimiento de la obligación no dineraria se requiere que el mismo se exija en plazo razonable [art. 9:102 (3)]; lo mismo, para la resolución de la relación contractual [art. 9:303 (2)]. El Capítulo 14 de los PECL regula la prescripción. En el *Comment B* del artículo 14:101 PECL se indica que la prescripción no afecta al derecho de resolver el contrato, y en el *Comment C*, que la reducción del precio (art. 9:401 PECL) no se ve sometida a la prescripción: cuando se reclame el precio de la cosa, podrá reducirse el precio; pero, si se pagó suma superior a la debida, a la restitución del exceso sí se le aplica las reglas generales de la prescripción³²⁹. Según el artículo 14:201 PECL, el plazo general de

³²⁶ ZIMMERMANN, «El nuevo Derecho alemán sobre la prescripción» (2005, 2008 de la trad.) pp. 148-149.

³²⁷ Artículo 7.2.2 Principios UNIDROIT: «(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias) (...) (e) la parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde que supo o debió haberse enterado del incumplimiento». En el Comentario 3.e se destaca que el cumplimiento exige preparación especial y esfuerzo del deudor; también, que si el acreedor no se lo reclama en plazo razonable, el deudor puede presumir que aquél no insistirá en el cumplimiento específico; finalmente, que si se deja en manos del acreedor el momento en que podrá reclamar el cumplimiento, es posible que pueda especular deslealmente. Se recuerda la similitud con el artículo 7.3.2 (2) Principios UNIDROIT para la resolución. [Principios UNIDROIT (2004) p. 221].

³²⁸ Artículo 10.1 Principios UNIDROIT: «(Ámbito de aplicación de este capítulo)/ El ejercicio de los derechos regulados por estos Principios está limitado por la expiración de un período de tiempo, denominado “período de prescripción”, según las reglas de este capítulo./ (2) Este capítulo no regula el tiempo en el cual, conforme a estos Principios, se requiere a una parte como condición para la adquisición o ejercicio de su derecho, que efectúe una notificación a la otra parte o que lleve a cabo un acto distinto a la apertura de un procedimiento jurídico». En el Comentario 2 del artículo 10.1 se alude al cumplimiento [art. 7.2.2 (e)] y a la resolución [art. 7.3.2 (2)]. Se explicita que esos artículos 7.2.2 (e) y 7.3.2 (2) desempeñan una función similar a la de los plazos de prescripción, pero, no son afectados por los efectos del capítulo de la prescripción, pues responden a necesidades particulares [Principios UNIDROIT (2004) p. 323; cfr. Comentario 1 del artículo 10.1 Principios UNIDROIT, *op. cit.* p. 322; cfr. art. 10.9 Principios UNIDROIT].

³²⁹ LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN (2003) *Comment B*, pp. 157-158, *Comment C*, p. 158; *vid. además Comment D*, pp. 158-159, todos los comentarios del artículo 14:101

prescripción es de tres años³³⁰, y según el artículo 14:203 PECL, el cómputo es desde el momento en que puede exigirse al deudor el cumplimiento de la obligación, o para la reclamación de daños, desde que se produjeron los hechos que dieron lugar a la pretensión; tratándose de una obligación continua de hacer o de no hacer una cosa, el cómputo del plazo general de prescripción se inicia cada vez que se incumpla la obligación³³¹ (cfr. art. 14:301 PECL, Suspension in Case of Ignorance). Finalmente, el artículo 14:307 PECL dispone la duración máxima del plazo: diez años, y treinta años para los daños personales³³².

7.4 LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

[108] Las *Propuestas civil y mercantil* los regulan, a diferencia de la *Propuesta sobre compraventa*. La resolución conlleva el efecto de la liberación del cumplimiento de las obligaciones y, en su caso, el efecto restitutorio (arts. 1202, 1203, 1204 PC, art. 64.2.II PM)³³³.

[i] La STS, 1.^a, 22 de junio de 2010 (Pte. Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías) menciona los artículos 1202 y 1203 PC:

«Respecto al planteamiento de los efectos de la resolución, debe recordarse que ésta es una cuestión muy discutida, ya que a salvo lo dispuesto en el artículo 1303 CC, con las salvedades establecidas en las disposiciones siguientes, el artículo 1124 CC no contiene ninguna norma dirigida a determinar cuál es el alcance de la resolución por incumplimiento. La doctrina tradicional entiende que se producen dos tipos de efectos, la extinción de las obligacio-

PECL: «Claims subject to Prescription/ A right to performance of an obligation («claim») is subject to prescription by the expiry of a period of time in accordance with these Principles».

³³⁰ Artículo 14:201 PECL: «General Period/ The general period of prescription is three years»; *vid. Comment A* del artículo 14:201 PECL [LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN (2003) pp. 162-164]. Para las acciones declaradas por sentencia, el plazo es de diez años: artículo 14:202 PECL: «Period for a Claim Established by Legal Proceedings/ (1) The period of prescription for a claim established by judgment is ten years./ (2) The same applies to a claim established by an arbitral award or other instrument which is enforceable as if it were a judgment».

³³¹ Artículo 14:203 (1) y (2): «Commencement/ (1) The general period of prescription begins to run from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the claim./ (2) Where the debtor is under a continuing obligation to do or refrain from doing something, the general period of prescription begins to run with each breach of the obligation./ (3) (...); *vid. Comment A y B* del artículo 14:203 PECL [LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN (2003) pp. 168-170].

³³² Artículo 14:307 PECL: «Maximum Length of Period/ The period of prescription cannot be extended, by suspension of its running or postponement of its expiry under these Principles, to more than ten years or, in case of claims for personal injuries, to more than thirty years. This does not apply to suspension under Article 14:302»; *vid. Comment A* del artículo 14:307 PECL [LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN (2003) pp. 193-195].

³³³ Afirma SAN MIGUEL PRADERA: «Ya sólo el hecho de que la Propuesta dedique unos preceptos a la regulación de los efectos de la resolución es un gran acierto, pues, en el artículo 1124 CC esta cuestión apenas se mencionó y ello ha generado una gran discusión en la doctrina y una falta de homogeneidad en la jurisprudencia» [(2011) apartado IV].

nes y la restitución (Arts. III.-3:509 y 3:510 del Draft of Common Frame of Reference, DCFR y Arts. 1202 y 1203 del Proyecto de reforma del CC)» (FD 4.º; Cendoj, Roj STS 4714/2010).

A) *La liberación de las obligaciones contractuales. El fin y la medida de la indemnización de daños cuando se resuelve la relación contractual*

[109] Este efecto liberatorio lo señalan las *Propuestas civil* (art. 1202 PC) y *mercantil* (art. 64).

[110] *Propuesta civil*.—En virtud del artículo 1202 PC:

«La resolución libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato, pero no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquier otra que regule los derechos y las obligaciones de las partes tras la resolución.

Resuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes.

Se presume que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto».

[111] Sobre el artículo 1202 PC:

a) El artículo 1124 CC no dispone, de modo expreso, que la resolución conlleve para los contratantes la liberación (futura) del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Sin embargo, hace tiempo que nuestros autores señalan que la resolución conlleva tal efecto. La *Propuesta civil* viene a codificar, con carácter general, el efecto liberatorio de la resolución de la relación contractual (cfr. art. 81 CISG)³³⁴.

b) La resolución de la relación contractual no significa que el contrato deje totalmente de existir, ni que nunca haya existido (lo que puede justificarse en la idea de que la resolución surte un efecto retroactivo total sobre el contrato, idea hoy superada por ciertos autores). La afirmación de que el contrato no deja totalmente de existir, permite señalar que la resolución no afecta a ciertas cláusulas contractuales: por ejemplo, cláusulas estipuladas para el supuesto de la resolución de la relación contractual por incumplimiento (cláusula penal³³⁵; de confidencialidad; etc.), cláusulas que dispongan que, si media con-

³³⁴ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1734; Luis Díez-PICAZO *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) pp. 871-872; MONTÉS PENADÉS, «Artículo 81 CISG» (1998) pp. 661 y 663.

³³⁵ Artículo 1149.II PC: «Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquellas pactadas y a las penas

troversia entre las partes sobre la resolución, la misma se resolverá ante determinado Tribunal (cláusula de sumisión expresa) o se someterá a arbitraje o a la decisión vinculante de un tercero. En mi opinión, es correcto que la *Propuesta civil* disponga de modo expreso que la resolución «no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquier otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución» (cfr. art. 81 CISG)³³⁶.

[i] Artículo 81 CISG:

«1. La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida. La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución.»

[ii] Artículo 7.3.5 Principios UNIDROIT:

«(Efectos generales de la resolución)

(1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras.

(2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

(3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.»

[iii] Artículo 9:305 PECL:

«Effects of Termination in General

(1) Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance, but, subject to Articles 9:306 to 9:308³³⁷, does not affect the rights and liabilities that have accrued up to the time of termination.

convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado». Vid. Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.^a ed., (2008) pp. 467-468.

³³⁶ PANTALEÓN PRIETO destaca que la resolución no opera como si el contrato nunca hubiera existido [ADC (1989) p. 1153, 1165, 1167-1168]; según CLEMENTE MEORO la resolución «no puede hacer desaparecer *todos* los efectos del contrato y, desde este punto de vista no cabe hablar de una “retroacción total” de la resolución» y, que la resolución no es un supuesto de invalidez originaria y por ello no afecta a ciertas cláusulas contractuales, lo cual dispone el artículo 1202 PC [cursiva del autor; (2011) p. 10, *vid.* desde p. 9 y letra a) en p. 14]. Vid. *infra* nota 351. PALAZÓN GARRIDO (2011) pp. 442-444.

³³⁷ Artículo 9:306 PECL: «Property Reduced in Value/ A party which terminates the contract may reject property previously received from the other party if its value to the first party has been fundamentally reduced as a result of the other party’s non-performance»; Artículo 9:307 PECL: «Recovery of Money Paid/ On termination of the contract a party may recover money paid for a performance which it did not receive or which it properly rejected»; Artículo 9:308 PECL: «Recovery of Property/ On termination of the contract a

(2) Termination does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision which is to operate even after termination». Cfr. artículo III.-3:509 DCFR.

a) En el *Comment B* del artículo 9:305 PECL se indica que es inconveniente tratar un contrato resuelto como contrato cancelado en el sentido de que nunca fue celebrado. Primero, porque si así se entendiera, el perjudicado no podría reclamar daños por el interés contractual positivo; segundo, porque no podrían aplicarse cláusulas contractuales diseñadas para la resolución de controversias entre las partes o para cuando se resuelve el contrato. Por ello, el artículo 9:305 PECL establece que la resolución no tiene efectos retroactivos y señala qué sucede con ciertas cláusulas³³⁸.

c) Sobre la incidencia de la resolución (art. 1124 CC) en la indemnización de los daños (arts. 1101 ss. CC), se ha discutido si, resuelta la relación contractual, la indemnización al acreedor tiene por fin situarle en la posición que tendría si no hubiera celebrado el contrato (interés negativo; justificado ello en la eficacia retroactiva de la resolución) o situarle en la posición que tendría si el contrato se hubiera ejecutado correctamente (interés positivo), habiendo defensores tanto de una como de otra solución; también se sostiene que el acreedor pueda optar entre el interés negativo y el positivo³³⁹.

party which has supplied property which can be returned and for which it has not received payment or other counter-performance may recover the property». Cfr. artículos III.-510 a III.-3:514 DCFR.

³³⁸ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 420. Igual, en el *Comment C* del artículo III.-3:509 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 887].

³³⁹ Información: DE PABLO CONTRERAS [quien señala que la eficacia *ex tunc* de la resolución en los contratos de tracto único es el sentido de que las partes han de restituirse las prestaciones ejecutadas; (2008) 2.ª ed. § 74 pp. 225 y 225-226]; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación» (2006) pp. 43-44; MONTÉS PENADÉS, «Artículo 81 CISG» (1998) pp. 663-664. PANTALEÓN PRIETO defendió que procedía la reparación del interés positivo, apoyando su opinión directamente en el propio artículo 1124.II CC, según el cual: «El perjudicado puede escoger entre (...) o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses (...)». Según PANTALEÓN PRIETO: «Las palabras “resarcimiento de daños y abono de intereses” son una mala traducción de las francesas “*dommages et intérêts*” (indemnización de daños y perjuicios), (...)», y, con mención de la STS 10 de octubre de 1983 que señala que el «abono de intereses» del artículo 1124.II CC «no se refiere a la suma dineraria en concepto de fruto civil por disponer de dinero ajeno» y que esa expresión «es sinónima de indemnización de daños y perjuicios, refiriéndose el segundo concepto más bien a ganancias dejadas de obtener», no acaba de ver que en dichas palabras de la ley se refieran sólo al interés contractual negativo [ADC (1989) p. 1148, *vid.* desde la p. 1147, 1165-1166, 1167-1168; ADC (1991) p. 1049 y nota 71; para su propuesta de reforma: ADC (1993) p. 1734]. Con carácter general, sobre la indemnización del interés contractual positivo y del negativo: GÓMEZ POMAR, *InDret* (3/2007) pp. 19-25. CARRASCO PERERA: «El acreedor puede elegir si liquida sus daños como daños en el interés de cumplimiento o daños en el interés de confianza, si reclama indemnización por el daño o por el daño negativo. Esta elección está a disposición del acreedor incluso si ejercita la facultad de resolver el contrato incumplido. Sólo existen tres límites a su libertad de opción (...)» [cursiva del autor; (2010) núm. 24, p. 1183, *vid.* hasta p. 1184; también núm. 19, pp. 1178-1179, y núm. 22, pp. 1181-1182].

Teniendo presente lo anterior, la *Propuesta civil* puede interpretarse en el sentido de que recoge la construcción de que la reparación de los daños lo es en la medida del interés positivo. La *Propuesta civil* no indica esto tan directamente como lo señalo, pero puede inferirse. El artículo 1202.II PC ordena que resuelto el contrato, quien ejercitó la resolución tiene derecho a la reparación de los daños «conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes», artículos que regulan la indemnización por incumplimiento de la obligación (contractual). El artículo 1207.I PC dispone la reparación del lucro cesante (cfr. art. 1106 CC), lo que puede interpretarse en el sentido de que se refiere al lucro que el acreedor hubiera obtenido si el contrato se hubiera cumplido correctamente. Por otro lado, la resolución no se ubica en las obligaciones condicionales como se hace el Código civil, sino que es un remedio por el incumplimiento, decayendo el argumento de que porque aquélla tiene efectos retroactivos (condición resolutoria tácita) procede la reparación del interés negativo³⁴⁰.

[i] Artículo 9:502 PECL:

«General Measure of Damages

The general measure of damages is such sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the aggrieved party has suffered and the gain of which it has been deprived.»

a) En el *Comment A* se indica que se combina el ampliamente aceptado «expectation interest», y la tradicional regla del daño emergente y lucro cesante del Derecho romano³⁴¹.

d) Dispuesta la indemnización del interés positivo en el párrafo II del artículo 1202 PC, el párrafo III del artículo 1202 PC establece una presunción *iuris tantum* de daño mínimo del acreedor: los gastos realizados y el detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto³⁴². Es norma novedosa, comparado con el Código civil.

Sobre ella, Clemente Meoro indica que no puede interpretarse que se esté ante dos partidas distintas, pues supondría «incluir como daño el coste de haber celebrado el contrato (por ejemplo, gastos de formalización y asesoramiento)», que es interés contrac-

³⁴⁰ CLEMENTE MEORO señala que en la *Propuesta civil* se opta por la reparación del interés positivo, apoyándolo en la dicción de los artículos 1202.II, 1205.I, 1208, 1209.I PC, ofreciendo a continuación una serie de razones [(2011) pp. 13-15].

³⁴¹ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 438. Cfr. artículo III.-3:702 DCFR.

³⁴² Apunta la similitud con el artículo 43 CC, CLEMENTE MEORO (2011) p. 13.

tual negativo y contradice a los artículos 1205 y ss. PC, que recogen el interés positivo. Por ello interpreta: «también los gastos han de estar vinculados a las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto»³⁴³.

A mi juicio, el artículo 1202.III PC puede tener relación con dos trabajos de Pantaleón Prieto. En el primero (del año 1989), Pantaleón viene a señalar que lo ordinario es que el contratante que resuelve quiera el interés positivo, pero en ciertos casos puede preferir el interés negativo por ser superior al positivo. Pone el ejemplo de la compra de una máquina por diez millones de pesetas, antes de que una importante innovación tecnológica reduzca su valor a cinco millones de pesetas; además, el comprador hizo obras de instalación para la máquina cuyo coste fue de un millón de pesetas; antes de su entrega, la máquina se destruye por culpa del vendedor o dependientes. La cuestión es si el comprador puede resolver y reclamar un millón de pesetas en concepto de daños, sin que el vendedor pueda oponerle, para la no concesión de esa indemnización, que si hubiera entregado la máquina el comprador habría sufrido un perjuicio de cinco millones. Pantaleón considera que el comprador no puede optar: «no tiene buen sentido que, por el hecho de incumplir, convirtamos al contratante incumplidor en “asegurador forzoso” de las malas inversiones de la otra parte»³⁴⁴. En su segundo trabajo (del año 1993), referido a la reforma de la responsabilidad contractual, Pantaleón no considera acertado conceder, a quien resuelve, la alternativa entre el interés positivo o el negativo. Sin embargo, «[c]osa diferente es que juegue en favor del acreedor una presunción *iuris tantum* de rentabilidad de los gastos efectuados en la confianza del buen fin del contrato que, en el relativamente frecuente caso de dificultad de prueba del lucro cesante, le sirva para poder reclamar la indemnización de aquellos gastos como la cuantía mínima en que, salvo prueba en contrario del deudor, ha de cifrarse el interés contractual positivo; lo que viene a coincidir con la solución anglosajona de que el acreedor puede optar por el *reliance interest* o *reliance loss*, salvo que el deudor pruebe que aquél hizo un mal negocio»³⁴⁵. Creo que esto puede explicar el alcance y el sentido del párrafo III del artículo 1202 PC.

³⁴³ «Se trata, en definitiva, de indemnizar al menos los gastos realizados por el acreedor en consideración a la ejecución del contrato resuelto, no a su celebración (por ejemplo, los de acondicionamiento del lugar en que se ha de instalar la máquina adquirida cuya entrega se incumple), así como los gastos y detrimentos de un negocio de reemplazo» [CLEMENTE MEORO (2011) p. 15]. Sobre el interés contractual negativo: GÓMEZ POMAR, *InDret* (3/2007) pp. 23-24.

³⁴⁴ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1989) p. 1167; para toda la exposición del autor: pp. 1166-1167.

³⁴⁵ Para toda la exposición del texto: PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) pp. 1734-1735; *vid.* además de este autor: «Artículo 74 CISG» (1998) pp. 591-592.

e) A mi juicio, no sería incorrecto independizar los párrafos II y III del artículo 1202 PC, en otro precepto. Creo que ese posible artículo puede ubicarse en la sección en que se regula el remedio de la resolución, tras haber ordenado el efecto liberatorio y el restitutorio de aquélla. De este modo se marca la diferencia entre la temática de las restituciones y la de la indemnización de daños.

[112] *Propuesta mercantil*.—En virtud del artículo 64.2.II PC:

«La resolución del contrato no afectará a las estipulaciones establecidas en él para solucionar las controversias que surjan entre las partes, ni a ninguna otra estipulación que regule sus derechos y obligaciones en caso de resolución del contrato.»

[113] Las consideraciones hechas en las antecedentes letras a) y b) son trasladables, con las oportunas adaptaciones, al artículo 64.2.II PM. No procede mayor comentario.

B) *La restitución de las prestaciones ejecutadas. Los contratos de ejecución continuada (duradera) y los de ejecución sucesiva*

[114] La *Propuesta civil* regula este otro posible efecto de la resolución (art. 1203)³⁴⁶ y dispone una específica norma para los contratos de ejecución continuada y para los contratos de ejecución sucesiva (art. 1204 PC). La *Propuesta mercantil* regula la restitución en los contratos de ejecución continuada (art. 64.3 PM).

[115] *Propuesta civil*.—El artículo 1203 PC preceptúa:

«Resuelto el contrato, deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas. Si ambas partes están obligadas a la restitución, deberá realizarse simultáneamente.

Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir su valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida.

El que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios en la cosa objeto de restitución. Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquél a quien se restituye»³⁴⁷.

³⁴⁶ Vid. las consideraciones de GÓMEZ POMAR sobre las ventajas y desventajas del ejercicio del remedio de la resolución en la compraventa de empresa, teniendo presente si no procede o procede el efecto restitutorio de la resolución [*InDret* (3/2007) pp. 33-34, en particular p. 34].

³⁴⁷ CLEMENTE MEORO destaca que en la *Propuesta civil* no existe regla sobre lo que sucede con los actos de administración, tras la resolución y realizados vigente la relación contractual. Para el Derecho vigente, el autor indica que la regla general es que los actos de

Y el artículo 1204 PC:

«En la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restitución no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto.»

[116] Estos artículos constituyen importante novedad frente al Código civil, a partir del cual se han construido distintas tesis sobre cual es el régimen aplicable a la liquidación (restitución) tras la resolución de la relación contractual. En lo que sigue, comento dichos artículos, contrastándolos con la regulación del Código civil.

a) El artículo 1124.IV CC se refiere a los terceros adquirentes y remite a los artículos 1295, 1298 CC y disposiciones de la Ley Hipotecaria. En cambio, el artículo 1203 (y también el art. 1204 PC) limita(n) su regulación a la restitución *inter partes*³⁴⁸.

Sobre los terceros adquirentes y la resolución, Clemente Meoro recuerda que la imposibilidad de restituir puede deberse a que el bien se encuentre legalmente en poder de un tercero (bien irreivindicable) y que en la *Propuesta civil* no hay una norma como la del artículo 1295.II CC que vincula la no rescisión del contrato, a que la cosa se halla legalmente en poder de tercero de buena fe³⁴⁹. Según el artículo 1313 PC: «[t]ampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que hubiesen adquirido a título oneroso y hubieran procedido de buena fe». En consecuencia, señala el autor, en la *Propuesta civil* procede la aplicación de las específicas normas de protección de los terceros de buena fe como los artículos 464 CC, 34 LH, 85 CCO³⁵⁰.

b) En la propia regulación del remedio de la resolución, el artículo 1203.I PC deja claro que procede la restitución de las pres-

administración hechos por el *accipiens* no vinculan al *solvens* (arts. 1520, 480 CC; 13 LAU; 10 LAR) salvo que haya terceros protegidos por alguna norma (el arrendatario urbano en los cinco primeros años del contrato) [(2011) p. 11].

³⁴⁸ En el Comentario 5 del artículo 7.3.6 Principios UNIDROIT (Restitución) se indica que el precepto se aplica a las relaciones entre las partes, y no a los derechos adquiridos por terceros sobre los bienes que se determinan por el derecho nacional aplicable [Principios UNIDROIT (2004) p. 239]. Los PECL regulan exclusivamente las relaciones *inter partes*; la determinación de si un tercer adquirente de buena fe puede oponerse a la restitución, lo concreta el derecho nacional aplicable [*Comment B* del art. 9:308 (Recovery of Property), LANDO/BEALE (2000) (ed.) p. 423]. Cfr. artículo 4 CISG.

³⁴⁹ Artículo 1295.II CC: «(...) en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe». *Vid.* MONTÉS PENADÉS, «Artículo 81 CISG» (1998) pp. 661-663. *Vid.* la nota anterior a ésta.

³⁵⁰ CLEMENTE MEORO (2011) p. 13.

taciones ejecutadas (restitución *in natura*)³⁵¹ y la de los respectivos rendimientos obtenidos de aquéllas. Para el Código civil, se ha defendido la restitución de los rendimientos de las prestaciones ejecutadas (restitución de frutos e intereses) apoyándolo en distintos preceptos (art. 1123.I CC; art. 1295.I CC por la remisión del art. 1124.IV CC o por analogía) y lo contrario (la no restitución de los rendimientos; cfr. art. 1120.I CC en relación con el art. 1123 CC; art. 451 CC). En contraposición a esto, la *Propuesta civil* establece de modo expreso para la resolución la solución general de la restitución de los provechos.³⁵² También ordena el cumplimiento simultáneo de las respectivas obligaciones restitutorias.

El artículo 1204 PC exceptúa al artículo 1203 PC para los contratos de los que nace una obligación duradera o continua, o se deriva una obligación de cumplimiento (tracto) sucesivo. La excepción del artículo 1204 PC se limita a las prestaciones ejecutadas si entre prestación y contraprestación hubo reciprocidad de conformidad con el contrato en su conjunto³⁵³. Para el futuro, las partes se deliberan de sus obligaciones contractuales dentro de los límites que marca el artículo 1202.I PC.

[i] Artículo 81 CISG:

«(...).

2. La parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar a la otra parte la restitución de lo que haya

³⁵¹ PANTALEÓN PRIETO: «la resolución *no produce el efecto de extinguir retroactivamente el contrato como si nunca hubiera existido*. Si se quiere seguir diciendo, como nuestra jurisprudencia, que la resolución tiene efectos retroactivos o *ex tunc*, sólo en el sentido de que, a excepción de los casos de relaciones duraderas, las partes han de restituirse recíprocamente las prestaciones ya realizadas, mi prevención es meramente terminológica» [ADC (1993) p. 1734]. *Vid. supra* nota 336, con mención además de CLEMENTE MEORO. Para el Derecho vigente, CARRASCO PERERA: «Como regla, la resolución tiene, pues, un (*sic*) eficacia *ex tunc* y provoca sobrevenidamente una ineficacia con efectos retroactivos. Aunque es cuestión discutida, y no hay pronunciamientos jurisprudenciales evidentes, en mi opinión la retroactividad se produce con *efectos reales* y la propiedad del bien entregado retorna al transmitente sin necesidad de nuevo acuerdo traslativo ni entrega real o simbólica; (...)» [(2010) núm. 41, pp. 1149-1150]. Sobre esta cuestión no se pronuncia la *Propuesta civil*.

³⁵² Para la *Propuesta civil*: CLEMENTE MEORO (2011) pp. 10-11; indica además sobre el artículo 1203.I PC: «Literalmente, pues, no vendría obligado el *accipiens* a la restitución de los frutos que hubiera podido percibir, sino sólo los percibidos» (p. 11). En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, ADC (1993) nota 54, letra b), en p. 1735. Para el Derecho vigente: CARRASCO PERERA (2010) núm. 47, pp. 1155-1156; FENOY PICÓN, CCJC (1998) núm. 48, núm. 2.1, pp. 1087-1088, y en relación con la resolución de la compraventa del TRLGDCU por la entrega de un producto no conforme con el contrato y restitución de la utilidad obtenida del bien no conforme: FENOY PICÓN, CCJC (2008) núm. 78, (18) (d) pp. 1322-1327.

³⁵³ CLEMENTE MEORO señala la irretroactividad de la resolución en los contratos de tracto sucesivo (efectos *ex nunc*), lo cual establece el artículo 1204 PC [(2011) p. 10; y tampoco hay retroactividad si no se ejecutó ninguna prestación o se resolvió el contrato preparatorio de otro contrato, y en la obligación de hacer parcialmente ejecutada, en la que cabe una ineficacia parcial: p. 10]; *vid.* además *supra* nota 336.

suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente»³⁵⁴.

Artículo 84 CISG:

«1. El vendedor, si estuviere obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago.

2. El comprador deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas:

- a) Cuando deba restituir las mercaderías o una parte de ellas; o
- b) Cuando le sea imposible restituir la totalidad o una parte de las mercaderías o restituir la totalidad o una parte de las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido, pero haya declarado resuelto el contrato o haya exigido al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas.»

[ii] Artículo 7.3.6 Principios UNIDROIT:

«(Restitución)

(1) Al resolver el contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a su vez lo que haya recibido. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

(2) No obstante, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, la restitución sólo podrá reclamarse para el período posterior al efecto de la resolución.»

³⁵⁴ La CISG y los PECL contienen normas que señalan cuándo y qué se *resuelve*. a) Artículo 73 CISG: «1. En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega./ 2. Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable./ 3. El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato». Cfr. art. 51 CISG. b) Artículo 9:302 PECL: «Contract to be Performed in Parts/ If the contract is to be performed in separate parts and in relation to a part to which a counter-performance can be apportioned, there is a fundamental non-performance, the aggrieved party may exercise its right to terminate under this Section [3, capítulo 9] in relation to the part concerned. It may terminate the contract as whole only if the non-performance is fundamental to the contract as a whole». *Vid.* artículo III.-3:502 (2) (a) DCFR y su *Comment B* (p. 855) y artículo III.-3:506. Más allá *vid.* artículo III.-3:511 y su *Comment A* [pp. 898-899; las citas de: VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

a) Sobre si no es apropiada la restitución en especie, en el Comentario 2 del precepto se indica que ello es así cuando el perjudicado recibe un parte de la prestación que quiere retener; sobre «siempre que sea razonable», que ello clarifica que la compensación sólo procede si la prestación recibida confiere a quien reclama la restitución «un beneficio y en la medida de este» (piénsese en obligaciones de hacer parcialmente cumplidas, ese cumplimiento parcial puede ser útil o no, ordenando deshacer lo mal hecho en el último caso, añadido)³⁵⁵. A la obligación de restitución de los bienes se le aplican los artículos 7.1.3 y 7.2.2 Principios UNIDROIT (Comentario 4)³⁵⁶.

c) Si no es posible la restitución *in natura*, el artículo 1203.II PC dispone la de su valor en el momento en que aquélla se hizo imposible, especificando, para la parte que resuelve el contrato, que no ha de restituir el valor si prueba que la pérdida del objeto se produjo pese haber observado la diligencia debida. Esto es, puede resolver, pero, habrá de restituir el valor si la cosa se perdió por su culpa o dolo³⁵⁷.

d) Sobre quien asume los gastos necesarios en la cosa a restituir, Clemente Meoro señala para el Código civil: «[s]i el *solvens* tiene derecho a que se le restituyan los frutos, el *accipiens* tiene derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios para la conservación del bien y la obtención de los frutos»; en otro caso, el primero se enriquecería injustamente a costa del segundo. En la *Propuesta civil*, el artículo 1203.III primera regla establece de modo expreso, que quien restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios³⁵⁸.

e) Por último, para los demás gastos (útiles/mejoras, suntuarios), el artículo 1203.III segunda regla PC ordena su abono si aquéllos determinan un enriquecimiento de aquel a quien se resti-

³⁵⁵ Principios UNIDROIT (2004) p. 238.

³⁵⁶ Principios UNIDROIT (2004) p. 239. Vid. *Comment H* del artículo 9:308 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 424.

³⁵⁷ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1735 y nota 54 letra a); cfr. artículo 82 CISG y MONTÉS PENADÉS, «Artículo 82 CISG» (1998) pp. 672-674. Cfr. art. 83 CISG. Vid. HONNOLD, «Artículos 81 y 82 CISG» (1987 de la trad.) núms. 445-448 pp. 492-494.

³⁵⁸ CLEMENTE MEORO (2011) p. 11; PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) nota 54 letra c) en p. 1735. DURÁN RIVACOPA considera que media reiteración entre los artículos 1203.III y 1202.III PC: «Por último, tampoco faltan algunas reiteraciones llamativas, como la que se produce cuando el artículo 1202, *in fine*, “*presume que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contratadas en consideración al contrato resuelto*”, mientras el artículo 1203, párrafo 3, declara: “*el que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución*». En todo caso, me parece mejor la fórmula clásica, que comprende como responsabilidad contractual el daño emergente y el lucro cesante, máxime cuando consta en el artículo 1207, párrafo 1, de la *Propuesta*: “(…)» [cursiva del autor; (2010) pp. 235-236].

tuye³⁵⁹. Clemente Meoro apunta: «[e]l problema está en determinar cuando existe enriquecimiento»³⁶⁰.

[117] *Propuesta mercantil*.—En virtud del artículo 64.3 PM:

«En la resolución de los contratos de ejecución continuada, la correspondiente obligación de restitución no alcanzará a las prestaciones realizadas con anterioridad a la resolución.»

[118] El tenor de este artículo coincide parcialmente con el del artículo 1204 PC. Se diferencia en que el artículo 64.3 PM no alude explícitamente al contrato del que surge una obligación sucesiva, ni condiciona expresamente el no alcance de la resolución a que haya una correspondencia entre prestación y contraprestación. Considero más correcta la dicción del artículo 1204 PC.

VIII. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

[119] Se regula en las *Propuestas civil* (arts. 1205 a 1212) y *mercantil* (arts. 62.1, 65, 66)³⁶¹; la *Propuesta sobre compraventa* no la regula.

8.1 EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS

[120] En virtud del artículo 1205.I PC:

«El acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños que el incumplimiento le cause.»

³⁵⁹ Entre las fuentes de las obligaciones, el artículo 1092.I PC dispone la del enriquecimiento sin causa. DURÁN RIVACOBIA se muestra crítico con la redacción del artículo 1092.I PC: «(...) los cambios en bloque traen consigo que se redacte de nueva forma preceptos característicos del Código civil. Modificando su orden y con clara empeora de su contenido. Varios supuestos servirán de imagen. Una expresión ilustrativa del asunto viene representada por las fuentes de las obligaciones: “Las obligaciones nacen de los contratos, de los daños por los que se haya de responder extracontractualmente, del enriquecimiento sin causa y de cualquier hecho o acto al que las leyes atribuyan tal efecto” (art. 1092, pfo. 1, P). No logro entender por qué retocar el literariamente muy acertado artículo 1089 del Código civil vigente (...) [transcribe el art. 1089 CC]— por otro más descriptivo y en su expresión mejorable. No hay ganancia de ninguna especie y se desbaratan formas antiguas y útiles, cuyos posibles defectos o debidas actualizaciones tuvieron en la jurisprudencia el oportuno remedio» [cursiva del autor; (2010) p. 234].

³⁶⁰ CLEMENTE MEORO (2011) p. 12. En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual: PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) nota 54 c) en p. 1735. Para el Derecho vigente: CARRASCO PERERA (2010) núm. 48, pp. 1156-1158; FENOY PICÓN, *CCJC* (1998) núm. 48, 2.1, pp. 1088-1089.

³⁶¹ Sobre la función de la responsabilidad contractual: PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) pp. 1020-1023.

[121] La función de este precepto es reconocer al acreedor el derecho a ser indemnizado cuando sufre daños a causa del incumplimiento del deudor³⁶² (cfr. art. 1101 CC).

[i] Artículo 9:501 PECL:

«Right to Damages

(1) The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under Article 8:108.

(2) (...). [Cfr. art. III.-3:701 (1) DCFR; art. 45.1 CISG (transcrito *supra* [6] [ii]); art. 7.4.1 Principios UNIDROIT (transcrito *supra* [4] d) [i])³⁶³].

8.2 EL DAÑO EMERGENTE. EL LUCRO CESANTE Y SU PRUEBA. LA OBLIGACIÓN PECUNIARIA Y SU INDEMNIZACIÓN. EL DAÑO MORAL

[122] La *Propuesta civil* (arts. 1206, 1207) y la *Propuesta mercantil* (arts. 65, 2 y 3; 66.1) contienen reglas al respecto.

[123] *Propuesta civil*.—Invierto el orden de los preceptos en su transcripción. Según el artículo 1207 PC:

«La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener.

³⁶² En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, PANTALEÓN PRIETO señala, teniendo presente el Derecho comparado, que pueden esbozarse tres distintas concepciones de la responsabilidad contractual en sentido estricto (indemnización de daños): a) «Para la primera de ellas, la responsabilidad contractual es verdadero cumplimiento (por equivalente, caso de que se conceda al acreedor la pretensión de cumplimiento en forma específica): el deudor que infringe el programa de prestación acordado (exigible jurídicamente, o no) debe indemnizar los daños así provocados al acreedor porque, al contratar, ha prometido hacerlo; porque dicha obligación resarcitoria es verdadero contenido (o, incluso, el único contenido) de la promesa contractual» (p. 1738); b) «Una segunda concepción ve la responsabilidad contractual, al igual que la extracontractual, como la sanción de un acto ilícito: la lesión de un derecho de crédito, en la contractual, y la lesión de un derecho absoluto, en la extracontractual» (p. 1738); c) «La tercera concepción-tipo coincide con la primera, frente a la segunda, en que es el contrato la fuente de la responsabilidad contractual, en que ésta es un efecto del contrato. Se diferencia de aquélla, en cambio, en que no concibe la obligación de indemnizar como «contenido de la promesa contractual», sino como efecto que la ley liga al contrato, no contra la voluntad de las partes, pero sí sin ellas: cuando el deudor incumplidor ha de responder, no es así porque haya prometido responder si no cumple (...), sino que ha de responder porque, en defecto de pacto, el legislador ha estimado que las circunstancias del incumplimiento hacen razonable —en términos de justicia o de eficiencia— que sea imputado al deudor» (p. 1739). PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993), todas las cursivas del autor.

³⁶³ *Vid.* Comentario 1 del artículo 7.4.1, Principios UNIDROIT (2004) p. 240.

Para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias.

Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.»

En virtud del artículo 1206 PC:

«El retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda pecuniaria le obliga a satisfacer el interés pactado o, en su defecto, el interés legal del dinero, a no ser que resulte otra cosa de la ley o del título constitutivo de la obligación, salvo que pruebe que el daño sea mayor.»

[124] Sobre estos preceptos:

a) El artículo 1106 CC es el equivalente al artículo 1207.I PC. Las consideraciones que para el primero han hecho los autores pueden trasladarse en términos generales al segundo³⁶⁴. El artículo 1207.I PC ordena la indemnización del daño emergente y del lucro cesante.

[i] Artículo 74 primera regla CISG:

«La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. (...)»³⁶⁵.

[ii] Artículo 7.4.2 Principios UNIDROIT:

«(Reparación integral)

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos y perjuicios.»

[iii] Artículo 9:502 PECL (General Measure of Damages) (transcrito *supra* [111] c) [i]). Cfr. artículo III.-3:702 DCFR.

b) El artículo 1207.II PC –que regula la prueba del lucro cesante– no tiene equivalente en el Código civil³⁶⁶. La prueba del

³⁶⁴ Vid. CARRASCO PERERA, «Artículo 1106» (1989) pp. 676-689.

³⁶⁵ Sobre tipos de daños y el artículo 74 CISG, teniendo presente la regla de la previsibilidad que dicho artículo 74 CISG dispone en su proposición segunda: VIDAL OLIVARES (2005) pp. 118-132.

³⁶⁶ CARRASCO PERERA: «El artículo 1106 se ha preocupado en este punto tan sólo de incluir de modo positivo el lucro cesante entre las partidas del daño indemnizable,

lucro cesante corresponde al acreedor. Los daños tienen que ser ciertos y esto puede ser de no fácil prueba en el daño de lucro cesante. El Tribunal Supremo ha señalado que no se indemnizan los daños dudosos o contingentes (los sueños de fortuna) afirmando la indemnización de los daños de los que haya cierta probabilidad objetiva de que lo sean según el curso normal u ordinario de las cosas y del caso concreto. El artículo 1207.II PC recoge esta jurisprudencia, codificándola³⁶⁷.

[i] Artículo 7.4.3 Principios UNIDROIT:

«(Certeza del daño)

(1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.»

pero no contiene regla alguna de alcance probatorio. A diferencia, por ejemplo, del § 252 del BGB, que es interpretado mayoritariamente por la doctrina como una regla probatoria, que relaja en beneficio del acreedor la necesidad de acreditación de la ganancia, cuando ésta se daría según el curso ordinario de los acontecimientos./ (...) En realidad, la ganancia frustrada es una función de la variable *probabilidad*. Sin que pueda ofrecerse una regla matemática al respecto, cuanto mayor sea la probabilidad de que el lucro no se obtenga, mayores serán las exigencias de prueba requeridas al acreedor. Pero sin duda debe existir una frontera entre la no constancia del lucro cuando su probabilidad es mínima y la posibilidad de repercutir esta probabilidad en el *quantum* del mismo. Trato de poner de relieve con esto que no existe ninguna dificultad en proyectar el grado de probabilidad sobre el *quantum* del lucro cesante, no sobre su *an*. El factor incertidumbre es una partida deducible del lucro; por ejemplo, no se trata de afirmar o negar sin más la indemnización del lucro cesante cuando por culpa del deudor han muerto las crías de ganado que pudieran haber crecido y reportado una ganancia a su dueño, sino de indemnizar esta ganancia frustrada en una cifra en la que se haya deducido el factor incertidumbre» [«Artículo 1106» (1989) núm. 5 en pp. 685-686; *vid. núm. 4* en pp. 684-685].

³⁶⁷ Por ejemplo, STS, civil, 22 de junio de 1967 (Pte. Excmo. Sr. D. Tomás Ogayar y Ayllón; Aranzadi RJ 1967/2926): «Que el lucro cesante o ganancia frustrada (...) *el Derecho científico* sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulta del curso normal de las cosas y de las circunstancias del caso concreto» (cdo. 4.º; a continuación se señala que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener ganancias.); STS, civil, 15 de julio de 1998 (Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes; Aranzadi RJ 1998/5550): «las ganancias frustradas o lucro cesante que, con cierta probabilidad, fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso). Luis Díez-PICAZO: «La jurisprudencia española ha seguido en ese punto una línea claramente restrictiva, señalando que no debe concederse indemnización cuando las ganancias eran «contingentes» o «dudosas», lo cual, aplicado a lo que rigurosamente constituye un futuro conduce a las inevitables conclusiones de que el lucro cesante es siempre contingente o dudoso. Un punto de vista semejante, muy influido por la gráfica frase de Exner, de que no hay que indemnizar los «sueños de ganancia» o las cuentas de la lechera, por decirlo de otro modo, necesita alguna suavización. Como hemos señalado en otra ocasión, entre la ganancia posible pero contingente y la ganancia segura pueden aplicarse criterios de probabilidad, de acuerdo con lo que se puede llamar el curso normal de los acontecimientos» [*Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 792]. *Vid.* DE PABLO CONTRERAS (2008) 2.ª ed. § 68 p. 206; también la nota inmediatamente anterior; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, en relación con el artículo 1207.II PC indica que «establece, con gran acierto a nuestro entender, algo que no quedaba claro en nuestro Código Civil» [(2011) p. 464; además p. 478].

c) El artículo 1207.III PC regula la indemnización de daños en las obligaciones pecuniarias y su equivalente es el artículo 1108 CC. Según este último, si el deudor incurre en mora en el cumplimiento de la obligación de pagar dinero y no se pacta otra cosa, la indemnización de daños consiste en el pago del interés convenido y en su defecto, en el del interés legal. El artículo 1108 CC dispone una reparación abstracta del daño³⁶⁸, pues fija el cálculo de éste al margen del daño real del acreedor, quien además no tiene que probar el daño. Sin embargo, el acreedor puede sufrir mayor daño (daño real) del que el artículo 1108 CC concreta y la cuestión es si se permite que, probado, pueda exigirlo del deudor. Como es conocido, nuestros autores mantienen distintas posiciones³⁶⁹.

El artículo 1207.III PC ordena las reglas del artículo 1108 CC con una importante diferencia: no menciona la mora del deudor, lo que se justifica en que la mora, con el requisito de la intimación (art. 1100 CC), no se acoge en la *Propuesta civil* (cfr. art. 1188 PC). En esta, el mero retraso en el cumplimiento constituye incumplimiento del deudor³⁷⁰. El artículo 1207.III PC no se pronuncia sobre el posible mayor daño del acreedor. Por su parte, el artículo 1206 PC, que regula la indemnización en el supuesto del retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, dispone que el deudor ha de satisfacer el interés pactado y en su defecto el interés legal del dinero, salvo que la ley o el título constitutivo de la obligación disponga otra cosa y ello «salvo que pruebe que el daño sea mayor». El artículo 1206 PC se refiere expresamente al retraso en el cumpli-

³⁶⁸ CARRASCO PERERA: «De *liquidación abstracta* se habla en varios sentidos, pero todos ellos coincidentes en admitir el resarcimiento de un daño que el acreedor no “prueba” en el caso concreto. Unas veces (...). Otras veces, porque la norma fija en un *forfait* la cantidad del daño resarcible, como ocurre en el artículo 1108./ Cuando aquí se pretende hablar de daño abstracto se hace referencia mayormente a una regla de *derecho material*, no a un problema de prueba. Regla de derecho material en virtud de la cual una persona es acreedora de una suma de dinero frente a su deudor a título de indemnización sin necesidad de probar el daño concreto» [«Artículo 1106» (1989) núm. 1 en p. 694; del mismo autor (2010) núm. 33 p. 1194, núms. 37-38, pp. 1197-1199].

³⁶⁹ Información sintética: LLAMAS POMBO, «Artículo 1108 CC» (2010) pp. 1223-1224; *vid.* además CARRASCO PERERA, «Artículo 1106 CC» (1989), núm. 14, pp. 686 (*sic*; 688)-689 y (2010) núms. 66-67, pp. 1227-1229. Sobre el artículo 1017 PCC 1851 (equivalente al art. 1108 CC), GARCÍA GOYENA: «La dificultad de calcular y probar los daños por la mora ó retardo en el pago, cuando la obligación es de una suma ó cantidad cierta, ha movido al legislador á fijarlos desde luego en el interés legal, si no se pactó otro. A esto sólo queda reducida la responsabilidad del deudor moroso; pero en cambio queda relevado el acreedor de toda prueba, porque su pérdida es evidente, ó al menos se presume tal: vé una excepción de esto en el artículo 1752 [para la fianza]» [(1852) p. 544]. *Vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, *ADC* (2010) pp. 761-774 para una panorámica de Derecho comparado con referencia a la CISG, a los PECL y al DCFR, pp. 774-789 en relación con el artículo 1108 CC y su interpretación por distintos autores (en particular pp. 786-787), y pp. 790-797 para su opinión (es partidario de la posibilidad de indemnizar el mayor daño del acreedor; *vid.* p. 794).

³⁷⁰ Cfr. artículo 1188 PC; *vid.* FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [24]-[30] pp. 69-76, en particular [28] pp. 72-73.

miento y permite la reparación del mayor daño que el acreedor pruebe (daño real o concreto) frente al sistema de daño abstracto recogido en el artículo 1207.III PC, si bien el tenor de aquél no es del todo correcto, pues da a entender que la prueba del mayor daño corresponde al deudor, cuando es a cargo del acreedor. A partir de la exposición contrastada de estos dos preceptos de la *Propuesta civil* puede concluirse que hay una parcial repetición normativa entre los artículos 1207.III y 1206³⁷¹, y que el último encaja mejor con la construcción del concepto de incumplimiento de la *Propuesta civil*, que el primero, por referirse al retraso en el cumplimiento. Sobre la admisión de la indemnización del mayor daño probado por el acreedor, se trata de una importante decisión del legislador y en esto, si no se considera que la *Propuesta civil* ofrece respuestas contradictorias, desde luego las que da no son coincidentes. En una posible revisión de la *Propuesta civil*, debería optarse por una mayor claridad.

[i] Artículo 78 CISG:

«Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.»

a) Pantaleón Prieto señala que, con base en los antecedentes del artículo 78 CISG; en su ubicación normativa, en sección distinta de la de indemnización de daños [en la 3.^a: «Intereses»; no en la 2.^a: «Indemnización de daños y perjuicios» (arts. 74 a 77 CISG) de la Parte III CISG]; y en que no se habla de la indemnización de los mayores daños y perjuicios, «resulta con toda nitidez que los intereses que contempla *no son intereses moratorios* –resarcimiento del daño causado al acreedor de dinero por retraso imputable al deudor en el pago de la suma debida–, sino, por emplear una terminología importada de los juristas italianos, «*intereses correspectivos*» –restitución al acreedor del enriquecimiento obtenido por el deudor por disponer de la cantidad no tempestivamente pagada (productividad natural del dinero), haya o no sufrido daño el acreedor por el retraso–³⁷². Por ello el deudor no puede exonerarse del pago de intereses con fundamento en el artículo 79 CISG (cfr. art. 79.5 CISG)³⁷³.

[ii] Artículo 7.4.9 Principios UNIDROIT:

(Intereses por falta de pago de dinero)

(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha

³⁷¹ Señala también la duplicidad normativa: DURÁN RIVACOBA (2010) p. 233.

³⁷² PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 78 CISG» (1989) p. 630.

³⁷³ PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 78 CISG» (1989) pp. 630-631; el artículo 78 CISG no excluye la indemnización de daños del artículo 74 CISG, «en el bien entendido de que el daño indemnizable disminuirá en la suma cobrada por el acreedor en concepto de intereses correspectivos» [*op. cit.*, p. 634].

suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

(2) El tipo de interés será (...).

(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.

a) En el Comentario 1 del artículo se indica que éste recoge la regla ampliamente aceptada de que el retraso en el pago de este tipo de obligación se somete a un régimen especial, y que los intereses se abonarán, si el retraso se atribuye al incumplidor, desde que la deuda es exigible y sin necesidad de notificación por parte del acreedor. En cambio, si el retraso se debe a fuerza mayor, «los intereses se devengan de todas formas y deben ser pagados no en concepto de restitución, sino como compensación por el enriquecimiento del deudor que resulta de la falta de pago», pues el deudor sigue obteniendo intereses sobre la suma cuyo pago no puede efectuar³⁷⁴.

[iii] Artículo 9:508 PECL:

«Delay in Payment of Money

(1) If payment of a sum of money is delayed, the aggrieved party is entitled to interest on that sum from the time when payment is due to the time of payment at the average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the contractual currency of payment at the place where payment is due.

(2) The aggrieved party may in addition recover damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section». Cfr. artículo III.-3:708 DCFR.

a) En el *Comment B* del artículo se indica que el apartado (1) confiere un derecho general a exigir interés en las obligaciones contractuales primarias de pagar; no abarca el interés de las obligaciones pecuniarias secundarias como las obligaciones por daño o interés³⁷⁵. También, que el interés no es una especie de daño ordinario; por tanto, las reglas generales de la indemnización de daños no se aplican. Se debe interés si el no pago es inexcusable o es excusable de conformidad con lo que se dispone en el artículo 8:108 PECL³⁷⁶. Y que el perjudicado tiene el derecho al interés sin mirar la cuestión de si ha adoptado razonables medidas para mitigar sus pérdidas³⁷⁷.

d) Ni el artículo 1207 PC, ni los artículos 1205, 1206 y 1208 a 1212 PC, se ocupan de la reparación del daño moral contractual (daño extrapatrimonial). Esto llama la atención pues: hay normas en nuestro ordenamiento que explícitamente se refieren a la indemni-

³⁷⁴ Principios UNIDROIT (2004) pp. 254-255.

³⁷⁵ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 451.

³⁷⁶ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 451.

³⁷⁷ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 451.

zación del daño moral contractual (cfr. art. 128.II TRLGDCU); la reparación del daño no patrimonial se reconoce en los artículos 9:501 (2) PECL y 7.4.2 (2) Principios UNIDROIT³⁷⁸; el Tribunal Supremo, que inicialmente estimó su reparación (compensación) en el ámbito extracontractual (STS 6 de diciembre de 1912), también lo ha admitido en el contractual [es común indicar que la primera sentencia que lo reconoció fue la STS, 1.ª, 9 de mayo de 1984 (Pte. Excmo Sr. D. Carlos de la Vega Benayas; *vid.* cdos. 3.º y 4.º, para el caso: el cdo. 5.º; Cendoj, Roj STS 1165/1984)]³⁷⁹; el artículo 1106 CC no prohíbe la reparación del daño moral contractual. Lo cierto es que el daño moral contractual no plantea la cuestión de su admisión, sino la de su alcance. Dicho a nivel básico, la reparación del daño moral contractual se ha vinculado a los derechos de la personalidad (*vid.* la conocida STS, 1.ª, 31 de octubre de 2002 que emplea la expresión «derecho inmaterial de la persona»³⁸⁰); pero también se defiende que el daño moral incluye la lesión de otros intereses jurí-

³⁷⁸ a) Artículo 9:501 (2) PECL: «Right to Damages/ (...) / (2) The loss for which damages are recoverable includes: / (a) non-pecuniary loss; and / (b) future loss which is reasonably likely to occur» [cfr. art. III.-3:701 (2) y (3) DCFR]. b) Artículo 7.4.2 (2) Principios UNIDROIT: «Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional». Según el Comentario 5: «Puede tratarse de un dolor físico y sufrimiento emocional, la pérdida de ciertos placeres, el daño estético, etc., así como el daño ocasionado por ataques al honor o a la reputación» [Principios UNIDROIT (2004) p. 243]; c) Informa sobre el tratamiento de los daños morales en los Derechos de EE.UU, del Reino Unido, de Alemania, de Francia y de Bélgica: SOLÉ FELIU, *InDret* (1/2009) pp. 6-18; MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, *CCJC*, núm. 61 (2003) pp. 253-256; informa sobre el *Code civil*, teniendo presente el Derecho romano, el Código italiano de 1865, Código civil español, Código civil de Chile, Código civil de la República Argentina, BGB (con referencia a Savigny, Ihering y Windscheid), Código civil italiano de 1942, Código civil de Grecia y Código civil japonés: RODRÍGUEZ GUTIÁN (2008) pp. 939-950; esta autora también analiza, aparte de otros textos, la regulación del daño contractual de los Principios UNIDROIT, con la que se muestra crítica por su no referencia a la pérdida de prestigio, y la de los PECL [*op. cit.* pp. 960-967; *RjUAM* (2007) p. 246].

³⁷⁹ Información sobre la aplicación judicial: MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, *CCJC*, núm. 61 (2003) pp. 259-269; NIETO ALONSO, *ADC* (2006) pp. 1130-1169, 1178-1197; Luis Díez-PICAZO (2008) pp. 27-43, 49-57; RODRÍGUEZ GUTIÁN, *ADC* (2003) pp. 832-838; SOLÉ FELIU *InDret* (1/2009) pp. 18-29; CARRASCO PERERA (2010) núms. 70-73, pp. 1231-1238; para el específico sector del contrato de viajes combinados: GÓMEZ CALLE, «Artículo 162 TRLGDCU» (2011) núm. 3 pp. 1391-1394. *vid.* STS, 1.ª, 10 de marzo de 2009, Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, FD 3.º, letra C).

³⁸⁰ Cendoj, Roj STS 7230/2002, Pte. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; FD 5.º: «No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del *pretium doloris*. Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial».

dicos extrapatrimoniales incorporados al contrato, cumpliéndose ciertos requisitos (art. 1107 CC; daño de cierta entidad)³⁸¹.

La no mención del daño moral en la *Propuesta civil* puede interpretarse en el sentido de que su reparación se limita a los casos

³⁸¹ Vid.: CARRASCO PERERA, «Artículo 1106 CC» (1989) pp. 699-703 (en especial núms. 2, 5, 6, 10) y «Artículo 1107 CC» (1989) núm. 19 en pp. 747-748; MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, *CCJC*, núm. 61 (2003) pp. 250-253, 257-259; RODRÍGUEZ GUITIÁN defiende una interpretación actual o nueva lectura del artículo 1106 CC en el sentido de que permite la inclusión del daño moral [*ADC* (2003) pp. 839-842, en particular desde la p. 841; *vid. además* hasta p. 844; y *RjUAM* (2007) pp. 244-246]; tras exponer la tesis que mantiene un concepto estricto de daño moral [*RjUAM* (2007) pp. 247-252] y la que mantiene una concepción amplia del daño moral [*RjUAM* (2007) pp. 252-255], RODRÍGUEZ GUITIÁN propone una tesis intermedia: «La solución a este complicado dilema quizá radique en una vía intermedia. Ni se trata de negar, como regla general, la indemnización del daño moral contractual mediante la adopción de un concepto estricto de daño moral, ni tampoco de admitir tal reparación de forma ilimitada, manejando como único criterio de resolución un concepto amplio de esta clase de daño. (...). Por eso la determinación de unos criterios que delimiten en qué casos ha de repararse el daño moral derivado del incumplimiento del contrato es un camino más adecuado, a mi juicio, para impedir, en la medida de lo posible, esta degradación del concepto de daño moral que sin duda se está produciendo. Pueden proponerse los siguientes criterios que marcan límites a la reparación del daño moral contractual: el primero es la aplicación del artículo 1107 del Código Civil (previsibilidad del daño moral) y, el segundo, la exigencia de que el daño moral sea de cierta entidad» [*RjUAM* (2007) p. 255; desarrolla esos criterios en pp. 256-260, con ejemplos y comentarios de casos jurisprudenciales]; LÓPEZ FERNÁNDEZ lleva a cabo una clasificación de los contratos teniendo en cuenta la incorporación al contrato del interés moral dado [(2006) pp. 1725-1738]; NIETO ALONSO, *ADC* (2006) pp. 1124-1127; Luis Díez-PICAZO (2008) pp. 41-42, 73-93; según SOLÉ FELIU: «El análisis realizado hasta el momento nos lleva a defender, como regla general, la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento contractual [p. 29]. (...) / (...) una vez admitido que el artículo 1106 CC no excluye la posibilidad de indemnizar el daño moral por incumplimiento contractual, una primera condición que debe concurrir para hacer efectiva dicha indemnización es que el daño, además de ser suficientemente relevante o de tener cierta entidad, vaya más allá de las meras molestias o frustraciones típicamente asociadas a todo incumplimiento contractual. Por decirlo de algún modo, el perjuicio tiene que constituir un «plus» o «añadir algo» a la simple incomodidad o malestar que todo acreedor experimenta habitualmente ante el incumplimiento de su deudor contractual. El riesgo de que se produzca un incumplimiento se encuentra implícito en toda relación contractual, y así lo asume cada una de las partes contratantes. Lo contrario, implicaría reconocer una indemnización automática por daño moral en todos los supuestos en que exista incumplimiento contractual. [p. 30] / (...) / Según opina la doctrina dominante, es en el artículo 1107 CC donde se encuentran los límites y condiciones que permiten establecer en qué casos el daño –también el moral– resulta indemnizable. (...) / Que los daños sean consecuencia necesaria del incumplimiento significa que sólo pueden imputarse al deudor aquellos daños morales que, de acuerdo con la clase de intereses que constituyen el objeto del contrato y cuya satisfacción debe atender el deudor, sean una de las manifestaciones típicas de la falta de cumplimiento. [p. 31] (...) / En segundo lugar –con la excepción de los casos en que el deudor incumplió dolosamente– el daño moral será indemnizable si fue previsto o debió preverse en el momento de constituir la obligación (Art. 1107.1 CC). Se trata de un límite adicional que identifica qué daños, entre todos los imputables jurídicamente al deudor por ser consecuencia necesaria del incumplimiento, acabarán siendo soportados por éste. Este segundo condicionante es típicamente contractual, porque permite a los contratantes calcular los riesgos que conlleva la relación que se disponen a crear y distribuirlos entre ellos, de acuerdo con lo que resulta previsible en el momento de contratar. (...) / El manejo de estos dos factores, junto con el carácter relevante del daño, constituye un enfoque adecuado para afrontar las reclamaciones del daño moral derivado del cumplimiento defectuoso [*sic*] o del incumplimiento contractual» [p. 32; *vid.* pp. 29-35 y 20-21, *InDret* (1/2009)]. Crítica el empleo que la jurisprudencia hace del daño moral contractual como vía de escape: GÓMEZ POMAR, *InDret* (3/2007) pp. 26-27.

en los que media infracción de los derechos de la personalidad, no siendo por ello preciso mencionarlo en la regulación del incumplimiento de las obligaciones. Pero también puede entenderse, que se ha tratado de un mero olvido, o, tal vez sea una omisión consciente. Desde luego ya se ha apuntado la necesidad de que en la *Propuesta civil* haya un pronunciamiento expreso sobre la compensación del daño moral³⁸². Sería conveniente ordenar que el daño moral contractual es un tipo de daño indemnizable, dejando a los autores y a la jurisprudencia el asentamiento de sus líneas maestras o guía (*vid.* por ejemplo la reciente STS, 1.^a, 15 de julio de 2011, FD 5.º, Pte. Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; Cendoj, Roj STS 4900/2011).

[125] *Propuesta mercantil*.—En virtud del artículo 65, 2 y 3, PM:

«2. *La indemnización de los daños y perjuicios comprenderá cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que se haya visto privada la parte perjudicada, así como los daños no pecuniarios.*

Para determinar el importe de la indemnización se descontarán las ventajas que la parte perjudicada haya obtenido y los gastos que haya evitado como consecuencia del incumplimiento.

3. *En los casos en los que la prestación incumplida tenga un precio corriente en el mercado, la parte perjudicada podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de su resolución, así como también el resarcimiento por cualquier daño adicional.*

Se considerará como precio corriente en el mercado el generalmente cobrado por las mercancías o servicios contratados en circunstancias semejantes en el lugar en el que el contrato debió haberse cumplido. Si no hubiese precio corriente en ese lugar, se tendrá en cuenta el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia.»

Para el artículo 66.1, *supra* [43].

[126] Sobre estos preceptos:

a) Igual que en la *Propuesta civil*, se dispone la indemnización del daño emergente y del lucro cesante (cfr. art. 1106 CC) y a diferencia de aquélla, se prescribe la indemnización del daño no

³⁸² VIDAL OLIVARES: «La Propuesta (...) no se pronuncia sobre la procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual. Probablemente, frente al debate doctrinal sobre el punto en el Derecho Civil español, sería esta la ocasión de zanjar la cuestión. No veo que sea una buena técnica dejar abierta la interrogante. Este es el instante en el que debe tomarse partido, sea para excluirlo o fijar reglas que determinen su procedencia» [(2011) p. 292]. Teniendo en cuenta la regulación europea del DCFR, de los PECL y de los Principios *Acquis*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA considera «[l]as ausencias más destacadas se refieren a daños y perjuicios indemnizables de carácter no económico (...)» [(2011) pp. 463-464].

pecuniario (daño moral) (art. 65.2.I PM). Entiendo correcta esta última indicación por lo antes señalado.

b) La indemnización repara el daño causado por el incumplimiento y esto normalmente implica operaciones contables de suma y resta. En ocasiones, el incumplimiento evita gastos al acreedor; en otras, puede obtener ventajas a partir de él. La *Propuesta mercantil* dispone que esos valores han de tenerse presentes para concretar la cuantía indemnizatoria (art. 65.2.II PM; cfr. art. 7.4.1 Principios UNIDROIT). Debe hacerse una precisión: las ventajas del acreedor con ocasión del incumplimiento pueden tener origen en su capacidad de gestionar las consecuencias del incumplimiento; para estos casos, es cuestionable que aquéllas redunden en beneficio del deudor incumplidor³⁸³.

c) El artículo 65.3.I PM dispone un sistema de cálculo abstracto del daño: resuelta la relación contractual, si el acreedor no realiza un negocio de reemplazo, puede exigir del deudor incumplidor la diferencia entre el precio del contrato resuelto y el precio corriente en el mercado, junto con otros daños que efectivamente hayan derivado del incumplimiento y que de ellos haya de responder el deudor (daño concreto). Para evitar cuestiones sobre cuál es el precio corriente en el mercado, el artículo 66.3.II PM dispone unas pautas a seguir³⁸⁴.

d) El artículo 66.1 PM se refiere al cálculo del daño real del acreedor. Si este ha realizado un negocio de reemplazo, tras la resolución del contrato incumplido, puede reclamar del deudor la diferencia de precio entre ambos contratos si tal diferencia constituye un daño. Para que este sistema de cálculo concreto del daño opere, es preciso que el negocio de reemplazo se haga en forma y plazo razonable tras la resolución³⁸⁵. Por descontado, si el acreedor sufre y prueba daños distintos de esa diferencia entre precios, daños derivados del incumplimiento y de los que el deudor ha de responder, éstos también ha de indemnizárselos al acreedor. El artículo 66.1 PM viene a codificar una práctica mercantil habitual, algo que puede entenderse demandado.

[i] Artículo 75 CISG:

«Si se resuelve el contrato y si, de una manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de

³⁸³ Vid. CARRASCO PERERA, «Artículo 1106» (1989) pp. 689-693. PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1743.

³⁸⁴ Vid. CARRASCO PERERA, «Artículo 1106 CC» (1989) núms. 2, 3 y 4 en pp. 694-696.

³⁸⁵ Otro daño es el de la pérdida de volumen: sobre esto, FENOY PICÓN, *CCJC* (2009) núm. 80, pp. 571-590.

reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.»

Artículo 76 CISG:

«1. Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75, la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. No obstante, si la parte que exija la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en el momento en que se haya hecho cargo de ellas en vez del precio corriente en el momento de la resolución.

2. A los efectos del párrafo precedente, el precio corriente es el del lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de las mercaderías o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio en otra plaza que pueda razonablemente sustituir ese lugar, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de las mercaderías»³⁸⁶.

[ii] Artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT:

«(Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonable, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.»

Artículo 7.4.6 Principios UNIDROIT:

«(Prueba del daño por el precio corriente)

(1) Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

(2) Precio corriente es el precio generalmente cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar dónde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable.»

³⁸⁶ Sobre los artículos 75 y 76 CISG: VIDAL OLIVARES (2005) pp. 133-140.

[iii] Artículo 9:506 PECL:

«Substitute Transaction

Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner, it may recover the difference between the contract price and the price of the substitute transaction as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section». Cfr. artículo III.-3:706 DCFR.

Artículo 9:507 PECL:

«Current Price

Where the aggrieved party has terminated the contract and has not made a substitute transaction but there is a current price for the performance contracted for, it may recover the difference between the contract price and the price current at the time the contract is terminated as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section». Cfr. artículo III.-3:707 DCFR.

8.3 LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LOS DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO. EL CRITERIO DE LA PREVISIBILIDAD DE LOS DAÑOS CONTRACTUALES (EL FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO)

[127] La *Propuesta civil* regula estas importantes cuestiones en el artículo 1208 y establece notables precisiones frente al Código civil (art. 1107). Por su parte, la *Propuesta mercantil* señala que la reparación de los daños ha de ser íntegra (art. 65.1).

[128] El artículo 1208 PC dispone:

«El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato.»

[129] Este precepto contiene dos normas: una genérica referida a la imputación objetiva del daño; la otra, específica para el deudor contractual no doloso y los daños contractuales indemnizables. Su análisis sugiere:

a) *Primera norma del artículo 1208 PC.*—En la *responsabilidad extracontractual* se diferencia la causalidad fáctica, en la que opera la regla de la *conditio sine qua non* (teoría de la equivalen-

cia de las condiciones) y la causalidad jurídica que determina los daños que jurídica y causalmente se conectan (o no) al comportamiento del deudor con el instrumento de los criterios de imputación objetiva construidos por los autores y las normas³⁸⁷.

Para la *responsabilidad contractual*, Luis Díez-Picazo afirma: «En nuestra opinión, los problemas de la relación de causalidad en los daños contractuales se rigen, en línea de principio, por las mismas reglas que se establecen en materia de responsabilidad extracontractual o aquiliana. Ello significa, en el momento actual, aplicar los llamados criterios de imputación objetiva de acuerdo con los parámetros que hoy resultan conocidos»³⁸⁸. El autor desenvuelve los conocidos criterios de: el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, el criterio de la provocación, el fin de protección de la norma, el incremento del riesgo o criterio de la conducta alternativa correcta, la competencia de la víctima y el criterio de la adecuación³⁸⁹. Sobre el fin de protección de la norma, precisa que su aplicación al ámbito contractual supone la violación de la norma contractual³⁹⁰. Lo expuesto en este párrafo puede aplicarse a la fórmula de «[e]l deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento» del artículo 1208 primera regla PC.

La transcrita norma de la *Propuesta civil* es novedad comparada con la dicción del artículo 1107.II CC aplicable al *deudor doloso*³⁹¹. Es cierto que tal novedad es más formal (en el sentido de que hay una expresa norma que lo señala) que material, si

³⁸⁷ Sobre los criterios de imputación objetiva: PANTALEÓN PRIETO (1990) pp. 1561-1566; sobre la imputación objetiva en el pensamiento del prof. Vicente L. MONTÉS PENADÉS en la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo: BLASCO GASCÓ (2011) tomo I, pp. 330-347; en pp. 324-330, BLASCO GASCÓ se refiere a la imputación objetiva y sus criterios.

³⁸⁸ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) pp. 784-785.

³⁸⁹ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) pp. 785-786.

³⁹⁰ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 785.

³⁹¹ Sobre el deudor doloso del artículo 1107.II CC, CARRASCO PERERA: «Como prueban las fuentes precodificadas de la norma, la sanción a este deudor de mala fe estaba referida a los supuestos de dolo precontractual, no propiamente al incumplimiento doloso. Dolo precontractual de quien conoce y calla el defecto de la cosa que vende o alquila. Nunca se empleó ejemplo alguno que comprendiera en el alcance a deudor que *voluntariamente incumple* el contrato en su fase de ejecución y que no hubiera *actuado con fraude en la fase in contrahendo*. Pero resulta que aquéllos son los más abundantes casos de dolo contractual» [(2010) núm. 29, p. 1267]. El autor concluye: «El resultado de estas digresiones no puede ser otro que proponer una reducción teleológica del alcance del artículo 1107.II CC. Hemos repasado jurisprudencia que en circunstancias límite no declara la existencia de dolo, cuando lo que en verdad subyace es una prevención a aplicar las *consecuencias normativas* del dolo. Como no podemos proceder por el sencillo modo de tener por derogada la norma, ni siquiera por falta de uso, proponemos que su aplicación se limite a los casos de *dolo malo* en los que la conducta del acreedor no tiene una justificación económica *aceptable*. Sólo el fraude grosero en la fase *in contrahendo* o el *dolo de dañar* merecen tan grave condena como la del artículo 1107.II CC» [*op. cit.*, núm. 38, p. 1277].

tenemos en cuenta la expuesta reinterpretación de Luis Díez-Picazo (que la hace para cualquier deudor contractual incumplidor³⁹²). El artículo 1208 PC no reproduce el artículo 1107.II CC, el cual ordena para el deudor que incumple dolosamente, que éste responde «de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». Pantaleón Prieto ha criticado la redacción del artículo 1107.II CC, pues parece dar a entender que el deudor doloso responde de todos los daños que cause su incumplimiento con base en la *conditio sine qua non* y propugna su supresión³⁹³. El mencionado autor indica lo inaceptable de interpretar el artículo 1107.II CC según la teoría de la equivalencia de las condiciones y considera (interpretación correctora) que el deudor doloso «no debe responder de los daños cuya imputación objetiva al incumplimiento resulte excluida conforme a los criterios del “riesgo general de la vida”, de la “prohibición de regreso”, de la “provocación”, del “incremento del riesgo” o de la “adecuación”³⁹⁴. Sobre el “fin de protección de la norma” apunta: “[s]e podría haber añadido (...), pero no el sentido de “fin de protección del contrato” (previsibilidad del daño al tiempo de contratar), sino en el señalado (...) [de] finalidad protectora del específico deber infringido, en su caso dolosamente»³⁹⁵. Pantaleón Prieto indica, que «en la hipótesis de dolo del responsable, las soluciones a los problemas de imputación objetiva del daño han de ser las mismas en materia de responsabilidad contractual y extracontractual»³⁹⁶.

³⁹² Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) pp. 784-786 y 787.

³⁹³ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1742; *vid.* CARRASCO PERERA (2010) núms. 27-28, pp. 1265-1267 y «Artículo 1107» (1989) núm. 3 en p. 749, también núm. 5 en pp. 750-751.

³⁹⁴ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1036; señala además que interpretado literalmente el artículo 1107.II CC, la regla que contendría «es un despropósito injustificable y sin parangón alguno en el Derecho comparado» (*op. cit.* p. 1088).

³⁹⁵ PANTALEÓN PRIETO [*ADC* (1991)] remite al lector a la nota 18 de su trabajo. Allí, entre otras cosas, señala: «el criterio del “fin de protección de la norma” puede tener otras aplicaciones excluyentes de la imputación objetiva del daño en el ámbito de la responsabilidad contractual, cuyo encaje normativo residiría en nuestro Derecho, en el requisito de que los daños y perjuicios han de ser “consecuencia necesaria” de la falta de cumplimiento, que exigen las palabras finales del artículo 1107.II CC [*sic*, I]» (*op. cit.* nota 18 p. 1026). Expone el caso inglés *Gorris v. Scott* (1874) que conoció de un contrato de transporte de ganado en barco; por reglamento, el transportista estaba obligado a transportar cada cabeza de ganado en establos separados; no lo hizo y una noche de tormenta barrió los animales que murieron ahogados. El demandante probó que si los animales hubieran sido transportados en establos separados se habría evitado el resultado, reclamando indemnización de daños; se desestimó su demanda, pues: «asumimos aquí que [el daño] ha sido causado por la infracción del deber cometida por la parte demandada, es de tal naturaleza que no estaba en modo alguno contemplado por el reglamento», el cual «no tenía como finalidad directa ni indirecta proteger frente a tal daño [...], ya que la norma está dirigida contra el riesgo de que el ganado esté expuesto a enfermedades contagiosas» (*op. cit.* nota 18 pp. 1026-1027).

³⁹⁶ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1036; *vid.* además pp. 1090-1091.

Por su parte, Morales Moreno, que también destaca la inadecuada redacción del artículo 1107.II CC³⁹⁷, entiende que «[l]a regla de imputación objetiva del artículo 1107 II no es diferente de la aplicable a la responsabilidad extracontractual»³⁹⁸. Considera que el criterio de imputación objetiva que el artículo 1107.II CC contiene para el deudor contractual doloso³⁹⁹ es el de la «teoría de la adecuación», teoría desarrollada, redactado ya el artículo 1107.II CC⁴⁰⁰. «A mi modo de ver» –señala Morales Moreno– la teoría de la adecuación «debe ser hoy el punto de partida para resolver los problemas de imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual y en la del artículo 1107 II. Dicha teoría se asienta en unas bases dogmáticas razonables de tratamiento de tales problemas, y no existen razones de tipo valorativo que justifiquen que se aparte de ella nuestro ordenamiento. La teoría de la adecuación permite utilizar una regla suficientemente amplia para operar con ella de manera general, a diferencia de otros criterios de imputación objetiva que se limitan a ciertos cursos causales en supuestos concretos»⁴⁰¹. El autor no encuentra graves obstáculos en el texto del artículo 1107.II CC para encajar la teoría de la adecuación, si se entiende que «conocidamente» significa «daños cuya causación es conocida (cuando no querida) por el deudor incumplidor, en el momento de ejecutar la acción dolosa, así como daños cuyo conocimiento le puede ser imputado, conforme al conocimiento de un observador imparcial»⁴⁰².

b) *Segunda norma del artículo 1208 PC.*—Conviene iniciar la exposición recordando el tenor del artículo 1107.I CC: «[l]os daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos

³⁹⁷ MORALES MORENO: «García Goyena por un inadecuado entendimiento de la función de la regla, no acertó a dar al artículo 1016 P-1851 la redacción conveniente. Esa inadecuada redacción se traslada al 1107 II del CC. García Goyena, sin verificar convenientemente la función de la regla en los antecedentes históricos que maneja, le asigna una función sancionadora del dolo del deudor. Y esto le lleva a establecer un criterio de imputación asentado en la que hoy denominamos “teoría de la equivalencia”. Recordemos sus palabras: «Bastará, pues, que el daño haya sido conocidamente ocasionado por el dolo, y que sin éste no habría tenido lugar, aunque no sea consecuencia necesaria directa». Sin embargo, confía en que el prudente arbitrio del juez pondrá límites a la cadena de los daños indemnizables» [(2010) p. 177].

³⁹⁸ MORALES MORENO (2010) p. 178.

³⁹⁹ Define de la siguiente manera el dolo del artículo 1107.II CC: «Es un acto de *incumplimiento del contrato* causante de daños a bienes o intereses del acreedor que se sitúan más allá del interés protegido por el contrato (art. 1107 I: fin de protección del contrato), y que por la intención del sujeto, que directamente pretende causar un daño al otro contratante, o por la propia antijuricidad del acto (acto contrario a una norma o a las exigencias de la buena fe) justifica una imputación de responsabilidad al deudor fundada en la ilicitud de su conducta y no exclusivamente en el hecho del incumplimiento» [(2010) p. 175]. Incluye el incumplimiento doloso de deberes precontractuales de información, de deberes de prestación y de deberes de cuidado [MORALES MORENO (2010) p. 176].

⁴⁰⁰ MORALES MORENO (2010) p. 179.

⁴⁰¹ MORALES MORENO (2010) p. 179.

⁴⁰² MORALES MORENO (2010) p. 179.

o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Cotejando los artículos 1208 segunda regla PC y 1107.I CC puede considerarse:

b.1) El artículo 1208 PC regula el supuesto del «deudor no doloso» incumplidor. No recoge la expresión «deudor de buena fe» del artículo 1107.I CC, expresión que dio lugar a cierto debate sobre su exacto significado. Es más correcta y precisa la expresión de la *Propuesta civil* de «deudor no doloso», categoría conformada mediante la técnica de la exclusión (lo es, quien no es doloso). Además, la expresión deudor no doloso es de uso habitual entre nuestros autores como equivalente a la del deudor de buena fe del artículo 1107.I CC⁴⁰³. Este ámbito subjetivo del artículo 1208 segunda proposición PC supone la *no aplicación* del test de la previsibilidad del daño en el momento de la perfección del contrato al deudor doloso: el alcance de su responsabilidad se encauza en la primera proposición del artículo 1208 PC.

b.2) En virtud del artículo 1208 PC, el deudor no doloso «sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato» [cfr. las conocidas sentencias *Hadley v. Baxendale* (1854) y *Victoria Laundry v. Newman* (1949), *Heron II*⁴⁰⁴].

⁴⁰³ Se planteó la cuestión de si el «deudor de buena fe» del artículo 1107.I CC incluía al deudor negligente, dándose una respuesta afirmativa con apoyo en los antecedentes históricos [PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) pp. 1025-1026]; *vid.* CARRASCO PERERA, «Artículo 1107 CC» (1989) núm. 7 en p. 724; MORALES MORENO (2010) nota 425 en p. 157. SERRA RODRÍGUEZ: «(...) la buena fe en el artículo 1107 describiría simplemente la ausencia de dolo en el hecho determinante del daño resarcible, comprendiendo aquellas situaciones en las que el deudor ha de responder, bien sea a título de culpa-negligencia, bien por cualquier otro criterio de imputación previsto legal o convencionalmente (p.ej. el riesgo), siempre que no se le pueda reprochar dolo alguno. Éste es también el criterio adoptado por la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación (Sección Primera de Derecho civil), cuyo artículo 1208 regula la extensión de la obligación de indemnizar del deudor, previendo en su segundo inciso, la limitación a los daños previsibles para el deudor “no doloso”» [(2011) pp. 2493-2494].

⁴⁰⁴ a) *Hadley v. Baxendale* [1854] EWHC Exch J70.—Sentencia ampliamente conocida por la doctrina española [*vid.* por ejemplo MORALES MORENO (2010) pp. 131-132; GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2011) pp. 128-130; PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) pp. 1080-1081]. En dicha sentencia, Alderson B. expone: «Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonable be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it».

b) *Victoria Laundry v. Newman*; y *The Heron II*.—La primera sentencia también es reiteradamente expuesta por nuestros autores. *Victoria Laundry v. Newman* reorganiza las reglas de *Hadley v. Baxendale*. En *Victoria Laundry v. Newman* se indica: «In cases of breach of contract the aggrieved party is only entitled to recover such part of the loss

actually resulting as was at the time of the contract reasonably foreseeable as liable to result from the breach» [vid. por ejemplo GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2011) pp. 131-133; PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) pp. 1083-1084]. Sobre *The Heron II* (tercer *leading case*), GREGORACI FERNÁNDEZ señala: «En el caso *The Heron II*, los Lords criticaron la expresión *reasonable foreseeable*, utilizada en *Victoria Laundry v. Newman*. Para los magistrados, el nivel de previsibilidad exigido en el Derecho contractual no se corresponde con dicha expresión. El test apropiado que debe aplicarse es el siguiente: / «*whether the loss in question is of a kind which the defendant, when he made the contract, ought to have realised was not unlikely to result from the breach. [...] the words «not unlikely» [...] denoting a degree of probability considerably less than an even chance but nevertheless not very unusual and easy foreseeable»* [cursiva de la autora; *ADC* (2011) p. 133].

c) *Transfield Shipping Inc. v. Mercator Shipping Inc. (2008)*.—En los últimos años está teniendo lugar cierta revisión de la regla de la previsibilidad [letras a) y b)] pudiendo distinguirse entre una interpretación tradicional y otra moderna. Sobre la interpretación tradicional y desde la perspectiva que le interesa, MORALES MORENO sintetiza esta idea: «La evolución del test de la previsibilidad en el *Common Law*, con posterioridad al caso *Hadley v. Baxendale* se ha distanciado bastante de la idea de Pothier, referida a lo acordado expresa o tácitamente en el contrato. En el sentido de que la previsibilidad se refiere a cada contratante, es unilateral, y opera como contrapeso necesario del punto de partida que se adopta: el principio de indemnización integral de los daños. El test de la previsibilidad evita la dureza excesiva de este principio. / La previsibilidad, tal como ha llegado a ser entendida en el *Common Law*, es un instrumento razonable de limitación de responsabilidad, que permite a cada contratante predecir y calcular el coste de su incumplimiento contractual y le incita, al mismo tiempo, a modificarlo en la negociación del contrato, cuando ese coste le resulta excesivo. (...). De este modo el conocimiento, efectivo o imputado, del contratante sobre las consecuencias dañosas de su incumplimiento y, en su caso, el pacto modificativo, son, en definitiva, los factores de imputación del daño indemnizable. El conocimiento imputa objetivamente daños (*ipso iure*), al margen de la voluntad; aunque la voluntad puede excluirlos» [op. cit. (2010) p. 135]. Sobre la corriente doctrinal de revisión e interpretación moderna de la previsibilidad, MORALES MORENO expone la crítica que Andrew Tettenborn hace de la doctrina de la previsibilidad referida a cada contratante y su aportación de la *instrumental promises theory*: el deudor «responde en la medida en que su incumplimiento priva al acreedor del beneficio que debía proporcionarle el contrato, el beneficio o beneficios comprendidos en la promesa incumplida» (p. 141; pp. 137-141); también se refiere a Gordley, autor cuya crítica se funda «en el postulado de la “proporcionalidad” que debe existir en el contrato entre la cuantía de los daños indemnizables y la contraprestación recibida por el obligado» (p. 141, pp. 141-142); por último, expone la sentencia *Transfield Shipping Inc. v. Mercator Shipping Inc. (2008)* en la que Lord Hoffman «asienta la responsabilidad contractual en el propósito de las partes. Lo dice así: / “Me parece razonable fundar la responsabilidad por daños en el propósito de las partes (determinado objetivamente), porque toda responsabilidad contractual es asumida voluntariamente. En principio ha de considerarse equivocado, hacer responsable a alguien por riesgos que no es razonable considerar asumidos por quienes celebran ese tipo de contrato, en su concreto mercado”. / La opinión de Lord Hoffman sitúa, pues, la regla de la previsibilidad en el contrato; en la interpretación del concreto contrato, practicada con la objetividad con la que lo hace el *Common Law*» (p. 144; vid. desde la p. 143).

Sobre la sentencia *Transfield Shipping Inc.* y su impacto en el Derecho inglés, vid. GREGORACI FERNÁNDEZ [ADC (2011) pp. 148-155; sobre la interpretación tradicional de la previsibilidad: pp. 128-140]. Sobre la interpretación moderna, la autora señala: «Pues bien, puede afirmarse que la doctrina moderna de la *remoteness rule* se construye sobre dos pilares básicos: (1) la demostración de que la interpretación tradicional, basada en la previsibilidad del daño, no explica adecuadamente por qué en determinados casos un daño es indemnizable y en otros no; en síntesis, se pone de manifiesto la “imprevisibilidad de la regla de la previsibilidad”; (2) el contrato como instrumento de individualización del daño indemnizable» [ADC (2011) p. 141; desarrolla la interpretación moderna en pp. 141-147]. GREGORACI FERNÁNDEZ analiza esta sentencia (conocida como el caso *Achilleas*) destacando la reticencia mayor o menor de los autores a aceptar su doctrina; «[e]n la 30th edición de *Chitty On Contracts* no se critica tan duramente la nueva interpretación de la *remoteness rule*; sin embargo, se apunta la conveniencia de que su aplicación se limite únicamente a aquellos casos en los que, como en el *Anchilleas*, las circunstancias especia-

Frente al momento de la celebración del contrato del artículo 1208 PC, el artículo 1107.I CC fija la previsibilidad (fin de protección del contrato)⁴⁰⁵ «en el momento de constituirse la obligación», expresión ésta que ha permitido defender su aplicación *a la obligación distinta de la contractual* (a la legal), siendo ello objeto de crítica⁴⁰⁶. Como he adelantado, el artículo 1208 segunda proposición PC precisa con claridad que su campo de actuación es la obligación contractual (expreso pronunciamiento legal).

[i] Antes de seguir con la disección del artículo 1208 segunda proposición PC, es oportuno conocer algunas de las consideraciones que sobre la regla de la previsibilidad del artículo 1107.I CC han realizado Pantaleón Prieto, Carrasco Perera y Morales Moreno.

[ii] Pantaleón Prieto (en 1991) señala que la previsibilidad del daño es la manifestación típica, en la responsabilidad contractual, del criterio de imputación objetiva del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad, aceptado que la norma es el contrato mismo, ley entre las partes⁴⁰⁷ (fin de protección del contrato).

Afirma que la explicación jurídico-económica de que el fin de protección del contrato limite la reparación al daño previsto o previsible al tiempo de contratar, se debe a que la decisión de contratar «descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido que el contratante que resulte incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento»⁴⁰⁸. La explicación jurídica-económica impone completar el tenor de la norma de la previsibilidad para los casos en que, por circunstancias especiales, no basta la previsibilidad al tiempo de contratar de que se producirá tal resultado, sino que es preciso «además, que la información sobre las circunstancias especiales le haya sido proporcionada *precisamente por la otra parte, y de tal modo que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, hubiesen considerado asumido, salvo inmedia-*

les así lo justifiquen» [ADC (2011) p. 154], lo que así se hace en la sentencia *Shipping Co Ltd v. Progress Bilk Carriers Ltd* [ADC (2011) p. 154]. Vuelve la autora sobre en el caso *Achilleas*: GREGORACI FERNÁNDEZ (2011) pp. 295-311, en particular pp. 309-311.

⁴⁰⁵ Vid. MORALES MORENO (2010) pp. 93-96; sobre la aplicación en el Derecho alemán de la doctrina del fin de protección del contrato las pp. 150-153.

⁴⁰⁶ Vid. PANTALEÓN PRIETO, quien habla de reducción teleológica del artículo 1107.I CC; ADC (1991) pp. 1019-1020, 1030-1032.

⁴⁰⁷ PANTALEÓN PRIETO, ADC (1991) p. 1026.

⁴⁰⁸ PANTALEÓN PRIETO, ADC (1991) p. 1027, *vid.* hasta p. 1028.

ta protesta, el correspondiente riesgo de daños» (cursiva del autor)⁴⁰⁹.

El test de la previsibilidad del artículo 1107.I PC no se aplica al deudor que incumple dolosamente (art. 1107.II PC)⁴¹⁰.

[iii] Según Carrasco Perera (en 2010):

«La regla de previsibilidad es a la vez un estándar empírico y normativo. Es decisivo lo que en efecto el deudor previó al tiempo del contrato, pero también lo que no previó y debió haber previsto como consecuencia probable de su incumplimiento. Conforme al artículo 1107, la previsibilidad es de los daños, no de la conexión causal adecuada entre éstos y el incumplimiento, ni tampoco se precisa una previsibilidad del propio incumplimiento. Es decir, la regla de previsibilidad del artículo 1107 CC no presupone que entre el incumplimiento y los daños exista una conexión adecuada, pues la adecuación causal no es el objeto de la previsibilidad a que se refiere el artículo 1107 CC. También es previsto o previsible un daño, si se contempló su razonable posibilidad de resultados del incumplimiento, pero no se contempló como razonable la posibilidad de tal incumplimiento»⁴¹¹.

⁴⁰⁹ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1029. Continúa el texto: «Lo que, sensatamente, habrá que entender que no es el caso, cuando se constata que lo que le habría costado al incumplidor administrar el riesgo cuya realización ha causado los daños de cuya indemnización se trata, es una cuantía sensiblemente más elevada que la del beneficio que esperaba obtener del contrato incumplido» [*op. cit.* 1029]. *Vid.* MORALES MORENO (2010) pp. 167-168 en conexión con pp. 163-165.

⁴¹⁰ Indica PANTALEÓN PRIETO que no procede la aplicación de la regla de la previsibilidad al deudor doloso, pues su incumplimiento depende de la voluntad del deudor y puede hacer un segundo cálculo de costes y beneficios para decidir incumplir (el primer cálculo fue a la hora de decidir qué y cómo contrataba). Si el criterio de imputación objetiva del fin de protección del contrato se aplicase al incumplimiento contractual doloso, se permitiría que este deudor hiciese un segundo cálculo «estimando como coste la misma cuantía indemnizatoria –igual al daño previsible al tiempo de la celebración del contrato– que utilizó, o debió razonablemente utilizar cuando realizó el cálculo de costes-beneficios que fundamentó su decisión de contratar. Lo que, jurídico-económicamente, no tendría buen sentido. Pues, si resulta que aquella cuantía es menor que la de los daños previstos o previsibles al tiempo de tomar la decisión de cumplir o no, y los beneficios previsibles del incumplimiento para la parte que se plantea incumplir alcanzan una cantidad situada entre una y otra cuantía de daños, el incumplimiento doloso tendrá lugar, pese a ser, como en este caso, económicamente ineficiente» [*ADC* (1991) pp. 1032-1033. De esta explicación deduce que el artículo 1107.II CC sólo se refiere al incumplimiento doloso en sentido estricto (consciente y voluntario), no incluyendo la culpa lata del deudor [*op. cit.* p. 1034]. Advierte de la aplicación del artículo 1107.II CC al dolo en la formación del contrato y al dolo en el cumplimiento del contrato [*op. cit.* pp. 1034-1036; *vid.* CARRASCO PERERA, «Artículo 1107 CC» (1989) núm. 1 en p. 748].

⁴¹¹ CARRASCO PERERA (2010) núm. 3, p. 1242. El texto continúa: «La previsibilidad se determina respecto del día en que se constituye la obligación, no a la fecha del incumplimiento, pues conforme a la tradición del *Ius Commune* que se halla a la base del artículo 1107 CC, se trata de una previsibilidad que comporta *asunción del riesgo* por parte del deudor, es decir, de un juicio hipotético sobre la magnitud del riesgo de daños del acreedor que el deudor estaba dispuesto a la fecha del contrato. Pero esto no quiere decir que nuestra norma imponga un requisito suplementario, de manera que no baste que el daño haya sido “previsto” o “conocido” o “contemplado” con anterioridad, sino que se exigiera, además, que se acreditara una asunción tácita por el deudor de los costes de este riesgo o que tuviera la posibilidad de incorporar al precio del contrato este riesgo especial

[iv] Morales Moreno (en 2010) finaliza su estudio histórico y de Derecho comparado de los daños de que responde el deudor contractual, con unas consideraciones finales, de las que interesa esta que sigue. Indica que la doctrina de Pothier de la previsibilidad al tiempo de contratar ha influido en el *Code civil* y en los códigos influidos por este, y en el *Common Law*. «En ambos círculos se sigue invocando el «tópico» de la previsibilidad, bajo la autoridad de Pothier. Pero la idea de previsibilidad ha evolucionado y tiene hoy dos significados: a) Uno, el que le atribuyera Pothier, conectado al pacto. b) Otro, el que ha llegado a tener en la evolución del *Common Law*, que imputa al deudor los daños que, al tiempo de contratar, conociera o pudiera conocer que sufriría el acreedor en caso de incumplimiento del contrato. En este caso la previsión o previsibilidad unilateral de cada contratante determina el riesgo que le es atribuido»⁴¹².

Sobre la previsibilidad del artículo 1107.I CC (entiende que el artículo 1107.I CC contiene una norma, no dos), «se refiere (...) al fin de protección del contrato, entendido conforme a la doctrina de Pothier». Señala que el artículo 1107.I CC es «una norma puramente enunciativa. Nos remite al contrato (a lo previsto en el contrato), adecuadamente interpretado, para determinar los daños indemnizables en caso de incumplimiento. La función del artículo 1107.I no sería otra que la de establecer que el fin de protección del contrato lo determina, primariamente, la autonomía de la voluntad»⁴¹³.

La «daños previstos» del artículo 1107.I CC «no son los que prevé, unilateralmente, el deudor al tiempo de contratar, como posible consecuencia del incumplimiento», sino que equivale a «daños previstos en el contrato»⁴¹⁴. No es normal que en el contrato se prevea de modo expreso los daños indemnizables en caso de incumplimiento, y para determinarlo se emplea «el instrumento jurídico de la interpretación del contrato» pudiendo reconstruirse «(reconstruye el juez) el contenido del mismo, más allá de los contenidos directamente expresados en él, aunque en armonía con ellos»⁴¹⁵.

La otra expresión de los «daños que se hayan podido prever al tiempo de contratar» del artículo 1107.I CC «[n]o significa que la previsibilidad del daño lo haga directamente imputable»⁴¹⁶. «Hay daños que, aun pudiendo considerarse comprendidos en el fin de protección típico del contrato celebrado (venta, arrendamiento, contrato de obra), no son imputables al deudor, porque, en concreto, no eran previsibles para él en el momento de contratar»⁴¹⁷. «A menudo, la falta de previsibilidad del daño proviene de que el

que le resulta conocido; no es así, y no importa que el deudor pruebe que de hecho no asumió el riesgo de aquella pérdida. (...)» (*op. cit.* pp. 1242-1243]. *Vid.*, además, del mismo autor: «Artículo 1107 CC» (1989), núm. 4, pp. 740-741.

⁴¹² MORALES MORENO (2010) p. 156.

⁴¹³ MORALES MORENO (2010) p. 164; *vid.* hasta p. 165.

⁴¹⁴ MORALES MORENO (2010) p. 167.

⁴¹⁵ MORALES MORENO (2010) pp. 167-168.

⁴¹⁶ MORALES MORENO (2010) p. 168.

⁴¹⁷ MORALES MORENO (2010) p. 168.

acreedor no informó al deudor, al contratar, de las circunstancias particulares que podía originarlo»⁴¹⁸.

En la construcción del contenido del contrato (de su fin de protección) mediante la interpretación⁴¹⁹, Morales Moreno indica que «[n]o siempre vamos a encontrar en los hechos probados materiales interpretativos concretos», y se acudirá a los criterios objetivos de interpretación⁴²⁰ como: el tipo contractual utilizado⁴²¹, el significado del precio o contraprestación⁴²² y los usos del tráfico (interpretación integradora, arts. 1287, 1258 CC)⁴²³.

En un trabajo posterior (2011), Morales Moreno aplica su construcción de la previsibilidad, al artículo 1585.I del Código civil chileno⁴²⁴.

b.3) El artículo 1107.I CC dispone, al menos formalmente, dos normas, lo que se justifica en el empleo de la conjunción «y», y cuyos orígenes son conocidos. La cuestión es si *efectivamente* nos encontramos ante dos normas o ante una. ¿Cómo se interpreta el artículo 1107.I CC? Conviene recordar brevemente los orígenes de cada una de las expresiones que conforman el artículo 1107.I CC.

⁴¹⁸ MORALES MORENO (2010) p. 168.

⁴¹⁹ De la lectura global del trabajo de MORALES MORENO (2010) se desprende que cuando se habla del fin de protección de la norma, ello puede hacerse en dos sentidos distintos, lo cual depende del tipo de norma infringida a la que se haga referencia. Hay dos tipos de normas: unas se integran por las normas que definen (configuran, tipifican) un derecho que debe ser respetado y cuya lesión pueda dar lugar a la indemnización de daños; las otras, son normas que imponen una determinada conducta, a fin de prevenir o evitar un daño. Cuando este autor se refiere al «fin de protección del contrato» lo hace con el primer significado (o tipo de norma). Considera la norma (regla) que configura o delimita el interés del acreedor protegido; interés que debe ser indemnizado en caso de incumplimiento del contrato. No plantea, propiamente, un problema de causalidad jurídica.

⁴²⁰ MORALES MORENO (2010) p. 169.

⁴²¹ MORALES MORENO: «El tipo contractual utilizado nos ofrece un medio para construir, de modo objetivo, el fin de protección del contrato (los daños imputables). El tipo representa un modelo abstracto (general) de contrato. La utilización de un tipo indica la voluntad de las partes de contratar bajo ese modelo» [(2010) p. 170].

⁴²² MORALES MORENO: «Tratándose de bienes con precio de mercado, el hecho de que en el contrato se haya fijado el precio vigente en el mismo es indicio de que los contratantes han querido celebrar un contrato conforme al modelo considerado en el mercado, asumiendo los riesgos que normalmente se incluyen en ese precio. Un precio superior al del mercado puede ser indicio de que se han asumido mayores riesgos. El juez tendrá que valorarlo. Habrá que tener en cuenta en qué medida ese mayor precio se debe a que el contrato imputa mayores riesgos o a otras razones; en definitiva, si el precio cobrado justifica o no la imputación del riesgo» [(2010) p. 171].

⁴²³ MORALES MORENO: «La utilización de los usos del tráfico en esa tarea interpretativa e integradora del contrato no supone la aplicación de una norma ajena a la autonomía de la voluntad (costumbre: derecho dispositivo), sino una regla atraída por la autonomía de la voluntad, en conexión con ella, fundamentada en ella» [(2010) p. 172].

⁴²⁴ MORALES MORENO (2011) pp. 286-292. Artículo 1558 Código civil chileno: «Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento./ La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios./ Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas».

b.3.1) *La regla de la previsibilidad* del daño del artículo 1107.I PC proviene de Pothier⁴²⁵ y llega a nosotros través del artículo 1150 *Code civil*: «Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée» (cfr. art. 1225 CC ital. 1942)⁴²⁶. El artículo 1124.I del Anteproyecto de Código civil 1882-1888 disponía: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son aquellos que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación». Sobre cómo se ha entendido el test de la previsibilidad del artículo 1107.I CC acabo de dar cuenta [en b.2)] y a ello me remito.

La otra norma del artículo 1107.I PC es, que el daño sea consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, y tiene origen en el artículo 1016.I PCC 1851⁴²⁷. Esa frase sustituye –afirma García Goyena– a la de «los [daños] que han sido previstos o podido preverse» del artículo 1150 *Code civil*⁴²⁸. Se ha señalado que esa expresión del artículo 1016 PCC 1851 engarza con el artículo 1151 *Code civil*, según el cual «[d]ans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention» (cfr. art. 1223 CC ital. 1942⁴²⁹)⁴³⁰.

⁴²⁵ Sobre la doctrina de Pothier, *vid.* MORALES MORENO (2010) pp. 112-122; PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) pp. 1075-1078, 1085-1086.

⁴²⁶ Para el análisis histórico (Derecho romano, Glosadores y Comentaristas, la doctrina Iusnaturaista y la doctrina de Pothier: pp. 97-122) y de Derecho comparado actual (Código civil francés, *Commom Law*, Código civil alemán y CISG: pp. 154) del daño contractual (lucro cesante) que el deudor ha de indemnizar: MORALES MORENO (2010), *vid.* también pp. 96, 112; *vid.* CARRASCO PERERA, «Artículo 1107 CC» (1989) pp. 710-720, núm. 3 en p. 740. Artículo 1225 CC ital. 1942: «Prevedibilità del danno.–Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione».

⁴²⁷ Artículo 1016 PCC 1851: «En el resarcimiento de los daños o perjuicios, sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato./ (...)».

⁴²⁸ GARCÍA GOYENA explica la razón del cambio: «La dificultad de estimar el cuánto de daño está íntimamente enlazada con la de fijar los límites de la responsabilidad; las palabras del artículo francés para el caso de no haber dolo, no dan una idea clara: ¿qué es lo que se previó ó pudo preverse? Cada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera./ En el nuestro se hayan reemplazadas por las de *consecuencia inmediata y necesaria*» (se refiere, asimismo, a D. 19.1.21.2 y D. 18.7.19) [(1852) pp. 543-544].

⁴²⁹ Artículo 1223 CC ital. 1942: «Risarcimento del danno.–Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta».

⁴³⁰ MORALES MORENO (2010) p. 160; PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1088. Más allá, GARCÍA GOYENA también indica que se aparta del artículo 1151 *Code civil* en relación con el artículo 1016.II PCC 1851: «En caso de dolo, se extenderá la indemnización á los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él». Según GARCÍA GOYENA: «*En caso de dolo*. En este segundo párrafo nos apartamos también del artículo 1151 Frances, y damos mayor estension que él á la responsabilidad: la citada ley del Código [C. 7.47] no ponía tasa ó coto á ella en los delitos./ Bastará, pues, que el daño haya sido conocidamente

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 1107.I CC recogería una norma conformada por dos expresiones. Así lo entiende, por ejemplo, Morales Moreno, con referencia a García-Ripoll autor que llega a la misma conclusión⁴³¹. Sin embargo, conociendo todo lo anterior y como adelanté, es habitual entender que el artículo 1107.I CC contiene dos normas, por lo que ha de atribuirse un significado a la «consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento»⁴³². Según Pantaleón Prieto, «el más sensato contenido que cabe» darle es referirlo a los criterios de imputación objetiva [indicados *supra* en letra a); problemas de causalidad y no de determinación de los daños indemnizables]⁴³³. Por su parte, Carrasco Perera, en relación con los daños no resarcibles por el incumplidor de buena fe, se refiere a los criterios de la función protectora de la regla (infringida) y del riesgo típico relacionándolos con la «consecuencia necesaria» del artículo 1107.I⁴³⁴, y al criterio de la

ocasionado por el dolo, y que sin este no habria tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata é inevitable: (...)» [(1852) p. 544].

⁴³¹ «(...) la exigencia de dos requisitos no parece justificada, ya que el segundo de ellos (“consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento”) no podría considerarse específico de la responsabilidad contractual no dolosa, y, en buena medida, tiene más campo de operatividad en la responsabilidad extracontractual que en la contractual. Por eso creo que tiene razón García-Ripoll al afirmar que «los daños “previstos o que se hayan podido prevenir al tiempo de constituirse la obligación” y los que “son consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento” son una y la misma cosa; con independencia de la razón que le lleve a sostener esto. Entender que el artículo 1107.I contiene dos reglas de imputación plantea serios problemas a la hora de establecer el verdadero alcance jurídico de una y otra./ El estudio de los antecedentes próximos del artículo 1107.I pone de manifiesto que las dos fórmulas empleadas en él se refieren al mismo requisito, expresado de dos maneras diferentes. Esta redacción es una muestra más de una técnica sin duda defectuosa, utilizada a veces por los redactores del Código civil. La misma repetición la encontramos, por ejemplo, en el artículo 1266, al definir el concepto de error» [MORALES MORENO (2010) pp. 159-160; *vid.* desde p. 158; además hasta p. 163]. García Goyena «no pretende referirse a la proximidad del curso causal, sino expresar la exigencia de conexión entre (el fin de protección) del contrato y el daño» [*op. cit.* p. 162].

⁴³² CARRASCO PERERA (2010) núm. 1, pp. 1241-1242, núms. 3-4 pp. 1242-1244.

⁴³³ Señalando «que debe emparentarse con el que los daños han de ser “consecuencia inmediata y directa” del incumplimiento, de los artículos 1151 CC francés y 1223 CC italiano»; por ello considera que la citada frase del artículo 1107.I CC se aplica a la responsabilidad contractual no dolosa y a la responsabilidad contractual dolosa (criterios de imputación objetiva) [PANTALEÓN PRIETO *ADC* (1991) p. 1037; *vid.* p. 1088 y *supra* letra a)]; por ello también afirma, «que el tenor del artículo 1107.II CC únicamente pretende dejar claro que el límite de la previsibilidad del daño al tiempo de constituirse la obligación no juega en favor del deudor doloso» (*op. cit.* p. 1037). *Vid.* CARRASCO PERERA, «Artículo 1107 CC» (1989) núm. 6 en pp. 741-742.

⁴³⁴ CARRASCO PERERA: «Diremos que “consecuencia necesaria” de un incumplimiento imputable al deudor es el daño o la serie concreta de sucesos dañosos que constituyen la realización típica del riesgo creado por la conducta ilícita en que consiste la falta de cumplimiento. Tratándose de Derecho de contratos es la propia obligación contractual la que realiza esta selección de riesgos, mediante el expediente de delimitar cuáles son los intereses del acreedor que ha de salvaguardar el deudor en su actividad de prestación. La regla se formula en este ámbito de la siguiente forma. No es resarcible el daño a un interés del acreedor cuando la tutela o preservación de este interés especialmente lesionado no era objeto de protección del contrato, de la cláusula o de la norma que se dicen incumplidos por el deudor, y fuente de la cadena de daños resarcibles. El daño que no es realización del

adecuación causal en relación con los «necesariamente» y «conocidamente» del artículo 1107 CC⁴³⁵; este autor desenvuelve, asimismo, los criterios de la irrupción dolosa de tercero⁴³⁶, de la conducta alternativa lícita del deudor⁴³⁷, del no incremento del riesgo y la regla para el *casus mixtus*⁴³⁸, de las causas hipotéticas del daño⁴³⁹, además de otras limitaciones a la indemnización del daño⁴⁴⁰. Finalmente, Luis Díez-Picazo se refiere a la regla de la previsibilidad del daño del artículo 1107.I CC, indicando que «ello no quiere decir que por el hecho de que los daños fueran previstos o previsibles en el momento de contratar, la responsabilidad se extienda necesariamente a ellos, pues habrá de aplicar en todo caso los criterios de imputación objetiva anteriormente mencionados»⁴⁴¹.

b.3.2) A diferencia del artículo 1107.I CC, el artículo 1208 PC no emplea la conjunción «y», sino que une la previsibilidad del daño con la consecuencia de la falta de cumplimiento mediante un «como». Esto se lleva a cabo en la *Propuesta civil*, conocido el origen de las expresiones del artículo 1107.I CC y en un momento en que se ha extendido el conocimiento del *Common Law* sobre las reglas que determinan los daños contractuales indemnizables.

b.4) En conclusión, el artículo 1208 segunda norma PC supera las distintas interpretaciones existentes sobre el artículo 1107.I CC y adopta una regla próxima a la regla tradicional del *Common Law*

riesgo típico de la conducta incumplidora es un daño que no corresponde a la función protectora de la regla que aquel incumplimiento conculca, de modo que la producción del daño real no habrá sido incrementada en su probabilidad por el incumplimiento» [(2010), núm. 9, pp. 1248-1249].

⁴³⁵ CARRASCO PERERA: «(...) el criterio de la adecuación causal puede funcionar como un estándar autónomo de limitación de los daños resarcibles. Se sustenta en las locuciones “necesariamente” y “conocidamente” del artículo 1107 CC, y, como regla, no discrimina según se trate de deudor doloso o culposo. (...)» [(20110) núm. 13 p. 1252, *vid.* hasta p. 1253].

⁴³⁶ CARRASCO PERERA (2010) núm. 14, p. 1253.

⁴³⁷ CARRASCO PERERA (2010) núm. 15, pp. 1253-1254.

⁴³⁸ CARRASCO PERERA (2010) núm. 16, p. 1255.

⁴³⁹ CARRASCO PERERA (2010) núm. 17, pp. 1255-1257.

⁴⁴⁰ CARRASCO PERERA (2010) núms. 18-20, pp. 1257-1259.

⁴⁴¹ Tras exponer el caso *Hadley v. Baxendale* (*vid. supra* nota 404) Luis Díez-PICAZO señala: «El artículo 1107 establece una previsión o una contemplación por ambas partes de unos posibles daños que sean consecuencia del incumplimiento, que, además, quedan referidos al momento de la celebración del contrato (“al tiempo de constituirse la obligación”) y no por tanto al momento de llevarse a cabo el incumplimiento. La previsión o la previsibilidad exige una información o conocimiento por ambas partes de los riesgos que el contrato entraña, pero exige también, de manera expresa o implícita, un cierto sistema de distribución de tales riesgos, de manera que la contemplación de éstos o la contemplación de que la finalidad de la prestación, como causa concreta, en la esfera del acreedor, constituye causa concreta del contrato o motivo determinante de él./ No puede llegarse a la conclusión de que la falta de previsión en el momento contractual excluya la indemnización de los daños imprevistos o imprevisibles, (...)» [a continuación viene el texto transcrito en texto] [*Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 787].

sobre los daños indemnizables, regla que aplica al deudor no doloso. Sobre los criterios de imputación objetiva, el artículo 1208 primera norma PC los refiere, sin más, al deudor⁴⁴².

c) La *Propuesta civil* no contiene una norma como la del artículo 1103 *in fine* CC. En relación con el test de la previsibilidad se ha planteado si sólo ha de referirse a la determinación del daño indemnizable y no a su cuantía, o si incluye ambos (si incluye al daño desmesurado en comparación con el previsible en el momento de contratar). En el Código civil, el artículo 1103 *in fine* se refiere al daño desmesurado: si el incumplimiento no es doloso, el Juez puede moderar⁴⁴³. Por tanto, la previsibilidad del artículo 1107.I CC sólo se refiere a los tipos de daño⁴⁴⁴. Sin embargo, el artículo 1103 *in fine* CC se ha interpretado y aplicado de otra manera, y ante el riesgo de que triunfe «la línea doctrinal y jurisprudencial que interpreta el inciso final del artículo 1103 CC en el sentido de que nuestros Tribunales gozan de una general facultad de moderar equitativamente las cuantías indemnizatorias (...)», Pantaleón Prieto cree «aconsejable suprimir aquel inciso»⁴⁴⁵. Añade, en su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, que ha de dejarse claro que no sólo la imprevisibilidad del tipo de daño en el momento de contratar, sino también su dimensión cuantitativa, «podrá servir para limitar la indemnización conforme al criterio básico de imputación objetiva del daño contractual» del artículo 1107.I primer inciso CC⁴⁴⁶.

⁴⁴² En relación con «la consecuencia necesaria» del artículo 1107.I CC y también con el artículo 1208 PC, SERRA DOMÍNGUEZ opina: «Es mayoritaria la opinión doctrinal de que con la expresión “consecuencia necesaria” el legislador no está exigiendo la constatación de una mera relación de causalidad material entre el daño y el incumplimiento, sino que contiene un criterio de imputación objetiva para delimitar cuáles de los daños ocasionados por el deudor son definitivamente puestos a cargo de éste. Esto es, con esta expresión no se está ampliando la responsabilidad del deudor, sino restringiéndola respecto a las ulteriores consecuencias dañosas del incumplimiento. Así, también se desprende a mi juicio, del tenor del artículo 1208 de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, que sustituye las equívocas expresiones del artículo 1107 CC sobre los daños “que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento” (parr. primero) y los daños “que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento” (parr. segundo) por la única “daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento”» [(2011) pp. 2497-2498; *vid.* p. 2501].

⁴⁴³ La facultad de moderación judicial de la responsabilidad contractual no dolosa aparece por primera vez en el Anteproyecto de 1882-1888: PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1079; SOLER PRESAS (1998) pp. 57-59.

⁴⁴⁴ PANTALEÓN PRIETO, quien informa del Derecho francés e inglés [*ADC* (1991) pp. 1037-1038]; *vid.* CARRASCO PERERA, «Artículo 1107 CC» (1989) núm. 13 en pp. 745-746.

⁴⁴⁵ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1742. Tampoco los Principios UNIDROIT recogen norma similar a la del artículo 1103 *in fine* CC: *vid.* Comentario 1 del artículo 7.4.2 Principios UNIDROIT, Principios UNIDROIT (2004) p. 242.

⁴⁴⁶ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1742.

[i] Artículo 74 segunda regla CISG:

«(...). Esta indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato»⁴⁴⁷.

[ii] Artículo 7.4.4 Principios UNIDROIT:

«(Previsibilidad del daño)

La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.»

a) En el Comentario del artículo se destaca que la norma se corresponde con el artículo 74 CISG. Se advierte que la norma no recoge la no aplicación de la regla de la previsibilidad de los daños para el deudor que incumple con dolo o culpa grave que algunos ordenamientos tienen (cfr. art. 1107.II CC). La previsibilidad del daño se refiere a su naturaleza «y no a su amplitud, a menos que ésta sea tal que transforme un perjuicio por otro de naturaleza diferente»⁴⁴⁸. La previsibilidad se fija en el momento de la celebración del contrato y respecto al incumplidor. Ha de identificarse «lo que pudo razonablemente prever una persona normalmente diligente como consecuencia del incumplimiento en el curso ordinario de las cosas y conforme a las circunstancias peculiares del contrato, tales como la información revelada por las partes o los negocios previos que hayan celebrado»⁴⁴⁹.

[iii] Artículo 9:503 PECL:

«Foreseeability

The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent». Cfr. artículo III.-3:703 DCFR.

a) A diferencia de la CISG y de los Principios UNIDROIT, en los PECL la regla de la previsibilidad del daño no se aplica al incumplimiento que fue intencional o gravemente negligente. En estos incumplimientos se responde de todo el daño incluso del imprevisible⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Sobre la previsibilidad de la CISG: VIDAL OLIVARES (2005) pp. 146-151; y con carácter general sobre la regla de la previsibilidad, *op. cit.*, pp. 144-146. CARRASCO PERERA: «Frente a la regla española interna [art. 1107 CC], finalmente, el convenio [CISG] limita la previsibilidad a la parte contractual que incumple, y no concede importancia a lo que pudiera haber sido la contemplación *común* de ambas partes al tiempo del contrato» [(2010) núm. 2, p. 1242].

⁴⁴⁸ Principios UNIDROIT (2004) p. 246.

⁴⁴⁹ Todo lo anterior en Principios UNIDROIT (2004) pp. 246-247.

⁴⁵⁰ *Comment B* del artículo 9:503 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 442.

[130] *Propuesta mercantil*.—El artículo 65.1 PM dispone:

«1. 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.»

[131] Para el Código civil, puede considerarse que la idea de la reparación íntegra del daño⁴⁵¹ puede apoyarse en el artículo 1106 CC (daño emergente y lucro cesante) precepto que termina, «*salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes*». El artículo 1107.I CC recoge para el deudor no doloso la regla de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar y la consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, esta última frase interpretada de distintas maneras (expuesto con anterioridad); para el deudor doloso, el «*todos*» del artículo 1107.II CC se ha reinterpretado con el fin de acotar la cadena de daños indemnizables por el deudor (también expuesto con anterioridad). La idea de que los daños derivados del incumplimiento contractual deben repararse íntegramente, opera dentro de la previa selección de daños indemnizables según el Código civil. En la *Propuesta civil*, el artículo 1207.I prescribe la reparación del daño emergente y del lucro cesante, y el artículo 1208 PC se refiere a la imputación objetiva y la regla de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar.

Frente al Código civil y a la *Propuesta civil*, el artículo 65.1 PM señala expresamente que la reparación de los daños ha de ser íntegra y, según el artículo 65.2 PM, la indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante, para cuyo cálculo puede, en el concreto caso, tener que descontarse ciertas partidas. La *Propuesta mercantil* no se refiere de modo expreso a los criterios de imputación objetiva, ni a la regla de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar. El tenor del artículo 65, 1 y 2, PM es próximo al del artículo 7.4.2 (1) Principios UNIDROIT, si bien en éste se habla de «daño causado por el incumplimiento» y en aquél (65.1) de daños «derivados del incumplimiento». En el Comentario 1 del artículo 7.4.2 Principios UNIDROIT se indica que su apartado (1) «reafirma además la necesidad de una relación causal entre el incumplimiento y el daño»⁴⁵². Y en el Comentario 3 del artículo 7.4.4 Principios UNIDROIT se señala: «[a]unque esta naturaleza del perjuicio causado no se encuentre regulada expresamente en los

⁴⁵¹ MORALES MORENO señala entre «las aportaciones básicas de la doctrina “iusnaturalista”, la de que [p]ostula, igualmente, la indemnización integral del daño./ Esta última exigencia, que contrasta con las restricciones del Derecho romano, abre nuevas posibilidades a la indemnización del lucro cesante» [(2010) pp. 109, 110, *vid.* pp. 109-111].

⁴⁵² Principios UNIDROIT (2004) p. 241.

Principios, queda implícita en el artículo 7.4.2 (1), que se refiere al daño resarcible como aquél “derivado del incumplimiento”, lo que presupone un nexo causal suficiente entre el incumplimiento y el daño sufrido. Si el daño es demasiado indirecto, es muy probable que también sea incierto e imprevisible»⁴⁵³.

Creo que es más completa la regulación de la *Propuesta civil*, que la de la *Propuesta mercantil*.

8.4 LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA: EL INCUMPLIMIENTO INEXCUSABLE (Y EL EXCUSABLE) A EFECTOS DEL REMEDIO DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

[132] Se ocupa de ello la *Propuesta civil* (art. 1209 PC). La *Propuesta mercantil* contiene alguna norma al respecto (arts. 62.2, 65.1 *in fine* PM).

[133] En virtud del artículo 1209 PC:

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

1.º Que el incumplimiento 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 daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código»⁴⁵⁴.

[134] Sobre el párrafo I del artículo 1209 PC:

a) En el diseño legal del remedio de la indemnización de daños por el incumplimiento contractual es clave la decisión de si se da preferencia a un sistema basado en la culpa (responsabilidad

⁴⁵³ Principios UNIDROIT (2004) p. 246. Para el artículo 74 primera regla CISG: *vid.* PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 74 CISG» (1998) pp. 591, 603-604.

⁴⁵⁴ Cfr. SALVADOR CODERCH, «Artículo 79 CISG» (1998) pp. 635-656.

subjetiva) o preferencia a un sistema que opere al margen de la culpa (responsabilidad objetiva)⁴⁵⁵ o si se acogen ambos criterios operando a nivel de igualdad.

b) El Código civil acoge con carácter general y en el artículo 1101 un sistema de responsabilidad subjetiva: se responde por culpa y por dolo. Por su parte, el artículo 1105 CC dispone cuándo el deudor no responde del incumplimiento: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»⁴⁵⁶. El artículo 1105 CC no alude expresamente a la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor. Sobre tal distinción es interesante la conocida STS, 1.ª, 30 de septiembre de 1983 (primera sentencia; Pte. Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena y López; Aranzadi RJ 4688) en la que se expone la tesis subjetiva y la objetiva y en la que se discutía sobre si hubo fuerza mayor. El Tribunal Supremo entiende que sí y dicta segunda sentencia⁴⁵⁷.

[i] STS, 1.ª, 30 de septiembre de 1983 (primera sentencia):

«Que en orden a la apreciación de la fuerza mayor en el ámbito jurídico, es de tener en cuenta que, aunque en el terreno doctrinal es opinión dominante, con proyección al campo jurisprudencial, la que viene a identificar las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor, algún otro sector de la doctrina civilista entiende, que exis-

⁴⁵⁵ Señala PANTALEÓN PRIETO que la indemnización de daños requiere que el acreedor tenga daños objetivamente imputables al incumplimiento y que éste sea subjetivamente imputable al deudor (puestos a cargo de éste) de conformidad con lo pactado o deducible del contrato o, supletoriamente, según lo que disponga el legislador en las reglas especiales o en las generales de los artículos 1102 a 1105 CC [ADC (1991) p. 1043]. En nota 55 (*op. cit.* p. 1043) afirma: «Espero que no será necesario insistir en que “imputación objetiva” no tiene nada que ver con “responsabilidad objetiva”, ni “imputación subjetiva” es igual a “responsabilidad subjetiva”: la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor puede fundarse en criterios diferentes de la culpa-negligencia, como lo prueba, por ejemplo, en la generalidad de los ordenamientos el régimen de la responsabilidad por los hechos de los auxiliares en el cumplimiento».

⁴⁵⁶ Sobre la tipología de casos fortuitos: *vid.* CARRASCO PERERA (2010) núms. 28-34, pp. 998-1006. Para las «disfunciones, defectos, averías en el sistema productivo», CARRASCO PERERA indica: «Cuanto más complejo es el hecho o conducta en que consiste el cumplimiento, mayor será la probabilidad de que el sistema productivo del deudor se vea afectado por contingencias internas a este sistema (“averías”) que impidan, retrasen o alteren el calendario o el volumen de los compromisos. Las averías nunca constituyen casos fortuitos, porque no son “sucesos” individualizables que advienen externamente al programa de cumplimiento. Las contingencias que tienen lugar en el interior del sistema productivo diseñado empresarialmente por el deudor para atender al cumplimiento de sus obligaciones ordinarias no son sucesos externos imprevisibles, sino riesgo natural de este sistema, y, por ende, deben ser asumidas por el deudor como coste necesario de su organización productiva. (...)» [(2010) núm. 30, p. 1000].

⁴⁵⁷ En síntesis, se discutía si hubo o no fuerza mayor, pues, de acuerdo con la normativa aplicable al caso, si no se usa la marca durante cinco años consecutivos, la misma caduca, salvo que el no uso se deba a fuerza mayor. En el caso se discutía sobre una marca de un periódico.

ten diferencias entre uno y otra, consistentes en que los casos de fuerza mayor no sólo son imprevisibles, sino además inevitables o irresistibles (*vis cui resisti no potest*), manteniendo teorías subjetiva y objetiva, apreciando la primera, que mientras el caso fortuito es el acontecimiento que no puede preverse, pero que previsto pudiera haberse evitado, la fuerza mayor es el acontecimiento que aun cuando se hubiera previsto, habría sido inevitable, en cambio la segunda, atendiendo a la procedencia interna o externa del obstáculo impeditivo del cumplimiento de la obligación, configura al caso fortuito como acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, y a la fuerza mayor como el acontecimiento que se origina fuera de la empresa o círculo del deudor, con violencia insuperable tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario y normal de la vida, lo que conduce, en ambas apreciaciones, a que si en principio, y por punto general, la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor, no está expresamente recogida en nuestro CC, y concretamente en su artículo 1105, no obstante esta distinción es necesaria en determinados casos, como sucede en los supuestos de los artículos 1784 y 1905 de dicho Cuerpo legal, por tratarse de tipos cualificados⁴⁵⁸» (cdo. 3.º).

Por otro lado, he de recordar que Pantaleón Prieto (en 1991) propugnó una reinterpretación del artículo 1105 CC en clave objetiva, la cual no excluye la exigencia de que el deudor haya de actuar diligentemente a fin de no responder. Su reinterpretación conecta claramente con el artículo 79.1 CISG. Asimismo conecta con los artículos 7.1.7 (1) Principios UNIDROIT y 8:108 (1) PECL⁴⁵⁹. Y con todos estos preceptos conecta, a su vez, el artículo 1209 PC.

⁴⁵⁸ Continúa el texto: «, y así lo entendió la sentencia de esta Sala, de 2 enero 1945 (...), cuando manifiesta que debe entenderse por “*vis maior*” “una fuerza que está fuera del círculo industrial de la empresa, que haya causado un daño material que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia de su manifestación”; por lo que, en definitiva, la fuerza mayor, en su singularidad, habrá que estudiarla en cada caso concreto –S. de 2 febrero 1926–, desde el momento en que su concepto jurídico debe deducirse del conjunto de circunstancias que motiven el hecho o acontecimiento que sobreponiéndose a la voluntad del obligado y forzándole, lo determinan a quebrantar la obligación que le corresponda, ya que siendo la posibilidad de prever los sucesos un concepto teóricamente amplísimo, hay que entenderlo en su aplicación legal y práctica como excluyente de aquellos sucesos totalmente insólitos o extraordinarios, que, aunque no imposibles físicamente, y por tanto teóricamente previsibles, no son de los que puede calcular una conducta prudente, atenta a las eventualidades, que en el curso de la vida permite esperar, y en cuanto a la imposibilidad de evitar los sucesos previstos, si bien no excusa de prestar la diligencia necesaria para superar las dificultades que se presenten, no exige la llamada “prestación exorbitante”, es decir, aquella que exigiría vencer dificultades que pueden ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios absolutamente desproporcionados o violación de deberes más altos, pues basta para excusar el incumplimiento que éste no sea imputable al deudor, por haber procedido con la diligencia que las circunstancias requerían con arreglo al artículo 1104 del CC –S. de 9 noviembre 1949» (cdo. 3.º). Vid. ALBALADEJO (2004) pp. 181-183.

⁴⁵⁹ En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, a juicio de PANTALEÓN PRIETO, procede suprimir las referencias a la culpa que «puedan crear la impresión de que sólo responde contractualmente el deudor (doloso) o negligente. Y sustituir la redacción del artículo 1105 CC por la del apartado 1 del artículo 79 CNUV [CISG] (o del art. 7.1.7

Según Pantaleón Prieto, la palabra «suceso» del artículo 1105 CC puede interpretarse como «impedimento ajeno al ámbito de control del deudor»⁴⁶⁰. Esto implica que el deudor ha de indemnizar, si el incumplimiento tiene causa en un impedimento que entra en su ámbito de control. Pero, no entrando dicho impedimento en su esfera de control, no por ello no habrá de responder el deudor, pues para exonerarse deben reunirse más requisitos. En concreto, el impedimento ha de ser razonablemente imprevisible al tiempo de la celebración del contrato⁴⁶¹ y, si el impedimento se previó con posterioridad a la celebración, ha de ser un impedimento inevitable en función de la diligencia exigible al deudor⁴⁶². Reunidos todos estos presupuestos, el deudor se exonera. Concluye Pantaleón Prieto con la consideración de que «en nuestro Derecho de la responsabilidad contractual, la culpa-negligencia no ocupa un lugar ni exclusivo ni de primacía entre los criterios de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, ya que comparte su puesto con los criterios, igualmente generales, de la “*esfera de control del deudor*” (...) y del “*riesgo implícitamente asumido al contratar*”» (cursivas del autor)⁴⁶³.

Sobre los intentos de interpretar la imputación subjetiva de la responsabilidad contractual del Código civil «en clave básicamente objetiva», De Pablo Contreras informa de que «[e]n la jurisprudencia del Tribunal Supremo (...) hay sentencias que se muestran ya permeables a los [esos] planteamientos doctrinales recientes»⁴⁶⁴.

[i] Artículo 79 CISG:

«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

PCCI [Principios UNIDROIT], o del art. 3.108 PDCE) [PECL, el autor cita la primera versión de los PECL], al efecto de dejar perfectamente claro que también son criterios *ordinarios* de imputación de responsabilidad los que podríamos llamar criterios de la «*esfera de control del deudor*» (...) y del «*riesgo (externo a aquella esfera) implícitamente asumido al contratar*» [ADC (1993) p. 1740].

⁴⁶⁰ PANTALEÓN PRIETO, ADC (1991) pp. 1064, 1067.

⁴⁶¹ PANTALEÓN PRIETO, ADC (1991) pp. 1064, 1068.

⁴⁶² PANTALEÓN PRIETO: «Y ha de ser un *suceso inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que, atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, correspondería a un buen padre de familia*» [cursiva del autor; ADC (1991) p. 1068].

⁴⁶³ PANTALEÓN PRIETO, ADC (1991) p. 1069. La lectura que propone del artículo 1105 CC: «Bastará leer así el artículo 1105 CC: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare el contrato, nadie responderá de los *impedimentos ajenos a su ámbito de control* que no hubieran podido preverse al tiempo de contratar [y evitarse, así pues, no contratando], o que [previstos *posteriormente*] fueran inevitables”» [ADC (1991) p. 1064; cursivas del autor].

⁴⁶⁴ DE PABLO CONTRERAS (2008) 2.^a ed., § 69 p. 212, *vid.* desde p. 211: expone la tesis de Jordano Fraga y la de PANTALEÓN PRIETO; menciona las SSTs 13 de julio de 1999, 14 de marzo de 2001, 3 de marzo de 1999, 4 de abril de 2000, 23 de noviembre de 2004. *Vid.* CARRASCO PERERA (2010) núms. 16-17 pp. 986-987; GÓMEZ POMAR, *InDret* (3/2007) p. 12; Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.^a ed. (2008) p. 783.

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.»

[ii] Artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT:

«(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 haber evitado o superado sus consecuencias.»

[iii] 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 DCFR⁴⁶⁵.

c) Según el artículo 1209.I PC, el deudor se exonera si se cumplen los siguientes requisitos:

c.1) En primer lugar, el impedimento que obsta al cumplimiento del contrato ha de ser ajeno a la voluntad del deudor y extraño a su esfera de control (art. 1209.I.1.º PC). Por «ajeno a la voluntad del deudor» puede entenderse que el obstáculo al cumplimiento no ha de deberse a dolo del deudor (lo que incluye la negligencia). Por «extraño a su esfera de control», implica concretar un ámbito (una esfera interna) que gestiona y organiza el deudor, y el impedimento que obsta al cumplimiento no ha de ubicarse en tal esfera. La esfera de control es un concepto indeterminado, a concretar en función de las circunstancias concurrentes del caso⁴⁶⁶. El deudor responde del incumplimiento que puede reconducirse a su esfera de control.

Atribuyo a cada una de las anteriores expresiones del artículo 1209.I.1.º PC un significado distinto, ya que están unidas mediante una «y». Comparando los tenores literales de los artículos 1209.I.1.º y 79.1 CISG, se comprueba que el artículo 79.1 CISG, a diferencia del artículo 1209.I PC, sólo emplea una expresión: la de «ajeno a la voluntad del deudor». Pantaleón Prieto ha criticado que la versión española de la CISG emplee la expresión «ajeno a la

⁴⁶⁵ En el *Comment B* del artículo III.-3:104 DCFR se indica que este artículo puede aplicarse a cualquier obligación [VON BAR/CLIVE (2009) I pp. 783-784]. Cfr. *Comment B* del artículo 8:108 PECL [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 379].

⁴⁶⁶ *Vid.* las indicaciones de SALVADOR CODERCH para el artículo 79 CISG y cómo se determina el ámbito de control: «Artículo 79 CISG» (1998) pp. 638-639.

voluntad del deudor». En la versión inglesa de la CISG se emplea «beyond his control», expresión que en opinión de este autor es «más fiel a la finalidad perseguida por los redactores de la Convención»⁴⁶⁷. Pantaleón considera que hubiera sido más correcto que el artículo 79.1 CISG, en lugar de la expresión «ajeno a su voluntad», hubiere indicado «ajeno a su ámbito de control»⁴⁶⁸. Resaltado esto y retornando al cotejo entre los artículos 1209.I PC y 79.1 CISG, el artículo 1209.I PC recoge, como he indicado, las expresiones de «ajeno a la voluntad del deudor» y «extraño a su esfera de control», reflejando que el deudor puede responder por los criterios de dolo (culpa) y también por el criterio de la esfera de control que opera al margen de la culpa. En tales supuestos, si el incumplimiento del deudor causa daño, éste no se exonera. Con la interpretación propuesta, la expresión «ajeno a su voluntad» tiene un distinto alcance, según el texto jurídico en el que se encuentra (PC, CISG). Dicho esto, entra en el campo de las probabilidades que se haya pretendido unificar terminología y contenido en el art. 1209.I.1.º PC.

c.2) Junto a que el incumplimiento del deudor haya sido debido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control (art. 1209.I.1.º PC), se requiere para que el deudor se exonere, que no le correspondiera el deber de prever el impedimento o de evitarlo o superar sus consecuencias (art. 1209.I.2.º PC). La propia *Propuesta civil* dispone los elementos que permiten determinar si hay o no tales deberes del deudor. Son: 1) El contrato: las partes pueden distribuir quien asume el riesgo del incumplimiento debido a cierto/s impedimento/s. Si no hay expresa estipulación al respecto, ello se concreta mediante la interpretación contractual (arts. 1278 a 1281 PC; asunción implícita del riesgo). Ha de tenerse en cuenta el tipo contractual pactado; 2) Las reglas de la buena fe: estas reglas operan más allá de lo que las partes han estipulado (cfr. art. 1243 PC, cuyo equivalente es el art. 1258 CC). No obstante, las exigencias de la buena fe también están presentes en la interpretación del contrato (cfr. art. 1279.5 PC); y 3) Los usos: interpretativos e integradores (cfr. arts. 1243, 1279.4 PC). Pueden incluirse,

⁴⁶⁷ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1060 y nota 98; informa de la versión oficial francesa que emplea la expresión «indépendant de sa volonté». SALVADOR CODERCH también señala que las versiones españolas y francesas del artículo 79 CISG no «expresa[n] tan claramente este carácter *objetivo* de la responsabilidad» como las alemana e inglesa, si bien el artículo 79 CISG «descansa (...) [en] que la responsabilidad por el incumplimiento existe siempre que éste se deba a obstáculos surgidos dentro del ámbito que, según el contrato, queda bajo el dominio (de la voluntad, esfera de influencia, ámbito de control) del deudor» [«Artículo 79 CISG» (1998) p. 636].

⁴⁶⁸ Además, PANTALEÓN PRIETO entiende que en la versión española de la CISG del artículo 79.1 «debería existir una conjunción “o” antes de las palabras “que lo evitase o superase” [la versión inglesa reza «*or to have avoided or overcame it or its consequences*»; cursiva del autor; *ADC* (1991) p. 1060].

a fin de determinar si el deudor debió prever o debió evitar el impedimento, las prácticas que habitualmente las partes hayan mantenido, entre sí, con anterioridad.

c.3) A diferencia del artículo 79.1 CISG, el artículo 1209.I.2.º PC no especifica expresamente que la previsibilidad del impedimento haya de valorarse al tiempo de la celebración del contrato. Pero debe entenderse que es en dicho momento, pues el artículo 1209.I.2.º PC se inicia «(...) de acuerdo con el contrato (...)». En cuanto a la inevitabilidad del impedimento o de sus consecuencias, ha de considerarse que ello se valora antes de la fecha del cumplimiento de la obligación contractual.

[135] Sobre el párrafo II del artículo 1209 PC:

a) Regula el efecto del impedimento temporal en el remedio indemnizatorio. Establece una regla lógica: mientras dure el impedimento que da lugar al incumplimiento y mientras se reúnan los requisitos del artículo 1209.I PC, de los daños objetivamente imputables a tal período el deudor no responde (se exonera). Desaparecido el impedimento, de los daños objetivamente imputables al periodo posterior, en el cual no se reúnen los requisitos del artículo 1209.I PC, el deudor ha de responder. El artículo 1209.II PC sólo se refiere al remedio indemnizatorio y no al resto de los remedios por incumplimiento [cfr. art. 1209.IV PC; sobre el impedimento temporal y sus efectos en el remedio del cumplimiento: *supra* [19] d)].

b) El Código civil no dispone una expresa regla general para el impedimento temporal como la que el artículo 1209.II PC ordena. No obstante, se entiende que el deudor se exonera de los daños imputables al impedimento temporal⁴⁶⁹.

c) Es correcto y adecuado contar con una disposición legal expresa como la del artículo 1209.II PC.

[i] Artículo 79 CISG:

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

[ii] Artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT:

«(2) 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.»

[iii] Artículo 8:108 PECL:

«(2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this Article has effect for the period during which the

⁴⁶⁹ Vid. por ejemplo CARRASCO PERERA, «Artículo 1105 CC» (1989) pp. 650-651.

impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such». Cfr. artículo III.-3:104 (3) DCFR.

[136] Sobre el párrafo III del artículo 1209 PC:

a) Se establece de modo expreso otra regla novedosa frente al Código civil, si bien dicha regla, para el Derecho positivo, puede construirse sobre la buena fe del artículo 1258 CC.

b) Con fundamento en la colaboración que debe mediar entre los contratantes, el artículo 1209.III PC impone al deudor que conoce del hecho o de la circunstancia que le impide cumplir, que lo comunique a la otra parte, sin demora. Se trata de un deber legal. Con ello se da la posibilidad al acreedor para, si pudiera llevarlo a cabo y quiere, realice una solución alternativa evitando o reduciendo el daño. Si el deudor no efectúa tal comunicación, responde de los daños imputables a su omisión.

[i] Artículo 79 CISG:

«4. La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de 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.»

[ii] Artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT:

«(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud 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.»

[iii] Artículo 8:108 PECL:

«(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. 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.

[137] Finalmente, sobre el párrafo IV del artículo 1209 PC:

a) En este párrafo se refleja la estructura que del incumplimiento y sus remedios se acoge en la *Propuesta civil*. La *Propuesta civil* recoge una noción amplia de incumplimiento

(art. 1188.I PC⁴⁷⁰) a la que asocia un conjunto de remedios (arts. 1190, 1191 PC), y cada uno de esos remedios tiene sus propios requisitos de aplicación. En consecuencia, según el concreto incumplimiento contractual habido, el acreedor puede disponer de un mayor o un menor número de remedios. El artículo 1209.IV PC viene a disponer, que si el incumplimiento del deudor es inexcusable a efectos del remedio indemnizatorio, ello «no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código» (art. 1209.IV PC)⁴⁷¹. Reuniéndose los requisitos de esos otros remedios, el acreedor podrá ejercitarlos.

⁴⁷⁰ Artículo 1188.I PC: «Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten»; *vid.* FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [24] ss. pp. 69 ss. Sobre la definición del artículo 1188.I PC, VAQUER ALOY señala, que literalmente no recoge el no cumplimiento sin más del deudor, siendo más clara la definición del incumplimiento de los Principios UNIDROT. VAQUER ALOY encaja en la no realización exacta de la prestación del artículo 1188.I PC, el concepto de falta de conformidad, el cual es objeto de su trabajo: «Con todo, puede señalarse una pequeña sombra, cual es que hay incumplimiento, también, cuando el deudor no realiza la prestación, no sólo cuando no la realiza «exactamente», (...). Por consiguiente, en su literalidad, la propuesta de artículo definidor del incumplimiento no cubre todos los supuestos posibles, por más que una interpretación lógica acoja, como no podría ser menos, el supuesto de la inactividad completa del deudor. En este sentido, es más clara la redacción del art. 7.1.1. Principios Unidroit (...)./ Si nos mantenemos en la literalidad del artículo 1188 de la propuesta, y pese a que el precepto no la menciona expresamente, la “no realización *exacta* de la prestación” nos conduce a un concepto clave en el nuevo derecho de obligaciones: la falta de conformidad» [*ADC* (2011) p. 9]. Por su parte, sobre la definición del artículo 1188.I PC, SAN MIGUEL PRADEIRA: «Es cierto que no resulta imprescindible que se enuncien las distintas manifestaciones que puede revestir el incumplimiento, puesto que esta cuestión no plantea problemas en el Derecho español –al menos en el remedio resolutorio– pero su inclusión no estaría de más –aunque el adverbio «exactamente» sea suficientemente expresivo– pues alguna de las manifestaciones de lo que la Propuesta considera “incumplimiento” antes no eran propiamente incumplimiento. Me refiero a algunos supuestos de imposibilidad inicial que tradicionalmente son causa de inexistencia de contrato por falta de objeto y de la denominada “falta de conformidad”, que en el Código civil, en el ámbito de la compraventa, integran los denominados vicios ocultos y tienen un régimen especial constituido por las llamadas acciones de saneamiento (acción redhibitoria y acción de reducción del precio) y que en la Propuesta quedan claramente absorbidos por el incumplimiento y su régimen general. Además, en relación a esta falta de conformidad, regulada expresamente en la PMDOC en materia del contrato de compraventa (arts. 1474 y ss) que incluye el cumplimiento defectuoso, el cumplimiento parcial, y el *aliud pro alio*, podría resultar oportuno incluir dicha noción en las disposiciones generales del incumplimiento y posteriormente regular para cada tipo contractual su régimen especial en caso de falta de conformidad» [(2011) apartado III, 2, 2.1].

Para el Derecho vigente, CARRASCO PERERA define el incumplimiento contractual como sigue: «El término incumplimiento es puramente negativo y objetivo. Describe toda forma posible en la que el deudor deja de cumplir el deber contractual, mediante la no realización de la prestación debida o la realización en un modo distinto del debido, provocando insatisfacción del interés contractual del acreedor. No importa si existe o no existe causa de justificación, culpa, dolo o caso fortuito. “Incumplimiento” incluye toda modalidad admisible de falta de cumplimiento objetivo, sea provisional o definitivo» [en nota 1, reproduce el art. III.-1:101 (3) DCFR; (2010) núm. 1 p. 863].

⁴⁷¹ A propósito principalmente del cumplimiento e indemnización: FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [35]-[36] pp. 81-82, [41]-[43] pp. 90-92.

[i] Artículo 79 CISG:

«5. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir indemnización de daños y perjuicios conforme a la presente Convención»⁴⁷².

[ii] Artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT:

«(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»⁴⁷³.

[138] *Propuesta mercantil.*—*Supra* [130] transcribí el artículo 65.1 PM. En virtud del 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.»

[139] Sobre la *Propuesta mercantil*:

a) La segunda regla del artículo 62.2 PM es la misma regla que la del artículo 1209.III PC con ciertas diferencias. El artículo 66.2 PM señala que la notificación que el deudor ha de hacer al acreedor tiene que ser en plazo razonable, mientras que el artículo 1209.III PC dispone que el deudor ha de hacer la comunicación sin demora. El artículo 66.2 PM fija el punto a partir del cual se computa el plazo razonable, desde que el deudor tuvo o pudo tener conocimiento de la causa no imputable. El artículo 1209.III PC se refiere al «deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir», por lo que la comunicación sin demora debe hacerse desde que lo conozca.

Se constata una unidad sustancial entre las *Propuestas civil y mercantil*.

b) En su día señalé esta otra consideración, que me limito a recordar. La *Propuesta mercantil* ordena que el deudor no responde (no ha de indemnizar) si el incumplimiento tiene origen en una causa que no le es imputable. Sin embargo, no se determina un sistema general de imputación subjetiva en relación con el remedio

⁴⁷² A propósito principalmente del cumplimiento e indemnización: FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [37]-[38] pp. 82-85.

⁴⁷³ Traté de esto en los Principios UNIDROIT, refiriéndome principalmente al remedio del cumplimiento: FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [39] pp. 85-87; y en relación con los PECL: *op. cit.*, [40] pp. 87-90.

de la indemnización de daños (cfr. primera regla del art. 62.2 PM, art. 65.1 *in fine* PM)⁴⁷⁴.

8.5 LA DEUDA DE COSA CIERTA Y DETERMINADA PROCEDENTE DE DELITO O FALTA: PÉRDIDA DE LA COSA E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

[140] Sólo se ocupa de esto la *Propuesta civil*. El artículo 1210 PC ordena:

«Cuando la deuda fuese de cosa cierta y determinada y procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de su pérdida, a menos que, ofrecida por él la cosa al que la debía recibir, se hubiese sin razón negado a aceptarla.»

[141] Sobre el artículo 1210 PC:

a) El artículo 1210 PC es copia del artículo 1185 CC, por lo que desde esta perspectiva no constituye una novedad frente al Código civil. La novedad se percibe al fijar la atención en la ubicación sistemática del precepto: en la Sección «De la indemnización de daños y perjuicios»; no, en una sección que trate «De la pérdida de la cosa debida», en la que se encuentra el artículo 1185 CC.

b) El artículo 1185 CC presupone la imposibilidad de entregar la cosa cierta y determinada, obligación de entrega cuya fuente es la comisión de un delito o falta⁴⁷⁵. La regla que aquél dispone es, que no pudiendo entregarse *in natura* la cosa cierta y determinada, se entregará al acreedor su precio (su valor equivalente). De la regla se exceptúa si, ofrecida la cosa al acreedor, éste se hubiera negado a recibirla sin razón y en dicha situación la cosa se pierde: en este caso el deudor no ha de pagar su precio (se libera).

Es conocida la discusión sobre si el pago del «precio» del artículo 1185 CC se justifica en la idea de la *perpetuatio obligationis* (cumplimiento)⁴⁷⁶ o constituye una partida indemnizatoria

⁴⁷⁴ Vid. FENYO PICÓN, ADC (2010) [43] pp. 92-93.

⁴⁷⁵ RUDA GONZÁLEZ: «El deudor puede serlo en concepto de autor del delito o falta, o cómplice o encubridor, o ser el heredero de los anteriores. No se requiere que sea responsable criminal, directo o subsidiario (art. 110.1 CP), por lo cual parece que cabría incluir al que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta (art. 122 CP), con el argumento de que su deuda deriva también del delito o falta (...). Más no cabe extender el precepto a ilícitos no penales, sino civiles, dada la excepcionalidad del precepto (...)» [«Artículo 1185 CC» (2010) pp. 1318-1319].

⁴⁷⁶ BADOSA COLL: «El especial significado de este artículo [1185] radica en que expone el mecanismo como opera la *perpetuatio obligationis*: la sustitución del «objeto» devenido imposible por su valor en dinero; secundariamente también consiste en ser uno de los contados artículos del CC que habla de la *mora credendi*» [«Artículo 1185 CC»

más⁴⁷⁷. La ubicación sistemática del artículo 1210 PC encierra un pronunciamiento legal sobre la expuesta discusión: pérdida la cosa, el pago de su precio no se justifica en la *perpetuatio obligationis*, sino que es partida de la indemnización de daños. Por ello, la norma se encuentra en la sección «De la indemnización de daños».

8.6 LA MITIGACIÓN DEL DAÑO POR EL ACREEDOR Y SUS EFECTOS

[142] La regula la *Propuesta civil* (art. 1211). La *Propuesta mercantil* no recoge la mitigación del daño como regla general. No obstante, he de recordar que el artículo 66.1 PM señala la posibilidad de que el acreedor pueda recurrir a una operación de reemplazo, pudiendo exigir del deudor la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, además de otros daños adicionales.

[143] Según el artículo 1211 PC:

«No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas.»

[144] Sobre el artículo 1211 PC:

a) El remedio indemnizatorio encierra el potencial peligro de que la cadena de daños de los que haya de responder el deudor

(1993) 2.^a ed., tomo II, p. 261; *vid.* pp. 262-263]. Información: *vid.* DE PABLO CONTRERAS, quien entiende «que la prestación del equivalente es cumplimiento y no resarcimiento de daños» [(2008) 2.^a ed. p. 193; §§ 61 y 62 pp. 191-195, § 64 A) p. 198]; SÁNCHEZ CASTRO: *supra* nota 70.

⁴⁷⁷ PANTALEÓN PRIETO: «Tampoco tiene [la responsabilidad contractual], ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación una función de “reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado” (...): la indemnización a pagar por el deudor responsable no es, (...), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquélla al acreedor no es un “cumplimiento por equivalente” de la obligación originaria –al que la lógica (¿y el art. 1156.III CC?) exige considerar extinguida–, sino cumplimiento, sin más, de la obligación de resarcir (en su caso, *in natura*) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de responsabilidad contractual. Desaparecido por completo el sistema procesal romano, no existe ninguna razón de peso para seguir conservando ese artificio inútil en que se ha convertido la *perpetuatio obligationis*» [ADC (1991) pp. 1020-1021; *vid.* además pp. 1052-1055]. Para referirse a la tesis que diferencia entre cumplimiento por equivalente e indemnización, PANTALEÓN PRIETO emplea la expresión de construcción «articulada» de la responsabilidad contractual.

incumplidor se extienda en exceso, lo cual, si así se admitiere, no es regla jurídicamente razonable. Para evitarlo, en el diseño legal del remedio de la indemnización de daños es clave ordenar unas normas que acoten con claridad en qué medida el deudor incumplidor ha de indemnizar (distinto es la dificultad de su puesta en práctica). Deben establecerse ciertos contrapesos a la obligación del deudor de indemnizar, que permitan ajustar la extensión de dicha obligación dentro de parámetros razonables.

Son contrapesos de la obligación de indemnizar del deudor las reglas, de imputación objetiva, de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar del deudor no doloso y, de la mitigación del daño. De los dos primeros contrapesos ya he dado cuenta. Procede referirme a la mitigación del daño⁴⁷⁸.

b) El artículo 1211 primera regla PC dispone que el deudor no asume el daño que, conectado con su incumplimiento, el acreedor podría haber evitado o reducido adoptando la/s oportuna/s medida/s mitigadora/s (juicio *a posteriori*). Este daño no evitado o reducido tiene que asumirlo el acreedor.

c) Aunque no es infrecuente el uso de la expresión deber de mitigar (*duty of mitigation*), la mitigación del daño no es un deber legal del acreedor. La mitigación tiene la naturaleza de carga del acreedor con los efectos que conlleva tal calificación⁴⁷⁹. Por tratarse de una carga, al acreedor corresponde la decisión de si efectúa o no la medida mitigadora del daño.

d) La identificación de la oportuna medida mitigadora del daño se lleva a cabo a través de la buena fe objetiva (norma de conducta), concretándose para cada caso⁴⁸⁰.

e) El artículo 1212 segunda regla PC ordena otro efecto de la mitigación del daño: el coste que al acreedor le haya supuesto

⁴⁷⁸ En relación con el Derecho inglés y si han de limitarse los daños indemnizables, GREGORACI FERNÁNDEZ expone: «El contratante incumplidor no está obligado a indemnizar todos los daños causados por el incumplimiento; la compensación, en efecto, se encuentra limitada por los siguientes principios: (1) *remoteness rule*; (2) *intervening cause*; (3) *duty to mitigate*; (4) *contributory negligence*» [ADC (2011) pp. 126-127]. En nota 2: «Al igual que en nuestro Derecho, el *Common Law* diferencia entre la causalidad fáctica y la causalidad jurídica: conforme a la primera de ellas, un evento es causa de un daño cuando se cumple el test de la *conditio sine qua non* (para el Derecho inglés, el *but for test*); la superación de este test no es suficiente para responsabilizar del daño causado a otro: resulta necesario que el evento pueda considerarse *cause in law*. Precisamente en el test de la *legal causation* se sitúa el principio de la *intervening cause*. La culpa de la víctima y el deber de mitigar el daño, son las categorías correspondientes de nuestro Derecho a los otros dos principios citados» (*op. cit.* p. 127).

⁴⁷⁹ SOLER PRESAS, ADC (1995) p. 960; en relación con el artículo 77 CISG, de la misma autora: «Artículo 77 CISG» (1998) p. 622; también para el artículo 77 CISG: VIDAL OLIVARES, quien habla de carga contractual de conducta material [(2005), pp. 35, 37].

⁴⁸⁰ En relación con el Derecho positivo, *vid.* SOLER PRESAS, ADC (1995) pp. 964-965.

adoptar la (razonable) medida mitigadora puede exigirlo del deudor. Cuenta con esa recuperación, incluso si la medida mitigadora resultó infructuosa, pues con ella no se logró evitar el daño o reducirlo.

f) La mitigación del daño es regla distinta de la de «concur-rencia de culpas» (concur-rencia de causas).

Soler Presas, quien ha dedicado particular atención al análisis de la mitigación del daño, destaca tal diferencia⁴⁸¹. En la concur-rencia de culpas, demandante y demandado han de participar en la causación del daño⁴⁸². «El deber de mitigar el daño surge en cabeza del acreedor del resarcimiento en un momento posterior. Su aplicación *presupone* que el daño ha sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado, sin que pueda imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño a un nuevo curso causal introducido por el demandante./ En el primer caso [concur-rencia de culpas/causas], las pérdidas que deben excluirse del resarcimiento vendrán determinadas por la aplicación –objetiva– de los criterios de causalidad jurídica. En el segundo [mitigación del daño], serán las circunstancias –objetivas y subjetivas– del caso las que determinen qué medidas podía, luego debía, haber adoptado el demandante para mitigar las consecuencias que del mismo daño-base puedan derivarse en un futuro./ El fundamento de este deber *autónomo* de mitigar el daño causado con las medidas al alcance de quien lo sufre lo encontramos, pues, en el principio general de *la buena fe* (art. 7.1 CC)» (cursiva de la autora)⁴⁸³.

g) El Código civil no recoge de modo expreso la regla de la mitigación del daño, por lo que el artículo 1211 PC es otra novedad normativa de la *Propuesta civil*. No obstante, hace tiempo que algunos de nuestros autores señalan la mitigación del daño, como una regla más del remedio de la indemnización de daños, y la jurisprudencia la ha venido aplicando bajo diferentes expedientes jurí-

⁴⁸¹ SOLER PRESAS, *ADC* (1995) p. 963; «Artículo 77 CISG» (1998) pp. 621-622.

⁴⁸² SOLER PRESAS, *ADC* (1995) p. 963.

⁴⁸³ SOLER PRESAS, *ADC* (1995) pp. 963-964. En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, PANTALEÓN PRIETO es claro defensor de su inserción en el Código civil: «Es obvia la conveniencia de incorporar a nuestro Código civil normas relativas a la *contribución al incumplimiento o a sus efectos del acreedor dañado* o de algún suceso perteneciente a su esfera de control, así como el *deber (carga) del deudor de mitigar el daño*, análogas a las previstas en los artículos 7.4.7 y 7.4.8 PCCI [Principios UNIDROIT] y 4.504 PDCE [PECL, el autor cita la primera versión de los PECL]» [*ADC* (1993) p. 1743]. La contribución al incumplimiento o sus efectos por el acreedor dañado puede reconocerse en el artículo 1188.II PC, ubicado en las disposiciones generales del incumplimiento (sección 1.ª, capítulo VII, título I PC; di cuenta de ello: FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [44]-[47] pp. 93-98), y en el artículo 1208 primera regla PC.

dicos⁴⁸⁴. Junto a esto, el artículo 77 CISG regula expresamente la mitigación del daño y sus efectos.

En mi opinión, teniendo en cuenta lo anterior y considerando en sí misma la regla de la mitigación del daño (como un contrapeso a la obligación de indemnizar del deudor) es acertada su codificación en la *Propuesta civil*.

[i] Artículo 77 CISG:

«La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.»

a) Honnold indica que el artículo 77 CISG es importante, cuando uno se basa en la regla general de que la indemnización de daños comprende «el valor de la pérdida sufrida “como consecuencia del incumplimiento”» (art. 74 CISG). Señala el ejemplo del vendedor que no entrega las materias primas destinadas al proceso productivo del comprador y este no realiza una compra de sustitución, pudiendo encontrarse dichas mercaderías en el mercado, con la consecuencia de que se interrumpe la producción del comprador. «El principio de reducción del artículo 77 mantiene que la pérdida por paralización que el comprador pudo haber previsto no es exigible según el artículo 74. El comprador también infringiría el principio de reducción del artículo 77, si utiliza a sabiendas materiales o maquinaria defectuosos que causen daños “consecuentes”»⁴⁸⁵.

Otro ejemplo (77 A) es el de un contrato en el que se estipula que el vendedor entregará (enviará) las mercaderías para cierto día. El establecimiento del comprador se localiza en lugar lejano al del vendedor, lugar en el que no había otros compradores para dichas mercaderías. Antes de la fecha de entrega, el comprador descubre que no puede utilizar las mercaderías y se lo comunica al vendedor, señalándole que no proceda al envío. Pero el vendedor lo realiza. El comprador no acepta las mercaderías y el vendedor las vende en el lugar de destino, obteniendo poco por la venta dada la escasa demanda en dicha zona. Honnold entiende que parece aplicable al caso el artículo 77 CISG⁴⁸⁶. Otro ejemplo más (77 B) es el de una compraventa en la que el vendedor ha de cortar vigas de acero según las especiales dimensiones indicadas por el comprador, quien las va a emplear en la construcción de un edificio que pertenece a un tercero. Antes de que el vendedor

⁴⁸⁴ Vid. MORALES MORENO (2010) pp. 180-185; CARRASCO PERERA (2010) núms. 21-22, pp. 1259-1262 (este autor señala que la regla de la mitigación se propone formalmente por primera vez en la STS, 1.ª, 15 de noviembre de 1994) y «Artículo 1107 CC» (1989) pp. 734-736; vid. asimismo la nota anterior a esta. Con carácter general, sobre la mitigación de daños: SOLER PRESAS (1998) pp. 61-72.

⁴⁸⁵ HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 418, p. 458.

⁴⁸⁶ HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 418, p. 459.

comience su trabajo, el propietario del edificio denuncia el contrato que le vinculaba al comprador. Este informa de inmediato al vendedor, pidiéndole que no proceda al corte de las vigas, pero el vendedor lo realiza. El comprador se niega a aceptar las vigas, revendiéndolas el vendedor, quien obtuvo poco de esa venta debido a que las dimensiones especiales de las vigas las hacían prácticamente inservibles en otras construcciones.⁴⁸⁷ Para este otro caso, Honnold entiende «que la letra y el espíritu del artículo 77 son aplicables»⁴⁸⁸.

[ii] Artículo 7.4.8 Principios UNIDROIT:

«(Atenuación del daño)

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño».

[iii] Artículo 9:505 PECL:

«Reduction of Loss

(1) The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps.

(2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss». Cfr. artículo III.-3:705 DCFR.

8.7 LA INDEMNIZACIÓN Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD (LIBERTAD DE PACTO) Y SUS LÍMITES. ALGUNOS ASPECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

[145] El último precepto que la *Propuesta civil* dedica al remedio de la indemnización de daños y perjuicios (art. 1212) determina el campo en el que la autonomía de la voluntad puede actuar. El artículo 1212.I PC remite a los correspondientes preceptos del Capítulo IV del Título I del Libro IV, rubricado «De la cláusula penal» (arts. 1146 a 1152 PC). De este capítulo interesa, en particular, el artículo 1150 PC, cuyo equivalente es el artículo 1154 CC, sin perjuicio de otros preceptos a los que aludiré.

La *Propuesta mercantil* no emplea la expresión «cláusula penal», pero en su artículo 66.2 se la reconoce.

⁴⁸⁷ HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 418, pp. 459-460.

⁴⁸⁸ HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 418, p. 460.

[146] *Propuesta civil*.—Según el artículo 1212 PC:

«Las partes podrán ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que estimen procedente, y de acuerdo con los preceptos correspondientes del capítulo IV del este título [el I].

Son nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad procedente del dolo.»

[147] Sobre el artículo 1212 PC:

a) Se permite a los contratantes modificar el deber de indemnizar los daños y perjuicios, sea ampliándolo o reduciéndolo frente al régimen legal de los artículos 1205 ss. PC. Incluso, se les permite suprimirlo (art. 1202.I PC; cfr. art. 1237 PC⁴⁸⁹). La *Propuesta civil* admite el pacto de agravación de la responsabilidad si se respetan las oportunas normas «De la cláusula penal». También admite los pactos de limitación y de exoneración de responsabilidad, si la responsabilidad no procede de dolo (art. 1212.II PC; cfr. art. 1102 CC).

b) Ubicado en la regulación de la cláusula penal, el artículo 1150 PC dispone:

«El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido.»

b.1) El precepto equivalente al artículo 1150 CC es, como anticipé, el artículo 1154 CC.

[i] La STS, 1.^a, 5 de octubre de 2010 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) menciona al artículo 1150 PC:

«6) Es cierto que, a diferencia de lo previsto en el primer párrafo de la Ley 518 del Fuero Nuevo de Navarra, que dispone que “La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial”, la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009, apunta a la posibilidad de moderación de las cláusulas penales incluso en supuestos en que se estipuló con carácter “inmoderado”: “El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemniza-

⁴⁸⁹ Artículo 1237.I PC: «Las partes podrán obligarse mediante el contrato de tal modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público». *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1743.

ciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente producido”, y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando: “Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a un cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”» [FD 4.º, 2, 26, 6); Cendoj, Roj STS 5144/2010]⁴⁹⁰.

b.1.1) Según el artículo 1154 CC: «[e]l Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Su estricta interpretación conduce a considerar que sólo se aplica al cumplimiento parcial o irregular. Su supuesto de hecho es el de una cláusula penal pactada para el incumplimiento «total» de la obligación principal, sucediendo que el deudor lleva a cabo un cumplimiento parcial o irregular. No procede aplicar sin más la pena pactada, pues fue modulada para el incumplimiento total y no para el cumplimiento parcial o irregular habido. Ante esto, el artículo 1154 CC viene a interpretar la voluntad (presunta) de las partes y señala que el Juez modificará equitativamente (a la baja y no al alza, y no con el resultado de suprimir) la pena estipulada (con el fin de adaptarla al concreto caso; cfr. art. 1085 PCC 1851⁴⁹¹).

⁴⁹⁰ Continúa el texto: «, pero a su moderación se opondrá: a) Que, como sostiene la sentencia número 1065/2002, de 8 de noviembre, la facultad concedida al Juez por el artículo 1154 del Código Civil no es susceptible de recurso de casación, o lo que es lo mismo, no es revisable por el Tribunal Supremo por tratarse de un juicio de equidad. (...)». Caso: Se celebró contrato entre la editora de *Interviú* y doña Maite por el cual, a cambio de un precio, la última autorizaba un reportaje fotográfico de desnudos de su cuerpo. En la estipulación 3.ª del contrato se pactó una cláusula penal: «La publicación de cualquier fotografía del reportaje objeto de este contrato, que no haya sido previamente aprobada por doña Maite, así como su divulgación en cualquier otro medio de comunicación distinto de *Interviú* generará para Ediciones Seta, S.A. la obligación de indemnizar a doña Maite por el daño a su imagen e intimidad, pactando como cláusula penal inmoderable la cantidad de cincuenta millones de pesetas (50.000.000 de pesetas)». Resultó que en la portada del periódico «Claro de Madrid» apareció publicada una de las fotografías del reportaje fotográfico de desnudos de doña Maite publicado en *Interviú*. La demandante demandó a la editora de *Interviú*, suplicando su condena al pago de la cláusula penal pactada. En primera instancia se estimó íntegramente la demanda y la sentencia de apelación desestimó el recurso. La editora de *Interviú* interpuso recurso de casación. En el FD 4.º, 2, 26, 5) se señala: «La pena se pactó como “inmoderable”, lo que comporta que cubre tanto los comportamientos dolosos como los culposos, los incumplimientos totales o parciales, siendo precisamente esta la interpretación mantenida por la sentencia recurrida; más aún, la previsión contractual resulta especialmente útil precisamente en un supuesto como el que da lugar a este litigio, ante la dificultad, expresamente constatada por la sentencia de la primera instancia y ratificada por la Audiencia Provincial, de demostrar mediante prueba plena que el cumplimiento incumplidor [*sic*] respondió a una calculada política de la incumplidora dirigida a conseguir mayores ventas».

⁴⁹¹ Artículo 1085 PCC 1851: «El juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo». GARCÍA GOYENA: «(...) / Es cierto que el acreedor, á falta de pacto especial, no puede ser pagado por partes contra su voluntad, segun el artículo 1094; pero el 1084 anterior supone

Ahora bien, el Juez no puede moderar la pena convenida (excesiva o desorbitada) para el incumplimiento total, si el incumplimiento del deudor fue total⁴⁹² (así la jurisprudencia hoy dominante sobre pena moratoria⁴⁹³), ni moderar la pena estipulada para el incumplimiento parcial o irregular, si el incumplimiento parcial o irregular habido es el previsto en la estipulación convenida⁴⁹⁴. El Código civil respeta la común voluntad de los contratantes (*pacta sunt servanda*), asegurando la seguridad y la certeza de la contratación, incluso si la cuantía que concreta la estipulación es excesiva, siempre que se hayan respetado los límites genéricos de la prohibición de la usura y de las cláusulas abusivas (cfr. art. 85.6 TRLGDCU).

b.1.2) Distinta a la norma del artículo 1154 CC es la que se dispone en el artículo 1150 PC. Según este, el Juez modificará equitativamente la pena convencional si esta es manifiestamente excesiva, y

pago ó cumplimiento parcial consintiéndolo el acreedor./ En tal caso no puede el acreedor tener una parte de la cosa y exigir íntegra la pena que la sustituye y representa./ Ni puede una misma cláusula dar siempre lugar á la misma pena, tanto contra el deudor que ha ejecutado casi de lleno su obligacion, como contra el deudor que ni siquiera ha comenzado á ejecutarlo./ El juez, para la modificacion de la pena, deberá tener en cuenta la posicion respectiva de las partes, y todas las demas consideraciones de equidad que puedan ilustrar su prudente arbitrio» [(1852) p. 583].

⁴⁹² ARANA DE LA FUENTE señala que así opina la doctrina dominante. La autora da también cuenta de la opinión de varios autores que por diversas vías propugnan resolver de modo justo o equitativo las penas convencionales exorbitantes [ADC (2009) pp. 1633-1636, *vid.* hasta p. 1640]. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA señalan: «De lo que trata el artículo 1154 es de dividir la pena cuando se ha dividido el cumplimiento de la obligación —un problema más bien matemático—, pero no de abordar el estudio en equidad de la adecuación de la pena a los daños posibles o producidos, pues precisamente lo práctico de la pena es constituir, como ya he dicho, un *forfait* que permite prescindir de esa investigación» [Elementos II-1.º, 2.ª ed. (1985) p. 382]. *Vid.* también MARÍN GARCÍA, *InDret* (2/2009) pp. 9-11; CABANILLAS SÁNCHEZ, «Artículo 1154 CC» (1993) 2.ª ed., tomo II, pp. 160-161. Procede con distinto enfoque SCÆVOLA: «La costumbre de los Tribunales había ido relajando el rigor de las cláusulas de carácter penal, hasta el punto de declararlas inefectivas, por su sólo arbitrio, en cuantos casos lo consideraban conveniente. Contra esta costumbre nació en el Código francés la disposición concordante de nuestro artículo 1154, por el cual se permite á los Jueces modificar *equitativamente* la pena, pero sólo cuando la obligación principal hubiera sido cumplida en parte ó irregularmente por el deudor» [«Artículos 1153, 1154 y 1155 CC» (1902) tomo XIX pp. 838-839]. *Vid.* ESPÍN ALBA (1997) pp. 83-86, en particular p. 86, pp. 95-99.

⁴⁹³ Da cuenta detallada de la jurisprudencia de los últimos doce años sobre la pena moratoria, ARANA DE LA FUENTE [ADC (2009)]. Según la jurisprudencia mayoritaria, no cabe moderar la pena moratoria porque el retraso es incompatible con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se instituye la facultad judicial moderadora del artículo 1154 CC, pues, el tiempo de duración de la mora es un incumplimiento total (*op. cit.* pp. 1662-1676). Hay también otra línea jurisprudencial (minoritaria) que sí aplica a la pena moratoria la regla del artículo 1154 CC considerando al retraso un cumplimiento irregular e, incluso, destaca ARANA DE LA FUENTE, «la moderación de la pena convencional carece incluso de una motivación realmente digna de tal nombre» (*op. cit.* p. 1676, pp. 1676-1682). Sobre la aplicación judicial del artículo 1154 CC, DE CASTRO VÍTORES (2009) pp. 81-149. Para la cláusula comisoria y aplicación judicial del artículo 1154 CC: ARROYO I AMAYUELAS, «Artículo 1154 CC» (2010) pp. 1282-1283, y, para la pena moratoria: ARROYO I AMAYUELAS, *op. cit.* p. 1283. ESPÍN ALBA (1997) pp. 86-89 para la pena moratoria.

⁴⁹⁴ Desde otra perspectiva, *vid.* ESPÍN ALBA (1997) pp. 70-71.

también la indemnización convenida, si esta es notoriamente desproporcionada, en relación con el daño efectivamente producido⁴⁹⁵. Esta regla supone que cualquier pena convencional, si es excesiva, será equitativamente moderada por el Juez, y cualquier indemnización notoriamente desproporcionada será equitativamente moderada por el Juez, teniendo en cuenta el daño real. El artículo 1150 PC no se limita al cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal como dispone el artículo 1154 CC⁴⁹⁶. El artículo 1150 PC es otra importante novedad de la *Propuesta civil* comparado con el Código civil.

Valorando el artículo 1150 PC, Arana de la Fuente considera que no tiene clara la conveniencia de modificar el artículo 1154 CC en el sentido del artículo 1150 PC, pero esto no le impide reconocer razones de peso a favor del artículo 1150 PC⁴⁹⁷: como que se procura el acercamiento de nuestro ordenamiento a la línea que predomina en Europa⁴⁹⁸; «la necesidad de solucionar supuestos extremos de penas manifiestamente excesivas, que puedan proporcionar un beneficio desproporcionado al acreedor en detrimento del deudor»⁴⁹⁹; y «evitar la inseguridad que provoca la moderación admitida por un sector jurisprudencial»⁵⁰⁰.

b.2) El artículo 1150 PC presenta proximidad con los artículos 7.4.13 (2) Principios UNIDROIT y 9:509 (2) PECL.

[i] Artículo 7.4.13 Principios UNIDROIT:

«(Pago estipulado para el incumplimiento)

(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal

⁴⁹⁵ Cfr. artículo 1152 *Code civil*; artículo 163, 1 y 3, CO suizo; artículo 812 CC portugués; artículo 1384 CC ital. 1942.

⁴⁹⁶ Señala MARÍN GARCÍA que la *Propuesta civil* suprime la revisión judicial de la pena para el incumplimiento parcial, pues no lo menciona: «A mi juicio, esta omisión no es deliberada y se debe a un olvido de la Comisión General de Codificación, por lo que versiones futuras del texto harán referencia a ella sin perturbar su contenido actual. El afán de reformar el artículo 1154 CC ha conducido a una propuesta normativa deficitaria en este punto concreto (...)» [*InDret* (2/2009) p. 12].

⁴⁹⁷ ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 10.

⁴⁹⁸ ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) pp. 10-11.

⁴⁹⁹ ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 11.

⁵⁰⁰ ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 11. Aclara que este problema no lo plantea la doctrina mayoritaria de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. «En definitiva, la situación [se refiere a las sentencias que moderan la cláusula penal] implica un nivel de inseguridad jurídica superior al que se produciría si el Derecho positivo admitiera la moderación judicial de penas excesivas. En tal caso, como mínimo, las partes estarían en condiciones de conocer, al celebrar el contrato, la facultad judicial de modificar el monto de la cláusula penal pactada y podrían actuar en consecuencia» [*op. cit.* p. 14]. «Por otra parte, no creo que el problema fundamental resida en la atribución de un poder discrecional de moderación a los tribunales de instancia, sino en la forma de ejercerlo y, sobre todo, de controlarlo» [*op. cit.* p. 11].

incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente producido.

(2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.»

a) En el Comentario 1 del artículo se indica que, de modo intencionado, se da una definición amplia de los pactos en los que se determina el pago de una suma en caso de incumplimiento, se dirija a la «liquidación del monto del resarcimiento» (tradicción jurídica del *common law*) o a disuadir el incumplimiento (cláusula penal) o a ambos propósitos⁵⁰¹. En el Comentario 3 se destaca, que el incumplidor ha de pagar la suma pactada al margen del daño sufrido, y que el incumplidor no puede alegar que el perjudicado por el incumplimiento tiene un daño menor o que no lo tiene⁵⁰². También se indica, que el apartado (2) tiene por fin evitar posibles abusos que pueden surgir en estas cláusulas. La suma pactada puede ser objeto de reducción, pero no puede descartarse totalmente; ni puede incrementarse la suma pactada cuando sea menor que el daño sufrido⁵⁰³.

[iii] Artículo 9:509 PECL:

«Agreed Payment for Non-performance

(1) Where the contract provides that a party which fails to perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party shall be awarded that sum irrespective of its actual loss.

(2) However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances». Cfr. artículo III.-3:712 DCFR.

a) En el *Comment A* del artículo se indica que, pactada la cláusula, el juez no ha de fijarse en los daños sufridos por el perjudicado por el incumplimiento y ha de otorgar, ni más ni menos, que la suma fijada en el contrato; de esto se deduce que el perjudicado no ha de probar sus pérdidas⁵⁰⁴. Sin embargo (*Comment B*), permitir una completa libertad de pacto puede suponer abusos y, si media gran disparidad entre la suma especificada en el contrato y las pérdidas actuales del perjudicado por el incumplimiento, el Tribunal puede reducir la suma, incluso si ésta parecía razonable en el momento de perfección del contrato. El fin del precepto es controlar sólo las estipulaciones abusivas: el Juez ejercita la moderación sólo si es claro que la suma estipulada excede substancialmente de las pérdidas actuales. Tal facultad tiene un límite: el Juez ha de

⁵⁰¹ Principios UNIDROIT (2004) p. 259.

⁵⁰² Principios UNIDROIT (2004) p. 260.

⁵⁰³ Principios UNIDROIT (2004) pp. 260-261. Cfr. artículo 7.1.6 Principios UNIDROIT (Cláusulas de exoneración) y Comentario 4, Principios UNIDROIT (2004) p. 212.

⁵⁰⁴ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 454.

respetar la intención de las partes de disuadir el incumplimiento; por tanto, no reducirá la suma a pagar a la pérdida actual. El tribunal ha de fijar algo intermedio⁵⁰⁵. Para determinar si la suma estipulada es excesiva, el juez se fijará en la relación entre la suma estipulada y las pérdidas actuales del perjudicado por el incumplimiento, en contraposición a las pérdidas exigibles en virtud de la previsibilidad del artículo 9:503 PECL; también habrá de tenerse en cuenta si la pérdida (actual) tiene origen en un comportamiento no razonable del perjudicado por el incumplimiento (no llevó a cabo la oportuna mitigación del daño)⁵⁰⁶.

c) Si la exclusión o la limitación de responsabilidad por daños se refiere al dolo, el artículo 1212.II PC dispone la nulidad (de pleno derecho) de tales estipulaciones. El artículo 1102 CC es el precepto equivalente más próximo al artículo 1212.II PC⁵⁰⁷.

d) Más allá de lo que ordena el artículo 1212 PC, me limitaré a aludir a la regulación de la contratación con condiciones generales (arts. 1261 a 1264 PC). La *Propuesta civil* califica de abusivas las cláusulas «que excluyan o limiten la responsabilidad legal del predisponente en caso de muerte o daños en la persona del adherente debidos a una acción u omisión de aquél»; «[l]as que excluyan o limiten la responsabilidad por incumplimiento (total o parcial) o por cumplimiento defectuoso del predisponente, en caso de dolo o culpa grave»; «[l]as que excluyan o limiten la responsabilidad del predisponente por actos de sus representantes y auxiliares, en caso de dolo o culpa grave»; «[l]as que impongan al adherente que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionada» [art. 1262.3.a), b), c) y h) PC].

Según el artículo 1262.2 PC: «[s]e presumen abusivas las condiciones generales que, en perjuicio del adherente, establezcan

⁵⁰⁵ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 454.

⁵⁰⁶ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 455.

⁵⁰⁷ Sobre la pena y el incumplimiento doloso, MANRESA Y NAVARRO: «*La pena y la indemnización por dolo*.—Es, en nuestra opinión, otro caso de excepción á la regla general de incompatibilidad [se refiere a la regla del art. 1152 CC: pena sustitutoria], y lo entendemos así, no ya por el primer párrafo del art. 1102, que declara exigible la responsabilidad del dolo procedente en toda clase de obligaciones, sino principalmente por la segunda parte de dicho artículo, que se opone á la validez de toda renuncia anticipada de la acción para exigir tal responsabilidad. En efecto, esto supone que la ley no autoriza en modo alguno la impunidad del dolo por causa de convenios anteriores, y, por tanto, rechaza lo mismo la impunidad completa que la parcial, es decir, referida á aquellos perjuicios que no queden satisfechos con el importe de la pena convenida. Limitada así la cuestión, y no olvidando que, á falta de convenio especial, tiene la pena asignado el fin de reparar los perjuicios, concretamos así nuestra opinión: 1.º, que en caso de dolo en una obligación con cláusula penal, la prueba de aquél para reclamar más indemnización corresponde al actor; 2.º, que también, caso de pedirla, le corresponde la de existencia y cuantía de los perjuicios; y 3.º, que probando ambos extremos, podrá pedir la diferencia de dicha cuantía sobre el importe de la pena estipulada» [«Artículos 1152 y 1153 CC» (1901) tomo VIII pp. 225-226; más allá, por otro lado suele indicarse que no cabe que el Juez modere la cláusula penal con base en el art. 1154 CC si el incumplimiento fue doloso].

reglas distintas de las que, conforme al derecho dispositivo, le serían aplicables».

[148] *Propuesta mercantil*.—En virtud del artículo 66.2 PM:

«Si en el contrato se hubiere pactado que la parte que lo incumpla deberá pagar a la otra una suma determinada o determinable, la parte perjudicada por el incumplimiento tendrá derecho al pago de dicha suma sin tener que probar el daño y sin poder exigir, salvo pacto en contrario, una suma mayor por el daño excedente. La suma establecida podrá, en todo caso, ser modificada por el juez si fuera notoriamente desproporcionada al daño efectivamente sufrido.»

[149] Sobre el artículo 66.2 PM:

a) A diferencia de la regulación de la *Propuesta civil*, en la de la *Propuesta mercantil* no se diferencia de modo expreso entre «penas convencionales» e «indemnizaciones convenidas», sino que se refiere a una estipulación, descrita por su contenido.

b) Una de las ventajas de estipular una cláusula, cuyo contenido consista en la obligación del deudor de pagar una suma para el caso de incumplimiento y cláusula de carácter sustitutorio, es que el acreedor puede exigir tal suma sin tener que probar el daño efectivamente sufrido por el incumplimiento (ni su cuantía). El carácter sustitutorio de la estipulación justifica que el acreedor no puede exigir del deudor el mayor daño real derivado del incumplimiento, en relación con la cuantía resultante de aplicar la estipulación; esto, salvo pacto en contrario (norma dispositiva)⁵⁰⁸. El artículo 66.2 PM dispone esto que acabo de describir (cfr. arts. 1146 y 1147 PC)⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Para el Código civil, GÓMEZ POMAR: «El CC se limita a señalar que, salvo que se pacte como cumulativa o estrictamente sancionadora, la pena liquida o sustituye la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento (...). Corolario del carácter sustitutorio es la limitación del alcance de la indemnización de daños al importe de la pena, aun cuando los daños realmente producidos sean superiores, con la excepción del incumplimiento doloso, y siempre y cuando el incumplimiento producido corresponda al supuesto de hecho de la pena pactada y no sea un incumplimiento de naturaleza distinta (...). En la jurisprudencia, la inviabilidad de la reclamación del daño superior ha sido reconocida por las SSTs (...)» [*InDret* (3/2007) pp. 27-28].

⁵⁰⁹ a) Artículo 1146.I PC: «La prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal». Cotejando el artículo 1146.I PC con el artículo 66.2 PM, este se refiere al pago de una suma para el caso de incumplimiento, y el primero a la «prestación convenida»; es frecuente que la promesa del deudor para el caso de su incumplimiento consista en el pago de suma de dinero, pero puede también pactarse que el deudor ejecutará, para el caso de incumplimiento, una prestación diferente a la del pago de una suma (dar, hacer; *vid.* Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 457). En segundo lugar, el artículo 66.2 PM se refiere al incumplimiento del deudor sin mayor especificación; puede entenderse que incluye cualquier modalidad de incumplimiento, siendo los contratantes quienes determinan si la estipulación se aplica al no cumplimiento, al cumplimiento retrasado, o a la falta de conformidad, o a todos ellos (interpretación contractual); el artículo 1146 PC se preocupa de precisar los

c) El artículo 66.2 *in fine* PM prevé norma similar a la del artículo 1150 PC. Según el artículo 66.2 *in fine* PM, el Juez puede modificar en todo caso la suma estipulada si es notoriamente desproporcionada en relación con el daño efectivo. Debo llamar la atención sobre cierta diferencia expresiva entre los artículos 66.2 *in fine* PC y 1150 PC, de importante alcance. El artículo 66.2 PM dispone que la suma estipulada «podrá» ser modificada por el Juez, lo que ha de entenderse en el sentido de que la modificación es decisión discrecional (no arbitraria) del Juez (a petición de parte). El artículo 1150 PC ordena que «[e]l juez modificará», al igual que el artículo 1154 CC. Puede entenderse que, reunidos los requisitos dispuestos en el artículo 1150 PC, el Juez está obligado a modificar la pena (además, apreciación de oficio)⁵¹⁰.

IX. VALORACIÓN FINAL

[150] En la regulación de los remedios del incumplimiento (contractual), la *Propuesta civil* contiene importantes novedades comparado con la correspondiente normativa del Código civil. La *Propuesta civil* da expresa solución a cuestiones no reguladas en el Código civil sobre las que se han pronunciado los autores y el Tribunal Supremo; codifica líneas jurisprudenciales asentadas; normativiza ciertas interpretaciones doctrinales sobre las que posiblemente sea correcto decir que van siendo compartidas por un mayor

distintos tipos de incumplimiento en relación con los cuales puede estipularse una cláusula penal; en este precepto se emplea la expresión cumplimiento defectuoso, cuando en otros se emplea la de falta de conformidad (cfr. art. 1197 PC). b) Artículo 1147 PC: «La fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes». MARÍN GARCÍA considera que el artículo 1147 PC «se antoja reiterativo porque recoge una consecuencia necesaria de la función liquidatoria propia de cualquier cláusula penal –la imposibilidad del acreedor de reclamar el daño excedente–. Su novedad radica en facultar a las partes para que alteren la regla de defecto y pacten que el deudor deba resarcir al acreedor perjudicado si la cuantía de la pena es inferior al daño sufrido. Tal regulación disiparía cualquier clase de duda que pudiera existir sobre la validez de este pacto» [*InDret* (2/2009) p. 6]. *Vid.* la nota que precede a esta.

⁵¹⁰ Señala ARANA DE LA FUENTE, que según una antigua y vigente línea jurisprudencial, el artículo 1154 CC contiene un deber para el juez de modificar la pena si se da el supuesto de hecho normativo, lo que ha de aplicar de oficio; hay otra línea jurisprudencial minoritaria que considera que en el artículo 1154 CC se regula una facultad del Juez y no un deber, y su aplicación exige que sea solicitada por aquel a quien interesa [*ADC* (2009) pp. 1613-1614]. GÓMEZ POMAR: «Desde tiempo casi inmemorial, el Tribunal Supremo repite que la moderación no es facultativa sino obligatoria en los casos de cumplimiento parcial, irregular o defectuoso (...). Lo no aclarado plenamente por la jurisprudencia del TS es cuándo el incumplimiento se calificará como parcial o irregular a los efectos de la moderación (...)» [*InDret* (3/2007) p. 29]. Considera que se trata de una obligación del juez (la de moderar): SCÆVOLLA [«Artículos 1153, 1154 y 1155 CC» (1902) tomo XIX p. 839]. *Vid.* ESPÍN ALBA (1997) pp. 66-70.

número de autores. Bastantes de sus normas tienen su equivalente, o en la CISG, o/y en los Principios UNIDROIT, o/y PECL. Pero, todo esto no supone que la *Propuesta civil* constituya una brusca y total ruptura con el Derecho positivo, pues la comparación ha de hacerse con cómo se está aplicando e interpretando el Código civil, así como con las propuestas de reforma que los autores proponen.

La *Propuesta civil* supone, ante todo, una puesta al día de la regulación de los remedios por el incumplimiento contractual, que valorándola en términos genéricos considero adecuada, sin perjuicio de la oportunidad de algunas modificaciones que he apuntado, en esta fase de debate público.

[151] La *Propuesta mercantil* también se ubica en la línea de la actualización normativa de los remedios del acreedor por el incumplimiento contractual del deudor, siendo de menor alcance que la de la *Propuesta civil*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 12.^a ed., ed. Edisofer, Madrid (2004).
- ALBIEZ DOHRMANN, Jochen (dir.): *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, coords. M.^a Luisa Palazón Garrido/M.^a del Mar Méndez Serrano, ed. Atelier, Barcelona (2011).
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: *La cláusula rebus sic stantibus*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2003).
- ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret* (4/2010) 19 pp.
- «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», *ADC* (2009) pp. 1579-1686.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Artículo 1154 CC», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luélmo, ed. Lex Nova, Valladolid (2010) pp. 1281-1283.
- BADOSA COLL, Ferran: «Artículo 1098 CC», *Comentario del Código civil*, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 2.^a ed., Madrid (1993) pp. 28-30.
- «Artículo 1185 CC», *Comentario del Código civil*, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 2.^a ed., Madrid (1993) pp. 261-263.
- BARROS BOURIE, Enrique: «Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2009) pp. 11-78.
- BECH SERRAT, Josep Maria: «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias», *InDret* (1/2010) 48 pp.

- BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: «La imputación objetiva en el pensamiento jurídico del Prof. Vicente L. Montés Penadés», *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, coords. Francisco de P. Blasco Gascó/Mario E. Clemente Meoro/Francisco Javier Orduña Moreno/Lorenzo Prats Albertosa/Rafael Verdera Server, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2011) pp. 323-347.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Artículo 28 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. 229-234.
- «Artículo 1153 CC», *Comentario del Código Civil*, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid (1993) pp. 159-160.
- «Artículo 1154 CC», *Comentario del Código Civil*, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid (1993) pp. 160-161.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «Artículo 71 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 560-568.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (2010).
- «Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina», *InDret* (1/2006) 27 pp.
- «Comentario del artículo 1101 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 al 1124 del Código civil, ed. Edersa, Madrid (1989) pp. 630-666.
- «Comentario del artículo 1106 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 al 1124 del Código civil, ed. Edersa, Madrid (1989) pp. 666-709.
- «Comentario del artículo 1107 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 al 1124 del Código civil, ed. Edersa, Madrid (1989) pp. 709-752.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español común y foral*, tomo II, vol. 1, 4.ª ed., Madrid (1939).
- CASTILLA BAREA, Margarita: *La imposibilidad de cumplir los contratos*, ed. Dykinson, Madrid (2000).
- CLEMENTE MEORO, Mario E.: «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación española», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2131, mayo de 2011, 16 pp.
- 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 (BMJ)* (mayo de 2005) núm. 1988 pp. 108-124.
- «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXIII (enero de 2009) suplemento.
- «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).
- 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 (BMJ)*, año LX, (1 de febrero de 2006) núm. 2006, pp. 605-618.
- 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 (ed.), The Hague, Kluwer Law International (2000). Esta obra está traducida al español: *Principios de Derecho contractual europeo (los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Partes I y II, a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España (2007).
- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: «El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código civil español», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2134 (septiembre de 2011) 17 pp.
- DE CASTRO VÍTORES, Germán: *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, ed. Dykinson (2009).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, ed. Civitas (1971), ed. fac. (1985).
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, coord. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, 2.ª ed. Colex (2008) pp. 183-228.
- DE VRIES, Gerard: «Right to Specific Performance: Is There a Divergence between Civil-and Common-Law Systems and, If So, How Has It Been Bridged in the DCFR?», *ERPL*, vol. 17, núm. 4 (2009) pp. 581-597.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: José Luis Lacruz Berdejo/Francisco de Asís Sancho Rebullida/Jesús Delgado Echeverría/Francisco Rivero Hernández, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, *Parte General, Delito y Cuasidelito*, 2.ª ed., ed. Librería Bosch (1985) Barcelona.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2130 (abril de 2011) 9 pp.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6.ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2008).
- *El escándalo de daño moral*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (2008).
- «Commodum ex negotiatione», *ADC* (2007) pp. 1601-1617.
- «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», *ADC* (2003) pp. 1565-1574.
- «Artículo 61 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid, (1998) pp. 492-496.
- «Artículo 62 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 496-499.
- «Artículo 64 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid, (1998) pp. 502-508.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/ROCA TRÍAS, E./MORALES, A.M.: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, ed. Civitas, Madrid (2002).
- DURÁN RIVACOBA, Ramón: «Apunte sobre la propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos», *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, coords. José Carlos Sánchez González/Francisco Javier Gardeazábal del Río/

- Pedro José Garrido Chamorro, ed. Civitas/Consejo General del Notariado/Thomson (2010) pp. 219-253.
- EBERS, Martín: «La reforma y europeización del Derecho alemán de obligaciones», *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, coords. Ferran Badosa Coll/Esther Arroyo i Amayuelas, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2006) pp. 40-78.
- ESPÍN ALBA, Isabel: *La cláusula penal: especial referencia a la moderación de la pena*, ed. Marcial Pons (1997).
- FENOY PICÓN, Nieves: «El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta Española de Modernización del Código Civil de 2009», *Incumplimiento contractual, Nuevas perspectivas*, coord. Íñigo de la Maza Gazmuri, Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado VII, ed. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2011) pp. 27-46.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento» *ADC* (2010) pp. 47-136.
- «Artículo 1486 CC», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid (2010) pp. 1620-1623.
- «Sentencia de 5 de junio de 2008: Lucro cesante: el beneficio (neto) de la venta; Lucro cesante: la pérdida de volumen del negocio: el vendedor puede llevar a cabo la venta frustrada por el incumplimiento del comprador y la posterior venta en la que el vendedor enajenó la máquina destinada a cumplir la primera venta. Interés positivo. En el tráfico mercantil, el fin de la actividad económica es la obtención del beneficio empresarial, por lo que la frustración de una venta necesariamente acarrea la pérdida de su beneficio. Daño emergente. Art. 1106 CC. Venta de reemplazo. Sistema abstracto de valoración de los daños», *CCJC*, núm. 80, mayo-agosto (2009) pp. 571-590.
- «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *ADC* (2009) pp. 157-280.
- *El sistema de protección del comprador*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 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.
- «Comentario a la de STS de 14 de abril de 1998: Contrato verbal; atípico, con grandes analogías con el arrendamiento *ad meliorandum* o *ad aedificandum*, y mixto; oneroso pero con un importante componente de liberalidad; plazo de duración de la relación obligatoria: no determinado; denuncia del contrato; acción reivindicatoria; gastos de construcción; gastos necesarios y no gastos útiles; derecho de retención, posesión de buena fe», *CCJC*, núm. 48, septiembre-diciembre (1998) pp. 1075-1095.
- *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Centro de Estudios Registrales, Madrid (1996).
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Iurgium, Madrid (2001).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos: «La Cláusula Rebus Sic Stantibus (Comentario a la sentencia de 17 de mayo de 1957)», *ADC* (1958) pp. 1267-1275.

- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «La formación del contrato en la propuesta para la modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2131, mayo de 2011, 18 pp.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Artículos 1484 a 1490 CC», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XIX, artículos 1445 al 1541 del Código civil, 2.^a ed., Madrid (1991) pp. 361-394.
- 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, María Paz: «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *ADC* (2010) pp. 1621-1642. También publicado en *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2130, abril de 2011, 15 pp.
- «Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», *Derecho de daños*, Fundación coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2009) pp. 79-133.
 - «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato en la Ley de enjuiciamiento civil. Algunas cuestiones», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2003) pp. 1881-1902.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «Artículo 162 TRLGDCU», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex (2011) pp. 1374-1398.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret* (3/2007) 49 pp.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la remoteness rule», *ADC* (2011) pp. 125-156.
- «*The Achilles: La Remoteness Rule* sometida a debate en la *House of Lords*», *Incumplimiento contractual: nuevas perspectivas*, coord. Íñigo de la Maza Gazmuri, Cuadernos de análisis jurídico, Colección Derecho privado, VII, ed. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2011) pp. 295-311.
- HONNOLD, John O.: *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid (1987 de la trad.).
- JEREZ DELGADO, Carmen: *La anulación del contrato*, ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2011).
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «La responsabilidad del mayor daño sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor», *ADC* (2010) pp. 753-806.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: José Luis Lacruz Berdejo/Francisco de Asís Sancho Rebullida/Jesús Delgado Echeverría y Francisco Rivero Hernández, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, *Parte General, Delito y Cuasidelito*, 2.^a ed., Barcelona (1985).
- LAMARCA MARQUÉS, Albert (dir.): *Código civil alemán y Ley de introducción al Código civil. Bürgerliches Gesetzbuch, traducción*, ed. Marcial Pons (2008).

- LANDO, Ole/CLIVE, Eric/PRÜM, André/ZIMMERMANN, Reinhard: *Principles of European Contract Law, Part III*, ed. Kluwer Law International, London (2003). Esta obra está traducida al español, *Principios de Derecho contractual europeo, Parte III*, (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo») ed. Ole Lando/Hugh Beale, ed. española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Emdid Irujo, Fernando Martínez Sanz, ed. Colegios Notariales de España (2007).
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Artículo 1108 CC», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid (2010) pp. 1221-1224.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual. Especial alusión a la venta de viviendas», *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, coords. Joan Manuel Abril Campoy/M.^a Eulalia Amat Llari, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2006) pp. 1715-1738.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «Artículo 45 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 405-414.
- «Artículo 46 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 414-423.
- «Artículo 47 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 423-426.
- «Artículo 48 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 427-434.
- «Artículo 49 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 435-444.
- «Artículo 50 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 444-455.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: «Artículos 1152 y 1153 CC», *Comentarios al Código civil español*, con la colaboración de varios juristas y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas, tomo VIII, Madrid (1901) pp. 222-227.
- «Artículos 1484, 1485 y 1486 CC», *Comentarios al Código civil español*, con la colaboración de varios juristas y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas, tomo X, Madrid (1905) pp. 206-217.
- 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.
- MARKESINIS, Basil S./UNBERATH, Hannes/JOHNSTON, Angus: *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2 ed., Hart Publishing (2006).
- MARTÍN CASALS, Miquel/SOLÉ FELIU, Josep: «Comentario a la STS de 31 de octubre de 2002: Responsabilidad decenal. Ruina funcional. Daños morales derivados de incumplimiento contractual. Daño moral derivado de la lesión de bienes inmateriales», *CCJC*, núm. 61 (2003) pp. 245-269.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.^a: *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, ed. Thomson/Civitas, Madrid (2003).
- McKENDRICK, Ewan: *Contract Law*, 8th ed., Palgrave Macmillan (2009).
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Artículo 7.1 CC», *Comentario del Código civil*, tomo I, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de

- León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 2.^a ed., Madrid (1993) pp. 37-56.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo: «El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias», *Incumplimiento contractual: Nuevas Perspectivas*, coord. Íñigo de la Maza Gazmuri, Cuadernos de análisis jurídico, Colección de Derecho Privado VII, ed. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2011) pp. 83-105.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: «Artículo 81 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 660-670.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato», *Incumplimiento contractual: nuevas perspectivas*, coord. Íñigo de la Maza Gazmuri, Cuadernos de análisis jurídico, Colección Derecho privado, VII, ed. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2011) pp. 263-293.
- «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos en el marco del Derecho europeo», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coords. M.^a Luisa Palazón Garrido/M.^a del Mar Méndez Serrano, ed. Atelier, Barcelona (2011) pp. 400-422.
 - *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).
 - «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», *La modernización del Derecho de obligaciones*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006) pp. 17-54.
 - «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», *La modernización del Derecho de obligaciones*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) pp. 55-92.
 - «El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor», *La modernización del Derecho de obligaciones*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006) pp. 189-202.
 - «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa», *ADC* (2003) pp. 1609-1651.
 - «Artículo 1486 CC», *Comentario del Código civil*, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, tomo II, Ministerio de Justicia, 2.^a ed., Madrid (1993) pp. 959-962.
 - «Artículo 1490 CC», *Comentario del Código civil*, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, tomo II, 2.^a ed., Madrid (1993) pp. 967-970.
- NIETO ALONSO, Antonia: «Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *ADC* (2006) pp. 1115-1197.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: «El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España: un estudio desde el Derecho Privado europeo», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coord.

- M.^a Luisa Palazón Garrido/M.^a del Mar Méndez Serrano, ed. Atelier, Barcelona (2011) pp. 423-447.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Artículo 78 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo, ed. Civitas (1998) pp. 628-634.
- «Artículo 74 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 579-609.
- «Las nuevas bases de responsabilidad contractual» *ADC* (1993) pp. 1719-1745.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* (1991) pp. 1019-1091.
- «Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación», *Centenario del Código civil*, Asociación de Profesores de Derecho civil, tomo II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid (1990) pp. 1561-1591.
- «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC* (1989) pp. 1143-1168.
- PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: *La protección aquiliana del Derecho de Crédito*, Fundación Benficientia et Peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid (2005).
- PISULINSKI, Jerzy/ZOLL, Fryderick/SZPUNAR, Maciej: «Article 8:301 ACQP», *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier, European Law Publishers, Munich (2009) pp. 411-420.
- PUIG BRUTAU, José: Traducción y comentario de Derecho español a la obra *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza* de Lon L. Fuller y William R. Perdue, ed. Bosch, Barcelona (1957).
- PUYALTO FRANCO, María José: «Algunas reflexiones a propósito de la modernización de la legislación mercantil en materia de contratos», *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, dir. Carles E. Florensa i Tomàs, coord. Josep M. Fontanelles Morell, ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires (2011) pp. 535-549.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2132 (junio de 2011) 23 pp.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: «La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual», *RJUAM*, núm. 15 (2007) pp. 239-263.
- «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *ADC* (2003) pp. 829-848.
- «La reparación del daño moral en el marco del futuro Derecho contractual europeo», *Estudios en Homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, coords. Albertosa del Río/Moliner Navarro, vol. II, Universitat de València (2008) pp. 937-968.
- RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: «La propuesta de anteproyecto de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos. Diferencias y similitudes en el cumplimiento», *Revista jurídica del notariado*, núm. 76 (2010) pp. 271-300.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: «Sobre la Cláusula Penal en el Código civil», *ADC* (1993) pp. 511-587.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Artículo 1185 CC», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid (2010) pp. 1318-1319.

- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *InDret* (4/2009) 60 pp. También publicado en *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2130 (abril de 2011) 48 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, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 635-656.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», trabajo publicado en este mismo *ADC* [*ADC* (2011) fascículo IV]; agradezco a la autora su amabilidad en haber podido consultarlo; lo cito indicando el año (2011) y el correspondiente apartado del trabajo.
- «The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles», *ERPL* (1-2011) pp. 144-153.
- «Artículo 1124 CC», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid (2010) pp. 1247-1251.
- «Artículo 1503 CC», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid (2010) pp. 1638-1639.
- *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Fundación Benificencia et Peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid (2004).
- «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *ADC* (2002) pp. 1115-1132.
- SÁNCHEZ CASTRO, Juan David: «El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?», *ADC* (2010) pp. 1725-1787.
- SCÆVOLA, Mucius Q.: «Artículos 1153, 1154 y 1155 CC», *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la edición oficial*, tomo XIX, Madrid (1902) pp. 830-840.
- «Artículo 1486 CC», *Código civil concordado y comentado extensamente con arreglo á la edición oficial*, tomo XXIII, Madrid (1906) pp. 614-626.
- SCHULZE, Reiner: «El *acquis communautaire* y el marco común de referencia para el derecho contractual europeo», *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*, ed. Dykinson, Madrid (2009) pp. 51-61.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La extensión de la obligación de indemnizar: algunas reflexiones en torno al art. 1107 CC», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coords. Francisco de P. Blasco Gascó/Mario E. Clemente Meoro/Francisco Javier Orduña Moreno/Lorenzo Prats Albentosa/Rafael Verdura Server, tomo II, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2011) pp. 2489-2506.
- SOLÉ FELIU, Josep: «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», *InDret* (1/2009) 42 pp.
- SOLER PRESAS, Ana: «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de noviembre de 1994)», *ADC* (1995) pp. 951-969.
- *La Valoración del daño en el Contrato de Compraventa*, ed. Aranzadi, Pamplona (1998).

- «Artículo 77 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. 621-628.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE: *Principles of European Law. Sales (PEL S)*, prepared by Ewoud Hondius/Viola Heutger/Christoph Jeloschek/Hanna Sivesand/Aneta Wiewiorowska, Sellier, Munich (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, ed. Sellier, Munich (2009). Cit. VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I.
- TORRELLES TORREA, Esther: «Artículo 117 TRLGDCU», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1080-1086.
- «Artículo 119 TRLGDCU», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1090-1097.
- «Artículo 120 TRLGDCU», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1097-1105.
- 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. Cit. Principios UNIDROIT (2004).
- VAQUER ALOY, Antoni: «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *ADC* (2011) pp. 5-39; también publicado en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coords. M.^a Luisa Palazón Garrido/M.^a del Mar Méndez Serrano, ed. Atelier, Barcelona (2011) pp. 369-399.
- VELASCO, A.: «La prestación agobiante en las obligaciones de carácter mercantil», *RDM*, vol. 5, núm. 5 (1948) pp. 431-437.
- VERDERA SERVER, Rafael: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia (1995).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 16 (julio de 2011) pp. 243-302.
- *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, Valparaíso (2006).
- «La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 18, núm. 1, Valdivia (2005).
- «La noción de persona razonable en la compraventa internacional», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2003) pp. 3277-3306.
- VIGURI PEREA, Agustín: *Los contratos comerciales internacionales. Análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios UNIDROIT y Convención de*

- Viena), ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (2007).
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «Criterios de Imputación en la responsabilidad contractual», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2132 (junio de 2011) 9 pp.
- 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 de Esther Arroyo y Amayuelas, ed. Bosch, Barcelona (2005) (2008 de la trad.) pp. 41-86. Cit. «Los medios de tutela».
- «La evolución de la responsabilidad por falta de conformidad en el Derecho alemán de la compraventa», *El nuevo Derecho alemán de obligaciones: un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción de Esther Arroyo y Amayuelas, ed. Bosch, Barcelona (2005) (2008 de la trad.) pp. 87-137. Cit. «La evolución de la responsabilidad».
- «El nuevo derecho alemán sobre la prescripción y el capítulo 14 de los Principios de Derecho Contractual Europeo», *El nuevo Derecho alemán de obligaciones: un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción de Esther Arroyo y Amayuelas, ed. Bosch, Barcelona (2005) (2008 de la trad.) pp. 139-181. Cit. «El nuevo derecho alemán sobre la prescripción».
- ZWEIGERT, Konrad/KÖTZ, Hein: *An Introduction to Comparative Law*, translated from the German by Tony Weir, 3rd. rev. ed., Oxford, Clarendon.

La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno? *

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA **

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este trabajo analiza el régimen jurídico de la resolución por incumplimiento en la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación. Se compara la Propuesta con la Convención de Viena de Compraventa internacional de Mercaderías, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios de derecho contractual europeo y el proyecto de Marco Común de Referencia. El tratamiento que recibe la resolución por incumplimiento en la Propuesta es correcto, pero puede ser mejorado en algunos aspectos.

PALABRAS CLAVE

Incumplimiento. Remedios. Resolución por incumplimiento esencial. Resolución tras el transcurso del plazo adicional. Incumplimiento anticipado. Notificación de la resolución. Efectos de la resolución.

* Este trabajo tiene su origen en la ponencia pronunciada en el *I Colloque franco-espagnol sur le Droit des Obligations. Les avant-projets de réforme du Droit des Obligations*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, los días 17 y 18 de febrero de 2011.

** 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). El presente trabajo se inserta en el Proyecto de investigación DER 2008-00968/JURI.