

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.

ABSTRACT

This paper analyses the legal framework of the termination for non-performance in the Proposal to Modernize the Law of Obligations and Contracts prepared by the Spanish Law Commission. The essay compares it with the Vienna Convention on International Sale of goods, the Unidroit Principles of international commercial contracts, the Principles of European Contract Law and the draft of Common Frame of Reference. The treatment of the termination for non-performance in the Proposal is in general terms correct and portrays a modern regulation. There is nevertheless room for improvement in some aspects.

KEYWORDS

Non-performance. Remedies. Termination for non-performance. Termination for fundamental non-performance. Termination after fixing additional time for performance. Anticipated non-performance. Notice of termination. Effects of termination.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El significado de la resolución por incumplimiento:* 1. La resolución como remedio legal frente al incumplimiento. 2. La resolución por incumplimiento y su relación con el resto de remedios: 2.1 La elección del remedio por el acreedor (el denominado *ius electionis*) y la compatibilidad de la resolución con el remedio indemnizatorio. 2.2 El *ius variandi* del acreedor.—III. *¿Cuándo procede la resolución?: los incumplimientos resolutorios:* 1. El incumplimiento resolutorio en el CC. 2. Los incumplimientos resolutorios en la Propuesta de modernización: 2.1 Noción unitaria y neutra de incumplimiento. 2.2 La resolución por incumplimiento esencial. 2.3 La resolución por transcurso infructuoso del plazo adicional para cumplir. 2.4 La resolución por riesgo patente de incumplimiento.—IV. *¿Cómo hay que proceder para resolver el contrato?: el ejercicio de la resolución.*—V. *Los efectos de la resolución:* 1. Los efectos liberatorios. 2. Los efectos restitutorios.—VI. *Valoración de la Propuesta. ¿Lo mejor es enemigo de lo bueno?*

I. INTRODUCCIÓN

A finales de 2009, el Ministerio de Justicia publicó la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación (en adelante, la Propuesta o PMDOC)¹. En dicha Propuesta, el título dedicado a las obligaciones, tiene un capítulo consagrado al incumplimiento, que se inicia con una sección que contiene las «Disposiciones generales», seguida de otras cuatro

¹ Comisión General de Codificación. Sección de Derecho civil, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, 2009.

secciones destinadas a cada uno de los remedios contractuales (acción de cumplimiento, reducción del precio, resolución por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios).

En el presente escrito, pretendo realizar un análisis crítico de estas normas de la Propuesta de modernización sobre incumplimiento; más concretamente, de la regulación que se propone del remedio resolutorio. Para ello voy a tener en cuenta de dónde partimos —es decir, el Código civil español de 1889 y su evolución jurisprudencial a lo largo de más de un siglo de aplicación— y adónde hemos querido llegar, lo que me lleva a analizar no sólo la Propuesta, sino también las tendencias del moderno derecho de contratos que han servido de inspiración a los redactores de la misma. De hecho, en la exposición de motivos de la Propuesta se plantea, como uno de sus objetivos, la aproximación del derecho español a este nuevo derecho contratos², constituido, básicamente, por la Convención de Viena de 1980, de compraventa internacional de mercaderías (en adelante, CISG), los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante, Principios UNIDROIT) y los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante, PECL).

Puedo anticipar ya que, en la materia que me ocupa, la Propuesta de modernización supone, sin ninguna duda, un importante paso hacia delante, que contrasta con la actual redacción del Código civil. La Propuesta proporciona un tratamiento del incumplimiento y sus remedios muy satisfactorio. Ahora bien, el hecho de que valore muy positivamente la Propuesta no impide que, en un análisis detallado, realice ciertas sugerencias que creo que mejorarían la regulación de la resolución por incumplimiento y del incumplimiento en general, de ahí la pregunta que titula este trabajo: ¿acaso lo mejor es enemigo de lo bueno?

² *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Exposición de motivos, p. 19. Luis Díez-PICAZO, «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, 2011, pp. 2 y 3.

Téngase en cuenta que, por las fechas de elaboración de la propuesta (1994 a 2008), sus redactores no tuvieron en cuenta el proyecto de Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR) que se publicó en 2009 ni, por supuesto, el informe publicado en mayo de 2011 por el Grupo de expertos en Derecho contractual europeo, que ha elaborado un estudio sobre la viabilidad de un derecho de contratos europeo para consumidores y usuarios [Expert Group on European Contract Law, *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*, disponible en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf (visitado el 9 de octubre de 2011)]. Dicho estudio presenta una interesante propuesta de regulación del contrato de compraventa y de los contratos de servicios asociados al contrato de compraventa (instalación y mantenimiento) cuando se celebran entre empresarios o entre un empresario y un consumidor. Recientemente se ha publicado la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011 (en adelante, CESL).

Para cumplir con el objetivo propuesto, he estructurado el estudio en cuatro apartados. En el primero de ellos, me ocupo del significado de la resolución por incumplimiento; de su ubicación, como un remedio que la ley ofrece al acreedor en caso de incumplimiento, y de su encaje en el sistema de responsabilidad contractual diseñado en la Propuesta. El segundo apartado está dedicado al incumplimiento resolutorio, es decir, a las características que debe reunir el incumplimiento para que el acreedor disponga del remedio resolutorio o, dicho en otras palabras, a determinar cuáles son las causas por las cuales se puede proceder a la resolución. El tercero determina qué procedimiento debe seguirse para que opere la resolución, es decir, cuál es el modelo de resolución que se contempla en la Propuesta de modernización. Para finalizar, en el apartado cuarto, expongo cuáles son los efectos de la resolución según la Propuesta y, finalmente, formulo unas conclusiones acerca de la posibilidad de replantear alguno de los aspectos regulados en la Propuesta.

II. EL SIGNIFICADO DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Hay que reconocer que el Código civil de 1889 presenta importantes deficiencias en la denominada «responsabilidad contractual», entendida en sentido amplio; es decir, en la reglamentación del incumplimiento y los remedios que el ordenamiento pone a disposición del perjudicado por el mismo³. De hecho, el Código civil español, al igual que otros códigos decimonónicos, no contiene una regulación ordenada del incumplimiento, y los remedios frente al mismo aparecen regulados de forma asistemática. Como ejemplo para ilustrar esta afirmación, baste señalar el caso de la resolución por incumplimiento, que se regula en un único precepto, el artículo 1124, que se encuentra ubicado entre las obligaciones condicionales⁴. Por este motivo, una de las líneas básicas de la Propuesta está constituida por la reforma planteada en esta materia; concretamente, se contempla un sistema de responsabilidad contractual basado en una noción unitaria de incumplimiento y se establece un régimen articulado de remedios frente al mismo. Según la Propuesta, hay incumplimiento cuando el deudor «no realiza exactamente la prestación principal o cualquiera otro de los deberes que de la relación obligatoria

³ *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Exposición de motivos, p. 22.

⁴ Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 1103, lo califica como el precepto más importante del derecho de contratos español.

resulten»⁵. Ante esta situación, el acreedor puede acudir a los remedios que le ofrece el ordenamiento, que, según el artículo 1190 PMDOC, son: la pretensión de cumplimiento (*vid.* arts. 1192 a 1196), la reducción del precio (arts. 1197 y 1198), la resolución del contrato (arts. 1199 a 1204) y la indemnización de daños y perjuicios (arts. 1205 a 1212)⁶. Junto a ellos, el artículo 1191 PMDOC contempla la figura de la suspensión de la ejecución de la propia prestación hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Téngase en cuenta, no obstante, que esta nueva forma de contemplar el incumplimiento y los remedios no es novedosa, sino que está inspirada claramente en la CISG (aunque referida exclusivamente al contrato de compraventa), en los Principios UNIDROIT⁷ y en los PECL⁸ (posteriormente, se ha mantenido en el DCFR)⁹.

Es importante resaltar que el hecho de que, en el sistema concebido por la Propuesta, todos los remedios tengan como presupuesto el incumplimiento no significa que todos ellos concurren en cualquier supuesto de incumplimiento, puesto que cada uno tiene sus propios presupuestos de ejercicio¹⁰. También es relevante tener en cuenta que aunque ninguno de los remedios que aparecen en la Propuesta resulta totalmente novedoso para el derecho español, lo cierto es que su diseño, en algunos casos, dista mucho del que se le dio en el Código civil en 1889¹¹. Así, por ejemplo, según la Propuesta, la pretensión de

⁵ Artículo 1188 PMDOC.

⁶ *Vid. Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, cit., Exposición de motivos, VIII, pp. 22 y 23.

⁷ El capítulo 7 está dedicado al incumplimiento y contempla como remedios frente al mismo: la suspensión del cumplimiento (art. 7.1.3), el derecho a reclamar el cumplimiento (arts. 7.2.1 a 7.2.5), la resolución (arts. 7.3.1 a 7.3.5) y el resarcimiento (arts. 7.4.1 a 7.4.13).

⁸ El capítulo 8, dedicado al incumplimiento y a los remedios en general, comienza declarando que, en caso de incumplimiento de una obligación por una de las partes, la otra puede acudir a cualquiera de los remedios previstos en el capítulo 9 para el caso de incumplimiento [art. 8:101 (1)]. Dichos remedios son: el derecho al cumplimiento (arts. 9:101 a 9:103), el derecho a suspender el cumplimiento (art. 9:201), el derecho a resolver el contrato (arts. 9:301 a 9:309), el derecho a la reducción del precio (art. 9:401), y el derecho a la indemnización de daños y perjuicios (arts. 9:501 a 9:510). Cuando se está en presencia de un incumplimiento excusable conforme a lo previsto en el art. 8:108, queda excluido el recurso al cumplimiento y a la indemnización de daños y perjuicios [art. 8:101 (2)].

⁹ El DCFR dedica el capítulo 3 del libro III sobre las obligaciones a los remedios frente al incumplimiento. El III.-3:101 dispone que, ante el incumplimiento de una obligación, el acreedor dispone de los remedios previstos en dicho capítulo [III.-3:101 (1)]. Los remedios son: el derecho a reclamar el cumplimiento (III.-3:301 a 3:303), el derecho a suspender el cumplimiento de la obligación recíproca (III.-3:401), la resolución (III.-3:502 a 3:514), el derecho a reducir el precio (III.-3:601), y el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios (III.-3:701 a 3:713). Tratándose de un incumplimiento excusable, el acreedor dispone de los remedios mencionados, exceptuando el derecho a exigir el cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios [III.-3:101 (2)].

¹⁰ *Vid.* Exposición de motivos, pp. 22 y 23.

¹¹ Ahora bien, también es importante reconocer que, a pesar de esta diferencia de diseño, una parte importante de la doctrina española y de las decisiones jurisprudenciales, claramente inspiradas en los textos internacionales que he mencionado, han sido capaces de realizar una interpretación correctora del Código civil y de aproximar el derecho espa-

cumplimiento contempla dos modalidades –la reparación y la sustitución–, que no aparecen en el texto codificado; la reducción del precio se contempla como un remedio general, mientras que el Código civil la concibe principalmente en el marco de las acciones edilicias (acción *quanti minoris*); y la suspensión del cumplimiento de la propia prestación, en la Propuesta, es un remedio sustantivo, mientras que su equivalente en el ordenamiento español actual es la *exceptio non adimpleti contractus*, de naturaleza claramente procesal.

1. LA RESOLUCIÓN COMO REMEDIO LEGAL FRENTE AL INCUMPLIMIENTO

Hoy ya nadie discute en España que la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC es un remedio legal frente al incumplimiento¹² y que su ubicación, en la sección primera del capítulo III, bajo la rúbrica «De las obligaciones puras y condicionales», es claramente desafortunada¹³. Además, la regulación que recibe esta figura, limitada al precepto mencionado, ha resultado ser insuficiente y ha planteado importantes problemas en su aplicación, dando lugar a una jurisprudencia muy numerosa y no precisamente unánime¹⁴. Todo ello ha desembocado en que la revisión de la figura de la resolución por incumplimiento en el derecho español se ha centrado, en primer lugar, en reubicarla y aclarar que se trata de un remedio legal frente al incumplimiento y, en segundo lugar, en desarrollar su régimen.

Así, con buen criterio y claramente inspirada en los textos del moderno derecho de obligaciones¹⁵, la PMDOC cambia de ubicación

ñol de contratos a este nuevo sistema de ordenación de los remedios. *Vid.* por todos, Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, que hace una breve y lúcida exposición de esta superación en las pp. 37-38 y 336; y Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, XLVI, 1993, pp. 1719-1745, p. 1727.

¹² Por todos, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 812; Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., p. 1731; Mario CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1998, §§ 1 y 3; y Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1103-1104.

¹³ Encarna ROCA TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, 2011, p. 5, llega a decir que el artículo 1124 CC es una norma extravagante en este contexto.

¹⁴ Luis Díez-PICAZO, «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», cit., p.7, habla de una jurisprudencia proteica.

¹⁵ *Vid.* sobre todo, los Principios UNIDROIT (arts. 7.3.1 a 7.3.6) y los PECL (arts. 9:301 a 9:309). Aunque la CISG también responde en cierta medida a esta estructura, presenta especialidades, al regular exclusivamente el contrato de compraventa.

Ultimamente, siguiendo la estela de los textos que le preceden, el DCFR dedica el libro III a las obligaciones y su capítulo III a los remedios frente al incumplimiento. Entre ellos se sitúa la resolución por incumplimiento (*termination*), regulada en III.-3:501 a 3:514.

la resolución por incumplimiento y la sitúa en el capítulo del incumplimiento, entre los remedios legales puestos a disposición del contratante perjudicado por el mismo¹⁶. Además, pretende ofrecer una regulación completa de esta figura, de tal manera que una de las secciones del capítulo dedicado al incumplimiento está destinada al remedio resolutorio (arts. 1199 a 1204), ocupándose allí de todos los aspectos relativos a la misma (causas de resolución, forma de ejercicio y efectos). De hecho, hay autores que llegan a afirmar que la regulación de la resolución es la parte más importante de la Propuesta¹⁷, que en general ha sido bien recibida por los especialistas en la materia¹⁸.

2. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y SU RELACIÓN CON EL RESTO DE REMEDIOS

Una vez establecido que la resolución es simplemente uno de los remedios de los que dispone el acreedor ante el incumplimiento del deudor, otra de las cuestiones que hay que analizar es la relación que ésta mantiene con el resto de los remedios que integran la responsabilidad contractual, entendida en sentido amplio.

2.1 La elección del remedio por el acreedor (el denominado *ius electionis*) y la compatibilidad de la resolución con el remedio indemnizatorio

En el derecho español actual, el artículo 1124 CC declara: «el 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». Dicho precepto se inspira en el artículo

¹⁶ Respecto de la ubicación de la resolución, CLEMENTE MEORO resalta el hecho de que aparece situada en el régimen general de las obligaciones, cuando se trata de un remedio claramente contractual (Mario CLEMENTE MEORO, «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*, núm. 2131, 2011, p. 3).

¹⁷ Como reconocen los trabajos que se van publicando sobre la Propuesta, se trata de la modificación más importante que contiene el proyecto de reforma (por todos, Luis Díez-PICAZO, «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, 2011, p. 6 y Encarna ROCA TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, 2011, p. 15).

¹⁸ Véase Encarna ROCA TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», cit., p. 15 y Mario E. CLEMENTE MEORO, «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», cit., p. 16.

1184 CC francés, que se expresa en unos términos muy similares¹⁹. De la lectura de este precepto se extraen dos conclusiones. La primera de ellas es que el Código civil contrapone el ejercicio de la resolución a la pretensión de cumplimiento o de ejecución forzosa²⁰. Parece, por tanto, que, producido el incumplimiento, el acreedor ha de optar entre la resolución (si el incumplimiento reúne las características exigidas para que se trate de un incumplimiento resolutorio; *vid. infra* 2) o el cumplimiento del contrato; es lo que se conoce como *ius electionis*.

La segunda conclusión es que la indemnización de daños y perjuicios es compatible con el ejercicio del remedio resolutorio. La razón para reconocer la compatibilidad de ambos remedios es muy sencilla: la resolución tutela el interés del acreedor insatisfecho, permitiéndole recuperar los recursos invertidos en el contrato; a pesar de ello, con la resolución el acreedor no ve totalmente satisfecho el interés protegido por el contrato; eso sólo se consigue a través de la indemnización. Por este motivo, el derecho a la indemnización de daños y perjuicios queda vigente a pesar de la resolución del contrato.

Aunque sobre lo anterior hay consenso en la doctrina española, lo cierto es que ha existido una discusión acerca del interés indemnizable en caso de resolución. Durante un tiempo prevaleció la idea de que lo procedente era indemnizar el interés negativo (o interés de la confianza; es decir, el interés del contratante que resuelve el contrato en ser colocado en la misma situación en la que se encontraría si el contrato incumplido no se hubiera celebrado), basándose en que, con la resolución, se pretende volver a la situación anterior a la celebración del contrato²¹. Se consideraba que el contratante que opta por la resolución renuncia al cumplimiento, por lo que es incompatible con el interés positivo. En cambio, la doctrina hoy mayoritaria defiende que la resolución por incumplimiento es compatible con una indemnización que cubra el interés contractual positivo o interés de cumplimiento, colocando al contratante que opta por la resolución en la misma situación en la que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido. La indem-

¹⁹ Artículo 1184 CC francés: «La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts».

²⁰ Salvo en el caso de disconformidad en las ventas de bienes muebles de consumo, en las que la acción de resolución es subsidiaria de la de cumplimiento (art. 121 TRLGDCU). Vid. Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1104.

²¹ Por todos, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario a la STS de 17 de junio de 1986», *CCJC*, núm. 11, 1986, pp. 3773- 3788, p. 3782 y Francisco JORDANO FRAGA, «Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1987», *CCJC*, núm. 15, 1987, pp. 5183-5207, p. 5192.

nización cubre, por tanto, el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener: daño emergente y lucro cesante. La doctrina dominante considera que no hay contradicción entre resolver y reclamar el interés contractual positivo, pues no es cierto que el contratante que opta por resolver quiera que todo suceda como si el contrato no se hubiera celebrado²². La indemnización en este caso debe estar dirigida a permitir que el contratante que resuelve obtenga satisfacción por lo que MORALES MORENO ha denominado «interés en obtener o realizar la prestación al precio establecido en el contrato». Por eso, la indemnización se concreta en la operación de reemplazo y, además, en la reparación de otros posibles daños²³.

La Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos afronta ambas cuestiones —el *ius electionis* del perjudicado por el incumplimiento y la compatibilidad de la resolución con el remedio indemnizatorio— de forma atinada y claramente inspirada en los textos del moderno derecho de contratos.

El primer acierto de la Propuesta se encuentra en la ubicación del artículo 1190 PMDOC, precepto que se ocupa de establecer los remedios disponibles. Este precepto forma parte de la sección dedicada a las disposiciones generales en el capítulo dedicado al incumplimiento, de tal forma, que, inmediatamente después de la definición del incumplimiento (art. 1188 PMDOC), aparecen los remedios frente al mismo²⁴. El segundo acierto está en contemplar un abanico de remedios entre los que el acreedor puede elegir, siempre que se den los presupuestos de cada uno de ellos²⁵. Así, como bien señala el artículo 1190 PMDOC, en caso de incumplimiento, el *ius electionis* del acreedor no se limita a los remedios de la resolución y el cumplimiento exclusivamente, sino que puede elegir entre: exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios (arts. 1205 a 1212). A ello hay que añadir lo dispuesto en el artículo 1191 PMDOC, que, en el caso de relaciones obligatorias sinalagmáticas, permite al acreedor suspender la ejecución de la propia prestación hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la

²² Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, XLII, 1989, pp. 1143-1168, p. 1153 y «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., p. 1734; Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 816; Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., pp. 43-44 y CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, p. 58.

²³ Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, pp. 187 y 188.

²⁴ *Vid.* igualmente el artículo 8:101 (1) PECL y III.3:101 (1) DCFR.

²⁵ Álvaro VIDAL OLIVARES, «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, 2011, pp. 243-302, pp. 269-270 y p. 273.

contraprestación. La Propuesta ha optado por dejar que sea el acreedor el que elija entre todos los remedios cuál es el que más conviene a sus intereses, sin establecer una jerarquía entre ellos, al igual que los textos que le sirven de inspiración. Ahora bien, la Propuesta establece una importante excepción para los casos de falta de conformidad en el contrato de compraventa, puesto que en tal caso sí se organizan los remedios jerárquicamente, de tal forma que el comprador tiene que insistir en el cumplimiento antes de acudir al remedio resolutorio (*vid.* art. 1482 y ss.)²⁶.

Por su naturaleza, resulta claro que ciertos remedios son incompatibles, por lo que el acreedor necesariamente ha de optar. Así, no puede pretender a la vez la resolución y el cumplimiento del contrato, o la resolución y la reducción del precio²⁷. Sin embargo, la indemnización de daños y perjuicios admite un ejercicio conjunto con el resto de remedios. El propio artículo 1190 PMDOC declara expresamente la compatibilidad del remedio indemnizatorio con el resto de remedios (y lo reitera el art. 1205 PMDOC al iniciar la regulación de la indemnización de daños y perjuicios). Aunque no había ninguna duda, también en la regulación de la resolución el artículo 1202 PMDOC establece que, resuelto el contrato, el perjudicado por el incumplimiento tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que éste le haya causado. Ésta es la solución que ya contemplaba el Código civil español, y es la que hoy predomina en derecho comparado²⁸ y en los textos internacionales sobre derecho de contratos (CISG²⁹, Principios UNIDROIT³⁰, PECL³¹ y DCFR³²).

²⁶ Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., p. 274.

En la exposición de motivos se reconoce que, aunque la jerarquización de los remedios en el caso de la compraventa no está expresamente formulada, resulta del artículo 1485, y la razón para establecerla está en el intento de conservar el contrato y dar al vendedor la oportunidad de subsanar su incumplimiento (aunque éste tenga carácter esencial, añadido yo).

En el CESL, en los contratos celebrados entre empresarios, el vendedor tiene derecho a subsanar un cumplimiento defectuoso antes de que la otra parte pueda acudir a otros remedios, como la resolución del contrato o la reducción del precio. En los contratos entre empresario y consumidor, el consumidor dispone libremente de la opción entre exigir la reparación o la sustitución, el derecho a suspender el cumplimiento de su prestación, la resolución del contrato, la reducción del precio y la indemnización de daños y perjuicios.

²⁷ Luis DÍEZ-PICAZO, Encarna ROCA, Antonio Manuel MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 350.

²⁸ Así, ordenamientos que antes no lo admitían han procedido a su reconocimiento. Por ejemplo, ha sido incorporado al BGB en la reforma de 2001 (*vid.* § 325 BGB). Antes se consideraba que la resolución era incompatible con el remedio de la indemnización.

²⁹ Artículos 45 (2) y 75 CISG.

³⁰ Los Principios UNIDROIT declaran expresamente que el ejercicio de la resolución no excluye la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios [art. 7.3.5 (2)] y también establecen una norma concreta sobre indemnización en caso de resolución (art. 7.4.5).

³¹ Arts. 8:102 y 9:506 PECL.

³² Esta solución aparece consagrada también en el DCFR: III.-3:102, III.-3:509 y III.-3:706, III.-3:707.

Además, el artículo 1202 PMDOC, dando respuesta a una de las discusiones doctrinales, declara expresamente: «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», con lo que resulta evidente que los autores de la Propuesta optan por la solución de indemnizar el denominado interés positivo y establecen una presunción de daño provocado por el incumplimiento³³.

2.2 El *ius variandi* del acreedor

Cuando el acreedor puede optar entre diferentes remedios, surge la cuestión de qué sucede una vez que ha elegido uno de ellos; concretamente, cabe preguntarse si puede cambiar de opinión y optar por otro de los remedios inicialmente disponibles o si, por el contrario, se encuentra vinculado por la elección hecha en un primer momento y no puede después abandonar la opción inicial y ejercitar otro remedio. Es lo que se conoce como *ius variandi*, cuya reglamentación debe tener en cuenta los intereses en juego. La seguridad del tráfico y la protección de los intereses del otro contratante exigen que el *ius variandi* sea limitado³⁴.

En esa línea, en el caso español, el artículo 1124 CC contempla un *ius variandi* limitado³⁵: si el perjudicado opta por el cumplimiento y éste resulta imposible, todavía puede pedir la resolución; en cambio, si opta por la resolución, como regla general, no puede exigir después el cumplimiento³⁶.

Pues bien, la Propuesta se inclina por seguir reconociendo un *ius variandi* limitado, aunque ligeramente diferente a lo previsto en

³³ VIDAL OLIVARES considera que es un desacierto que la PMDOC haya omitido una regla de fijación de una indemnización mínima consistente en la diferencia entre el precio del contrato y el de la operación de reemplazo o el precio de mercado, cuando no fuere posible o razonable tal sustitución. Aún así, reconoce que el hecho de que no se haya expresado esta regla, que se encuentra en los textos que han inspirado a los redactores de la Propuesta, no impide que los jueces fijen la indemnización utilizando este criterio (Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., pp. 289).

³⁴ Es importante no confundir este *ius variandi* en la elección de remedios con la posibilidad de que el acreedor conceda un plazo adicional al deudor para que cumpla, transcurrido el cual, el acreedor dispone de todos los remedios frente al incumplimiento (vid. *infra* 2.2.3). La figura de la concesión de un plazo adicional al deudor para que cumpla no es propiamente un remedio frente al incumplimiento, sino la oportunidad que se da al deudor para cumplir antes de acudir al sistema de remedios. Vid. la CISG (arts. 47 y 63); los Principios UNIDROIT (art. 7.1.5); los PECL (art. 8:106); y el DCFR (III.-3:103).

³⁵ Luis Díez-PICAZO, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., p. 809.

³⁶ Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 403-405.

el Código civil. Concretamente, contempla este *ius variandi* para el caso de que el acreedor opte por el remedio del cumplimiento y el recurso a este remedio resulte infructuoso. Con mayor acierto que el Código civil de 1889, considera que no es necesario que el cumplimiento resulte imposible para que el acreedor pueda abandonar su elección y optar por otro remedio, sino que basta con que el acreedor no vea satisfecho su interés. Así, el artículo 1194 PMDOC declara: «(e)l 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 reconoce»³⁷. De los textos calificados como moderno derecho de contratos, únicamente se refiere expresamente a este *ius variandi* el artículo 7.2.5 de los Principios UNIDROIT, que contempla la posibilidad de un cambio de remedio para el caso de que el acreedor haya optado por el cumplimiento y, tratándose de obligaciones no dinerarias, no lo haya obtenido porque no resulte factible la ejecución de un mandato judicial³⁸. En este último caso, el acreedor puede acudir a cualquier otro remedio³⁹.

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 previstos⁴⁰.

³⁷ Mario CLEMENTE MEORO, «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», cit., p. 7, resalta el hecho de que sólo se contempla el *ius variandi* en el caso de obligaciones no dinerarias. Este autor lleva a cabo una interpretación del artículo 1200.1 PMDOC que le permite defender la existencia de *ius variandi* también en las obligaciones dinerarias. No creo, sin embargo, que sea necesaria hacer una interpretación de este tipo, porque, como defenderé más adelante, al otorgar un plazo adicional al deudor para que cumpla, el acreedor no ha optado todavía por ningún remedio (*vid. infra* 2.2.3).

³⁸ Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., p. 280. Este autor considera que la PMDOC no ofrece una adecuada protección al deudor que está dispuesto a cumplir y se encuentra preparando la ejecución de la prestación.

³⁹ En el DCFR, aunque no se dice expresamente, en el Comentario (C) a III.-:3:102 relativo a la acumulación de remedios se hace referencia a la posibilidad de un cambio de remedio. Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Christian von Bar y Eric Clive (ed.), vol. 1, Sellier-European Law Publisher, Múnich, 2009, pp. 777 y 778.

⁴⁰ *Vid.* la Sección general del capítulo III del libro III del DCFR dedicado a los remedios por incumplimiento.

III. ¿CUÁNDO PROCEDE LA RESOLUCIÓN?: LOS INCUMPLIMIENTOS RESOLUTORIOS

Para comprender mejor el alcance de la PMDOC en materia de incumplimiento resolutorio, conviene recordar, previamente, cómo están las cosas en el Derecho español actual y después analizar en qué consiste el incumplimiento resolutorio en la Propuesta.

1. EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO EN EL CC

El Código civil español carece de una definición del incumplimiento en general y, más aún, del incumplimiento que permite a uno de los contratantes optar por la resolución del contrato. Como presupuesto de la resolución, el artículo 1124 CC únicamente hace referencia al hecho de que «uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe». Probablemente, la razón por la cual el legislador español no especificó las características que debe revestir el incumplimiento para ser causa de resolución se encuentra en el modelo de resolución que contempla. El Código civil español opta por un sistema judicial; esto significa que la resolución la declara el juez después de comprobar que ésta resulta procedente (*vid. infra* 3). Aunque inicialmente no resultaba imprescindible efectuar la determinación legal del incumplimiento resolutorio, porque se deja a la apreciación del juez que conoce del caso concreto, basta con echar un simple vistazo a los estudios doctrinales y a los repertorios de jurisprudencia para comprobar la enorme discusión y litigiosidad que ha suscitado la ausencia de previsión legal acerca del incumplimiento resolutorio⁴¹.

Existe acuerdo en la jurisprudencia y en la doctrina en afirmar que no basta cualquier incumplimiento para provocar la resolución, sino que ésta sólo resulta procedente cuando se está en presencia de un incumplimiento importante o significativo. Ahora bien, se han empleado fórmulas muy diferentes para expresarlo y se han tenido en cuenta muy diversos factores en la determinación de la existencia o no de un incumplimiento resolutorio⁴², de manera, además, contradictoria en ocasiones. Así, hay sentencias que distinguen entre obligaciones principales y accesorias, para afirmar que no procede

⁴¹ Son muy gráficas las palabras de Luis Díez PICAZO, *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 13, que dice que constituye un «enigma» la determinación de en qué casos los incumplimientos contractuales pueden ser causa de resolución. *Vid.* Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1115.

⁴² Mario CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 18.

la resolución por el incumplimiento de estas últimas⁴³; pero también hay ocasiones en las que el Tribunal Supremo declara la resolución cuando el incumplimiento de una obligación accesoria provoca el incumplimiento de la principal, o cuando dicho incumplimiento provoca «graves» consecuencias en el contrato⁴⁴. En otros momentos, el Tribunal Supremo se ha referido a un incumplimiento «grave», lo cual tenía ciertas connotaciones culpabilísticas; y, últimamente, ha abandonado este término y emplea otros que tienen un carácter más objetivo. Así, por un lado, tratándose de incumplimientos totales y definitivos, cuando el cumplimiento ya no es posible o ya no es útil para satisfacer el interés del acreedor, el Tribunal Supremo acuerda la resolución y afirma que se está en presencia de un incumplimiento esencial; el carácter esencial del incumplimiento se determina atendiendo al resultado que el incumplimiento provoca en la relación contractual⁴⁵. El propio Tribunal Supremo reconoce que el concepto de incumplimiento esencial que maneja tiene una clara inspiración en la CISG, en los PECL y en los Principios UNIDROIT (*vid. infra* 2.1)⁴⁶. Por otro lado, en los casos de incumplimientos que plantean dudas respecto a su entidad (mero retraso, cumplimiento parcial o defectuoso), el Tribunal Supremo recurre a fórmulas muy variadas para determinar la importancia del incumplimiento. Así, en ocasiones, afirma que es necesario que exista «propio y verdadero» incumplimiento, que sea «esencial» o «de importancia y trascendencia para la economía del contrato». Otras veces declara que el incumplimiento ha de suponer «la falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes a través del contrato»; o «la quiebra de la finalidad económica del contrato», «la frustración del fin práctico perseguido», o bien, la frustración de un «interés legítimamente atendible»⁴⁷.

Por lo que respecta a la doctrina, ésta se muestra hoy unánime a la hora de afirmar que la resolución sólo procede cuando se está en presencia de un incumplimiento que revista cierta importancia, al que denomina «incumplimiento resolutorio»⁴⁸.

⁴³ *Vid.*, por ejemplo, SSTS 31 de julio de 2002 (RJ 2002/8435) y 14 de mayo de 2007 (RJ 2007/3404).

⁴⁴ CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, cit., p. 20.

⁴⁵ CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, cit., p. 22. *Vid.* más detalles sobre el incumplimiento esencial en la jurisprudencia, Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., pp. 857-863.

⁴⁶ SSTS 5 de abril de 2006 (RJ 2006/1921), 30 de octubre de 2008 (RJ 2008/5806) y 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009/525).

⁴⁷ SSTS 10 de octubre de 2004 (RJ 2004/6571), 3 de marzo de 2005 (RJ 2005/4731) y 20.9. 2006 (RJ 2006/8401, entre otras).

⁴⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 842. Quizá haya sido Fernando PANTALEÓN PRIETO uno de los autores que con más acierto se ha

También parece haber consenso en la jurisprudencia y en la doctrina a la hora de afirmar que la falta de delimitación del incumplimiento en el Código civil español permite fundar la resolución en cualquier manifestación del mismo, de tal manera que no sólo está disponible en los casos de incumplimiento total y definitivo (imposibilidad), sino también en los supuestos de retraso, de cumplimiento defectuoso o de cumplimiento parcial⁴⁹.

Sin embargo, la cuestión que más discrepancias ha ocasionado es la relativa a la exigencia o no de culpa para que exista incumplimiento resolutorio. Tradicionalmente, la noción de incumplimiento se ha elaborado en torno a la valoración de la conducta del deudor y a la exigencia de culpabilidad para que exista incumplimiento. Han sido muchos los autores españoles que han afirmado que sólo procede el recurso a la resolución prevista en el artículo 1124 CC cuando el incumplimiento es imputable al deudor⁵⁰ y todavía hoy quedan autores que mantienen esta solución, aunque reconocen que hay discrepancias doctrinales⁵¹. Según esta concepción tradicional del incumplimiento y de la resolución, los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable caen fuera del ámbito de aplicación del artículo 1124 CC español, pues no se concibe como un problema de responsabilidad, entendida en sentido estricto, sino de riesgos⁵².

enfrentado a esta cuestión. Concretamente, el autor ha declarado que el presupuesto de la resolución es «un incumplimiento de entidad y circunstancias tales que, razonablemente, teniendo en cuenta el deber infringido y las exigencias de la buena fe, no quepa exigir al acreedor que continúe vinculado por el contrato». Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual» cit., pp. 1732-1733.

⁴⁹ Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., p. 239; Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 828.

Respecto al denominado «cumplimiento defectuoso», hay que tener en cuenta que, a pesar de que el Código civil contiene, en materia de compraventa, las reglas tradicionales sobre el tratamiento de los vicios ocultos y la concesión al deudor de las llamadas acciones edilicias (la acción redhibitoria y la acción de reducción del precio), el Tribunal Supremo, en ocasiones, ha considerado que concurría un caso de falta de conformidad y ha aplicado las reglas generales del incumplimiento.

⁵⁰ M. MIGUEL TRAVIESAS, «Obligaciones recíprocas», *RDP*, 192, 1929, pp. 273-288, p. 278; Ramón M. ROCA SASTRE, «El riesgo en el contrato de compraventa», en *Estudios de Derecho Privado I*, Bosch, Barcelona, 1948, pp. 389-403, p. 394 y Federico PUIG PEÑA, *La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral*, *RGLJ*, 221, 1966, pp.9-26, pp. 14 y 19.

⁵¹ Afirman que el tenor del artículo 1124 CC español parece ofrecer una base a la exigencia de culpabilidad. Por todos, Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2008, pp. 152 a 168.

⁵² A falta de una regulación expresa de la atribución de riesgos, los autores tradicionales aplican o bien la doctrina de los riesgos (Ángel CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 188; Tomás OGÁYAR AYLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del CC*, Aranzadi, Pamplona, 1983, pp. 17 y 167 a 170; y, ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pp. 167 y 168), o bien acuden a los principios inspiradores del propio artículo 1124 CC o del artículo 1274 CC, que regula la causa –entendiendo que la imposibilidad supone una sobrevenida desaparición de la causa, que justifica la resolución–, si bien reconocen que su opinión no ha sido

Por el contrario, existe otro sector doctrinal, hoy claramente mayoritario, que considera que el remedio resolutorio no exige que el incumplimiento sea subjetivamente imputable al deudor. Se produce una redefinición del incumplimiento, al margen de la culpa, y la resolución deja de ser vista como una sanción al contratante incumplidor y se concibe como un medio de protección y defensa de la parte de la relación obligatoria que sufre el incumplimiento⁵³. Esta nueva concepción del incumplimiento y de la resolución por incumplimiento supone que sean tratados como problemas de incumplimiento algunos de los que tradicionalmente se situaban en la doctrina de los riesgos.

En cuanto a la jurisprudencia, según ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, procede la resolución cuando estamos en presencia de «un hecho obstativo que de modo definitivo e irreformable impide el cumplimiento», que puede deberse a culpa o a caso fortuito⁵⁴. A pesar de ello, en el resto de manifestaciones del incumplimiento (cuando no hay imposibilidad), durante muchos años, la jurisprudencia ha exigido la presencia de una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» para que proceda la resolución, lo que implica la exigencia del requisito de la culpabilidad del deudor.

Ahora bien, a partir de la década de los ochenta, el Tribunal Supremo ha ido matizando su doctrina y se puede decir que, hasta hoy, han convivido tres líneas jurisprudenciales: una primera, totalmente minoritaria, sigue exigiendo el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde (entre otras muchas, la STS 18 de noviembre de 1994); otra matiza la exigencia de este requisito (bien porque lo presume por el mero hecho del incumplimiento o de la frustración del contrato para conceder la resolución, o bien porque le basta con una actitud contraria al cumplimiento)⁵⁵; finalmente, la tercera de las líneas jurisprudenciales, hoy claramente mayoritaria, prescinde

adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que considera que la imposibilidad sobrevenida no imputable es una justa causa de resolución del artículo 1124 CC español, y afirma que forma parte del supuesto de hecho de la norma el «hecho obstativo que de modo absoluto impide el cumplimiento». Por todos, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 315, nota 114.

⁵³ El primer intento importante en este sentido le corresponde a Juan José PINTÓ RUIZ, «En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)», 2.^a parte, *RJC*, 1953, pp. 424 a 446. Posteriormente, por todos, Luis Díez-PICAZO, «Resolución (D.^o Civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5889-5899, p. 5890; Fernando PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., pp. 1732 y 1733; Mario CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cit., p. 89; y Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1116.

⁵⁴ SSTs 25 de noviembre de 1946 (RJ 1946/1183), 19 de enero de 1990 (RJ 1990/16) y 24 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9210). Vid. Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 178 a 198.

⁵⁵ STS 19 de junio de 1985 (RJ 1985/2830).

de este elemento y atiende a la frustración del contrato para conceder la resolución⁵⁶.

En resumen, a pesar de la indefinición del Código civil, es posible concluir que se ha producido una evolución en el ordenamiento español en materia de resolución por incumplimiento y que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia hoy mayoritaria se ha impuesto la idea de que la resolución es un mecanismo de protección del acreedor en aquellos casos en los que exista un incumplimiento importante o esencial, que puede revestir cualquier manifestación (imposibilidad, retraso, cumplimiento parcial, defectuoso...), sin exigir que el mismo sea subjetivamente imputable al deudor⁵⁷.

2. LOS INCUMPLIMIENTOS RESOLUTORIOS EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN

En nuestro país, las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales han puesto de manifiesto que una regulación eficiente de la resolución por incumplimiento exige que en ella se determine en qué consiste el incumplimiento que da lugar a la resolución. La Propuesta de modernización del Código civil español, siguiendo el modelo que proporciona el moderno derecho de contratos, opta por definir el incumplimiento en general como presupuesto de todos los remedios y, posteriormente, en la regulación de cada uno de los remedios, especifica los requisitos que se deben reunir para cuidar a cada uno de ellos⁵⁸.

En la Propuesta, siguiendo los pasos marcados por los textos que la inspiran, junto a la resolución por incumplimiento esencial, se concede el recurso a la resolución cuando, existiendo retraso o falta de conformidad, transcurre infructuosamente el plazo adicional otorgado al deudor para que cumpla y cuando hay un riesgo patente de incumplimiento esencial.

Siguiendo un orden lógico, voy a analizar primero qué se entiende por incumplimiento en la Propuesta y después los requisitos que éste debe reunir cuando se trata de acudir al remedio resolutorio.

⁵⁶ SSTS 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8290) y 31 de mayo de 2007 (RJ 2007/4336). Vid. Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *RJC*, 2, 2009, pp. 479-496, pp. 475-478.

⁵⁷ Entre otros, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 656; Fernando PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., pp. 1732-1733; y Lis Paula SAN MIGUEL, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 126-127.

⁵⁸ Encarna ROCA, «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», cit., p. 8.

2.1 Noción unitaria y neutra de incumplimiento

Según el artículo 1188 PMDOC, hay incumplimiento «cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten»⁵⁹. Esta definición se refiere a un incumplimiento «unitario» y «neutro», y está claramente inspirada en los textos del moderno derecho de contratos.

Es una noción «unitaria» de incumplimiento porque pretende englobar todas las manifestaciones que éste puede revestir⁶⁰. En este propósito de abarcar todas las apariencias del incumplimiento, la Propuesta coincide con los textos en los que se inspira, pero, a diferencia de lo previsto en los Principios de UNIDROIT y en los PECL, la propuesta española no especifica qué formas o tipos de incumplimiento existen y, por tanto, no declara expresamente que todos ellos quedan cubiertos por el concepto de incumplimiento. Así, mientras que el artículo 7.1.1. Principios UNIDROIT afirma que el incumplimiento «consiste en la falta de ejecución por una de las partes de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío» y, de forma similar, el artículo 1:301 PECL sostiene que el incumplimiento (*non-performance*) consiste en cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato incluyendo expresamente el cumplimiento tardío o defectuoso⁶¹, la PMDOC se limita a declarar que existe incumplimiento cuando no se realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes, sin aclarar que incluye el retraso en el cumplimiento y el cumplimiento defectuoso o la falta de conformidad. A pesar de ello, luego existen menciones concretas a determinadas manifestaciones del incumplimiento; así, por ejemplo, en las normas sobre resolución

⁵⁹ Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuesta de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, LXIII, 2010, pp. 42-136, p. 69, pone de relieve que esta definición del incumplimiento es similar a la de los PECL y a la que proporciona Díez-PICAZO (Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 654).

⁶⁰ *Vid.* las reflexiones de Antoni VAQUER ALOY sobre la redacción del artículo 1188 PMDOC («El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?»), *ADC*, LXIV, 2011, pp. 5-39, p.9). Álvaro VIDAL OLIVARES se refiere a una noción amplia y objetiva («El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit. p. 263).

⁶¹ Por lo que respecta al DCFR, en el III.-1:102 (3), define el incumplimiento de una obligación como cualquier falta de cumplimiento de dicha obligación, sea o no excusable, incluyendo el cumplimiento retrasado y cualquier otra forma de cumplimiento que no se corresponda con los términos que regulan la obligación.

El artículo 87 (I) CESL, define el incumplimiento en el contrato de compraventa y especifica las diferentes manifestaciones que puede revestir.

por incumplimiento se refiere expresamente a los supuestos de retraso y falta de conformidad (*vid.* art. 1.200 PMDOC; o el art. 1.197 PMDOC, que regula el remedio de la reducción del precio en los casos de falta de conformidad).

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» no eran consideradas antes propiamente incumplimiento⁶². Me refiero a algunos supuestos de imposibilidad inicial⁶³, que tradicionalmente se han considerado 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, integra los denominados vicios ocultos y tiene 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 general⁶⁴.

Además, en relación a esta falta de conformidad, regulada expresamente en la PMDOC en materia del contrato de compraventa (arts. 1474 y ss), y que incluye el cumplimiento defectuoso, el cumplimiento parcial, y el *aliud pro alio*⁶⁵ podría resultar oportuno

⁶² FENOY PICÓN considera que la opción por la que se ha decantado la Propuesta es correcta. Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuesta de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento», cit., p. 75.

⁶³ *Vid.* artículo 1460 PMDOC: «La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos». La imposibilidad inicial constituye incumplimiento cuando resulta razonable que el acreedor confíe en la posibilidad del cumplimiento. Más detalles en Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., pp. 267 y 278.

⁶⁴ Mario CLEMENTE MEORO, «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», cit., p.5; y Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., pp. 265-266.

No obstante, es cierto que el Tribunal Supremo, con cierta creatividad, ha logrado considerar que se estaba en presencia de un incumplimiento en supuestos que inicialmente encajaban en la noción de vicio oculto (*vid.* Luis Díez PICAZO, «La Propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos», cit., p. 3 y Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», cit., p. 483).

⁶⁵ Mario CLEMENTE MEORO, «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», cit., p. 6. Sobre la noción

tuno incluir dicha noción en las disposiciones generales del incumplimiento y, posteriormente, regular para cada tipo contractual su régimen especial en caso de falta de conformidad⁶⁶.

En segundo lugar, la noción de incumplimiento de la Propuesta se caracteriza como «neutra»⁶⁷. Ello es así porque la causa por la cual se ha dejado de cumplir no afecta a la propia existencia del incumplimiento⁶⁸. Esta concepción neutra del incumplimiento, que se corresponde con la evolución que ha experimentado nuestro derecho, está claramente inspirada en los Principios UNIDROIT, cuyo artículo 7.1.1 admite la existencia de incumplimiento sin necesidad de precisar cuál ha sido la causa del mismo⁶⁹, y algo similar sucede en los PECL, que definen el incumplimiento con independencia de que sea o no excusable (art. 1:301 PECL)⁷⁰. La construcción objetiva del incumplimiento elimina la distinción entre incumplimientos imputables, a los que se les aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se les aplicaría la doctrina de los riesgos⁷¹. Si bien la existencia o no de causas de exoneración puede afectar a la aplicación de determinados remedios, según la Propuesta no afecta a la resolución por incumplimiento, que opera como en el resto de manifesta-

de falta de conformidad en la propuesta, *vid.* Antoni VAQUER ALOY, «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *cit.*, especialmente, pp. 11 a 22.

⁶⁶ *Vid.* VAQUER ALOY, «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *cit.*, pp. 38 y 39.

⁶⁷ Nieves FENYO PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuesta de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *cit.*, p. 70.

⁶⁸ Ahora bien, aun existiendo incumplimiento, según declara el artículo 1088 segundo párrafo: «(n)adie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque». *Vid.* Nieves FENYO PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuesta de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *cit.*, pp. 93-98.

⁶⁹ Esto es así, salvo que el mismo haya sido causado por una acción u omisión del propio acreedor o por un acontecimiento del que éste haya asumido el riesgo (art. 7.1.2 Principios Unidroit).

⁷⁰ Según se resalta en los comentarios, el término *non-performance* claramente se distingue del término *breach of contract*, que sólo abarca el incumplimiento no excusable (por ejemplo, conforme a las reglas de la *frustration*).

Recientemente, el DCFR, en III.-1:102 (3) define el incumplimiento de una obligación como cualquier falta de cumplimiento de la misma, sea o no excusable. El carácter excusable o no del incumplimiento lo determina el III.-3:104; y tanto si el incumplimiento es excusable como si no, el acreedor dispone del remedio resolutorio.

⁷¹ Ahora bien, siguen siendo necesarias normas que, en determinados contratos (*v.gr.*, compraventa), establezcan en qué momento se produce la traslación de los riesgos al otro contratante. En este sentido, la Propuesta de modernización del Código civil español contiene una nueva redacción para el artículo 1452, que elige el momento de la entrega como momento de transmisión de riesgos al comprador, teniendo en cuenta que el vendedor ha hecho todo lo que le incumbe en el cumplimiento de su obligación de entrega, según la modalidad de entrega prevista. *Vid.* más detalles sobre transmisión del riesgo en la PMDOC en Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», *cit.*, pp. 268-269.

ciones del incumplimiento. Esto último marca una diferencia de la Propuesta con lo que establecen los PECL, que, en los casos de imposibilidad excusable (según lo previsto en el art. 8:108 PECL), disponen que el contrato queda automáticamente resuelto en el momento de producirse la imposibilidad [art. 9:303 (4) PECL]⁷². En esta materia la Propuesta sigue la línea de los Principios UNIDROIT, que no establece ninguna especialidad para la resolución en los casos de que el incumplimiento sea «excusable»⁷³.

2.2 La resolución por incumplimiento esencial

El artículo 1199 PMDOC comienza la sección dedicada a la resolución por incumplimiento declarando: «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». Por tanto, el remedio resolutorio estará disponible cuando el incumplimiento (definido conforme se ha visto en el apartado anterior) tenga carácter esencial.

De la lectura del precepto surgen inmediatamente dos comentarios. El primero de ellos tiene que ver con la evolución que ha sufrido el Derecho español, en el que la doctrina y la jurisprudencia más actual, a pesar de la falta de determinación legal, coinciden en exigir que se esté en presencia de un incumplimiento esencial para admitir el recurso a la resolución. Así, podríamos decir que el precepto supone la legalización de la solución actual.

El segundo de los comentarios surge de la comparación de este precepto con las soluciones que establecen los textos del denominado nuevo derecho de la contratación, que admiten el recurso al remedio resolutorio cuando se está en presencia de un incumplimiento importante o «esencial». En este caso, al igual que en la PMDOC, el acreedor perjudicado por el incumplimiento dispone inmediatamente de la resolución por incumplimiento. Así, lo establecen los artículos 49 (1) (a) y 64 (1) (a) CISG⁷⁴, el artículo 7.3.1 (1) Principios

⁷² Sigue su estela el DCFR: en caso de impedimento excusable permanente, se extingue la obligación y su recíproca [III. 3:104 (4)]. En la Propuesta del Grupo de expertos en derecho contractual europeo, se prevé la resolución automática del contrato si el incumplimiento se debe a un impedimento excusable y permanente [vid. art. 91 (2)].

⁷³ El artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT define la «fuerza mayor» y en su apartado (4) aclara que ésta no impide el ejercicio del derecho de resolución.

⁷⁴ Artículo 49 (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 Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato».

UNIDROIT⁷⁵, el artículo 9:301 (1) PECL⁷⁶ y, recientemente, el DCFR, III.-3:503 (1)⁷⁷. Las diferencias entre ellos las encontramos a la hora de establecer los criterios para determinar cuándo se está en presencia de un incumplimiento esencial.

Comenzaré por la CISG, que claramente ha sido la fuente de inspiración de los redactores de los Principios UNIDROIT y de los PECL. El artículo 25 de la CISG declara que hay un incumplimiento esencial cuando éste: «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». Esta definición es independiente de la forma que revista el incumplimiento (falta total de cumplimiento, retraso, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial...) y gira en torno a dos requisitos: (1) debe privar sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato⁷⁸; y (2) dicho resultado debe resultar previsible para el deudor⁷⁹.

Siguiendo la senda marcada por la CISG, los Principios UNIDROIT definen el incumplimiento esencial y establecen ciertos criterios para determinar cuándo la falta de cumplimiento constituye un incumplimiento esencial. En concreto, el precepto que regula la resolución por incumplimiento esencial [*vid.* art. 7.3.1 (2)] menciona cinco aspectos que deben tenerse en cuenta para determinar el carácter esencial del incumplimiento. El primero de ellos es muy similar al artículo 25 CISG, pues se refiere a un incumplimiento que priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que

Artículo 64 (1): «El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

(a) Si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato».

⁷⁵ Artículo 7.3.1.(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.»

⁷⁶ Artículo 9:301 (1): «A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental.»

⁷⁷ DCFR III. – 3:502: Termination for fundamental non-performance

(1) A creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental.

⁷⁸ El interés protegido no es el interés subjetivo del perjudicado por el incumplimiento, sino el interés que se deriva de los concretos términos del contrato; es decir, de los fines perseguidos por ambas partes, tal y como concibieron el contrato al concluirlo.

⁷⁹ Cuando se discutió la redacción de este precepto, no se llegó a un acuerdo en cuanto al momento en el cual la parte incumplidora tenía que prever tal resultado. *Vid.* John HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3.^a ed., Kluwer Law International, La Haya, 1999, § 183. Hay dos momentos posibles: el momento de la conclusión del contrato y el momento en que tiene lugar el incumplimiento. En mi opinión, atendiendo a los intereses de las partes y a la distribución de los riesgos del incumplimiento que se realiza en el momento de celebración del contrato, éste debe ser el momento relevante para determinar la previsibilidad.

tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado. Este criterio no atiende a la concreta obligación incumplida, sino a las consecuencias que tiene su incumplimiento, y tiene en cuenta la previsibilidad de las mismas. El segundo criterio hace referencia al hecho de que la ejecución estricta de la prestación insatisfecha forme parte de la esencia del contrato. Este aspecto atiende no tanto a las consecuencias del incumplimiento sobre el contrato, cuanto al carácter esencial que las partes del contrato han atribuido al cumplimiento de una obligación. El tercer criterio hace mención a un incumplimiento intencionado o temerario. El cuarto criterio se refiere al hecho de que el incumplimiento dé razones al acreedor para desconfiar de que la otra parte cumplirá en el futuro. Y el quinto criterio toma en cuenta el hecho de que la resolución del contrato haga sufrir al deudor una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

Los PECL también definen el incumplimiento esencial, pero no lo incluyen en la regulación de la resolución, como se ha visto que hacen los Principios UNIDROIT, sino que, para determinar cuándo se está en presencia de un incumplimiento esencial, es necesario acudir a los artículos introductorios al capítulo sobre incumplimiento y remedios en general; concretamente, al artículo 8:103 PECL. Según este último precepto, para determinar si un incumplimiento es esencial, hay que tener en cuenta tres criterios que ya resultan familiares, pues coinciden, salvo alguna omisión, con los previstos en los Principios UNIDROIT. El primero de ellos se refiere al hecho de que la estricta observancia de la obligación incumplida forme parte de la esencia del contrato. El segundo contempla el caso en que el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tiene derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no lo haya previsto o no haya podido razonablemente prever tal resultado. Y el tercero contempla los casos en los que el incumplimiento es intencionado y da al acreedor motivos para creer que no puede confiar en el futuro cumplimiento.

Por último, según el DCFR, el incumplimiento es esencial (a) cuando priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, aplicado a la totalidad o a una parte importante del cumplimiento, a menos que, en el momento de la conclusión del contrato, el deudor no hubiera previsto ni podido prever razonablemente dicho resultado; o (b) cuando es intencional o temerario y da razones al acreedor para creer que no se producirá

el cumplimiento futuro del deudor⁸⁰. Todo ello lo recoge en el precepto que regula la resolución por incumplimiento esencial [II.-3:503 (2)]⁸¹.

A la vista de estos textos, 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 necesario⁸². Sin embargo, no me parece del todo adecuada 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 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 resolutorio⁸³.

⁸⁰ En el comentario A del III.-3502, se hace notar las diferencias que presenta con el artículo 8:103 PECL. Los autores del DCFR consideran que el criterio de la estricta observancia de la obligación incumplida como esencia del contrato, para determinar cuándo se está en presencia de un incumplimiento esencial, no constituye un criterio que merezca ser aplicado como una regla general a todos los contratos, y por tanto lo suprime. Además, la definición del incumplimiento esencial se hace en los preceptos relativos a la resolución por incumplimiento. *Vid.* Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 853.

⁸¹ También el CESL opta por definir el incumplimiento esencial, si bien lo hace en las disposiciones generales sobre obligaciones y remedios de las partes. El artículo 87 comienza definiendo el incumplimiento en el párrafo (1), y en el párrafo (2) establece en qué consiste el incumplimiento esencial. Lo hace en unos términos muy parecidos a la CISG:

«Un incumplimiento de una obligación por una parte será esencial si:

(a) priva substancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o

(b) sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora.»

⁸² Luis Díez-PICAZO, considera que la falta de definición no plantea inconvenientes y que el precepto puede integrarse con las afirmaciones jurisprudenciales e incluso con la doctrina emanada de la CISG los PECL («La Propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos», cit.). Mario CLEMENTE MEORO también propone acudir a la CISG y a los PECL para integrar la noción de incumplimiento esencial [«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», cit., p. 5].

⁸³ Álvaro VIDAL OLIVARES también prefiere la definición de los PECL («El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., pp. 286 y 287).

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)⁸⁴. 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 remedios frente al incumplimiento (por ejemplo, para poder optar por la sustitución del bien en caso de cumplimiento defectuoso en determinados tipos contractuales).

2.3 La resolución por transcurso infructuoso del plazo adicional para cumplir

Hasta aquí podría haber llegado la «modernización» de la normativa sobre el incumplimiento resolutorio en el derecho español, pero habría quedado incompleta. En todos los textos de lo que denominamos moderno derecho de contratos se plantea la posibilidad del recurso al remedio resolutorio cuando existe un incumplimiento subsanable y el deudor no lo subsana en el plazo adicional que para ello le concede el acreedor. Las diferencias con la resolución en caso de incumplimiento esencial son evidentes. Mientras que, tratándose de un incumplimiento esencial, el acreedor dispone de un derecho de resolución inmediato —es decir, producido el incumplimiento, el acreedor puede valerse directamente del remedio resolutorio— en el caso de incumplimiento no esencial, la resolución sólo está disponible tras el transcurso infructuoso del plazo adicional de cumplimiento fijado por el acreedor⁸⁵.

⁸⁴ Idea que ya anticipé en Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, «La modernización del derecho de obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno», en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, *Incumplimiento contractual nuevas perspectivas*, Cuadernos de Análisis jurídico, Colección de Derecho privado, VII, ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2011, pp. 107 a 170, pp. 145-150. A ello se suma María Luisa PALAZÓN GARRIDO, «El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España: un estudio desde el Derecho Privado Europeo», en Klaus JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 423 a 447, p. 436. Y parece que defiende una solución similar Encarna ROCA Y TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», cit., p. 9.

⁸⁵ En caso de incumplimiento esencial, una correcta ponderación de los intereses en juego lleva a reconocer que el acreedor tiene un derecho inmediato de resolución (puesto que el cumplimiento ya no es posible o útil). En cambio, por lo que respecta a los casos de incumplimiento no esencial, nos encontramos con un conflicto entre el interés del deudor en el mantenimiento del contrato y el interés del acreedor en ponerle fin. Una correcta ponderación de ambos intereses en juego lleva al establecimiento del requisito del otorgamiento al deudor de una última oportunidad para cumplir y evitar la resolución [Peter SCHLECTRIEM, «Terminations of contracts under the Principles», en BONELL, M. J., BONE-

De forma muy acertada, la Propuesta incluye esta segunda modalidad de resolución que hasta ahora no estaba reconocida en el derecho español⁸⁶. Según establece el artículo 1200 (1) PMDOC: «En caso de retraso o falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le haya fijado para ello, no cumpliera o subsanare la falta de conformidad». A ello hay que añadir que, conforme a lo previsto en el tercer párrafo de este mismo precepto, no es necesaria la fijación de un plazo adicional de cumplimiento si el deudor declara que no cumplirá sus obligaciones.

En principio, esta modalidad de resolución está prevista para los casos de incumplimiento no esencial⁸⁷, pero nada impide al acreedor valerse de ella si, ante un incumplimiento esencial, el acreedor pretende dar una última oportunidad al deudor, o bien si duda del carácter esencial del incumplimiento.

Para regular esta segunda modalidad de incumplimiento resolutorio, la Propuesta se inspira en la CISG, en los Principios UNIDROIT y en los PECL, aunque presenta sus peculiaridades.

En primer lugar, hay que destacar que la Propuesta contempla esta modalidad de resolución para los casos de retraso y de falta de conformidad (existe cumplimiento, pero éste es defectuoso)⁸⁸. Esto supone una ampliación del supuesto inicialmente previsto en la CISG, que, claramente inspirada en la figura de la *Nachfrist* alemana, sólo considera la resolución por transcurso infructuoso del plazo adicional en los casos de falta de entrega de las mercaderías o de falta de pago del precio o de recepción de las mercaderías por el comprador⁸⁹. Los Principios UNIDROIT, los PECL y el DCFR se refieren a la posibilidad de resolver el contrato en casos de retra-

LLI, F. (ed.), *Contratti Commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 249-269, p. 265].

⁸⁶ Un ensayo de cómo podría ser esa nueva regulación en Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 477 a 480.

En Derecho español, Rafael ÁLVAREZ VIGARAY fue uno de los primeros en denunciar la falta de una figura de este tipo en el ordenamiento español, (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., p. 260). Fernando PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., p. 1733.

⁸⁷ Luis DÍEZ-PICAZO, «La Propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos», cit., p. 8 y Mario CLEMENTE MEORO, «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», cit., pp. 5 y 6.

⁸⁸ Es importante recordar que la regulación de la falta de conformidad en la Propuesta no está en las normas generales del incumplimiento, sino en el contrato de compraventa (arts. 1474 y ss.).

⁸⁹ Vid. artículos 49 (1) (b) y 64 (1) (b) CISG. En los trabajos preparatorios de la CISG se contempló la posibilidad de extender la resolución no sólo a los supuestos de falta de entrega, sino también a los casos de entrega de mercaderías no conformes. Finalmente, se abandonó esta posibilidad ante el miedo del abuso por parte del comprador. Vid. John HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* § 288.

so no esencial cuando el deudor no cumpla en el plazo adicional fijado por el acreedor⁹⁰. Frente a esto, me parece apropiado que la Propuesta amplíe la resolución a los casos de falta de conformidad, pero creo que sería muy conveniente establecer expresamente, como hacen los Principios UNIDROIT⁹¹, que la resolución no resulta procedente en los casos en los que el incumplimiento es poco relevante, porque, aunque es cierto que la resolución no es un remedio excepcional⁹² 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)⁹³.

La segunda cuestión que quiero resaltar se refiere a la regulación que la Propuesta ofrece de la figura de la concesión de un plazo adicional al deudor para que cumpla. La incorporación de esta figura en la Propuesta supone una importante novedad en el Derecho español y, por tanto, es preciso que el legislador sea especialmente cuidadoso con ella. En ese sentido, aunque el punto de partida de la Propuesta es loable, considero que hay algunos aspectos de la misma que, quizá, se podrían mejorar.

Empezando por la ubicación de la normativa, a mi juicio, las reglas sobre la 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,

⁹⁰ Artículo 7.3.1 (3) Principios UNIDROIT: «En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el artículo 7.1.5».

Artículo 9:301 (2) PECL: «In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract under Article 8:106 (3).»

DCFR III.-3:503. Termination after notice fixing additional time for performance:

(1) A creditor may terminate in a case of delay in performance of a contractual obligation which is not in itself fundamental if the creditor gives a notice fixing an additional period of time of reasonable length for performance and the debtor does not perform within that period.»

Recientemente, contemplan esta modalidad de resolución el texto elaborado por el Grupo de expertos en derecho contractual europeo (*vid.* arts. 116 y 137) y los artículos 115 y 135 CESL.

⁹¹ Mientras que el artículo 7.1.5 (3) Principios Unidroit declara que, en caso de retraso no esencial, el acreedor puede resolver el contrato al final del período adicional de cumplimiento, el párrafo (4) de este mismo precepto establece: «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».

⁹² Sobre el carácter no excepcional de la resolución, *vid.* Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 814.

⁹³ Idea que ya anticipé en «La modernización del derecho de obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno», cit., 154. Está de acuerdo con esta propuesta Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», p. 288.

En el Derecho español, esta previsión ya existe para la venta de consumo (art. 121 TRLGDCU); *vid.* Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1129.

puesto que se trata de una figura que afecta a todos los remedios frente al incumplimiento⁹⁴. 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 incumplimiento⁹⁵. 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 de exigir una indemnización de daños, pero que no dispone del resto de remedios⁹⁶. 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 ellos⁹⁷. Además, habría que aclarar que no es necesario dejar transcurrir el plazo si el deudor anuncia que no cumplirá⁹⁸. Respecto a la duración del plazo adicional, creo 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 caso⁹⁹.

⁹⁴ *Vid.* CISG (arts. 47 y 63); Principios UNIDROIT (art. 7.1.5); PECL [art. 8:106 (3)] y DCFR (III.-3:103).

⁹⁵ *Vid.* SAN MIGUEL PRADERA, «La modernización del derecho de obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno», cit., p. 154. Está de acuerdo en ello ÁLVARO VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., p. 288.

⁹⁶ La CISG declara que, durante la vigencia del plazo, el acreedor no puede ejercitar ningún remedio frente al incumplimiento, salvo la indemnización de los daños y perjuicios por la demora en el cumplimiento [arts. 47 (2) y 63 (2) CISG].

En los Principios UNIDROIT se establece expresamente que, durante la vigencia del plazo, el acreedor puede suspender el cumplimiento de su prestación y reclamar la indemnización de daños y perjuicios, pero no puede ejercitar ningún otro remedio, incluida la resolución (art. 7.1.5). De forma muy similar lo contemplan los PECL [art. 8:106 (2)] y el DCFR [III.-3:103 (2)].

⁹⁷ Así lo especifican el artículo 7.1.5 (2) Principios UNIDROIT, el artículo 8:106 (2) PECL y DCFR III.-3:103 (3).

El hecho de que la concesión de plazo adicional esté prevista con motivo de la resolución podría llevar a pensar que, con la concesión del plazo, el acreedor está ya optando por la resolución, pero eso no es así, puesto que, al finalizar el plazo, el acreedor tiene a su disposición todos los remedios; nada le impide optar por la reducción del precio o por el cumplimiento, si así lo desea. De ahí mi propuesta de que se regule esta figura entre las disposiciones generales del incumplimiento.

⁹⁸ Así lo reflejan expresamente todos los textos analizados: CISG [arts. 47 (2) y 63 (2)]; los Principios UNIDROIT [art. 7.1.5 (2)], los PECL [art. 8:106 (2)] y DCFR [III.-3:103 (3)].

⁹⁹ Artículos 47 (1) y 63 (1) CISG; artículo 7.1.5 (3) Principios UNIDROIT; artículo 8:106 (3) PECL.

Por su parte, el DCFR sólo se refiere a la duración razonable del plazo, con motivo de la regulación de la resolución en los casos de retraso [III.-3:503 (2)].

Ya en la regulación del remedio resolutorio, es acertado especificar, como hace el artículo 1200 PMDOC, que no es necesario fijar plazo si el deudor ha anunciado que no cumplirá. 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 cumplimiento¹⁰⁰. 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 protegidos¹⁰¹.

Además, puesto que está previsto que la resolución se ejercite mediante notificación al deudor (*vid. infra* 3), 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 plazo¹⁰², 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 transcurrir el plazo sin proceder al cumplimiento. Tal es, de hecho, la solución por la que se ha optado en los textos del llamado nuevo derecho de los contratos¹⁰³.

¹⁰⁰ Esta última es la solución por la que se decantan los Principios UNIDROIT, en su artículo 7.1.5 (3); los PECL, en el art. 8:106 (3); y el DCFR [III. 3:503 (2)].

¹⁰¹ Recientemente, el texto elaborado por el Grupo de expertos en derecho contractual europeo opta por considerar que la fijación del plazo resulta ineficaz (*vid. arts. 116 y 137*); solución que desaparece en el CESL.

¹⁰² Mario CLEMENTE MEORO, «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», cit., p. 8, se cuestiona si, además, es necesario notificar la resolución en caso de concesión de un plazo adicional.

¹⁰³ Ésta es la solución por la que opta el artículo 7.1.5 (3) Principios UNIDROIT: «La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple». La misma solución aparece en el artículo 8:106 (3) PECL.

El DCFR también lo admite y especifica el momento en el que tiene efecto la resolución. Así III. – 3:507(2) establece: «Where a notice under III. – 3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance) provides for automatic termination if the debtor does not perform within the period fixed by the notice, termination takes effect after that period or a reasonable length of time from the giving of notice (whichever is longer) without further notice».

Más recientemente, en 2011, el texto propuesto por el Grupo de expertos en derecho contractual europeo también recoge esta solución (*vid. arts. 116 y 137*) y el CESL en los artículos 115 (3) y 135 (3).

2.4 La resolución por riesgo patente de incumplimiento

La Propuesta introduce otra novedad entre los supuestos de resolución por incumplimiento: se trata de la resolución por incumplimiento anticipado.

Según lo previsto en el artículo 1200 PMDOC: «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»¹⁰⁴. Son casos en los que todavía no se ha producido el incumplimiento, pero existe riesgo de que este se produzca y de que éste, además, tenga carácter esencial. En estos casos, si el acreedor quiere resolver el contrato, previamente tiene que conceder un plazo razonable al deudor para que cumpla u otorgue garantía de que va a cumplir. Transcurrido el plazo, el acreedor puede resolver el contrato. Pues bien, no es necesario otorgar plazo o esperar a que éste transcurra si el deudor ha declarado o declara que no cumplirá¹⁰⁵.

Esta posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento anticipado está claramente inspirada en el artículo 72 CISG, aunque con pequeñas diferencias, pues el texto de la PMDOC establece como requisito general la concesión del plazo al deudor, mientras que la CISG sólo lo prevé en los casos en que «hubiera tiempo para ello»¹⁰⁶.

¹⁰⁴ El único precedente en nuestro derecho se encuentra en el artículo 1503 CC, en el marco del contrato de compraventa de inmuebles y únicamente a favor del vendedor, si concurren unos presupuestos muy concretos; además no prevé la concesión de un plazo al comprador para que cumpla o asegure el cumplimiento: «Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta.

Si no existiere ese motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124.»

¹⁰⁵ Aunque el tenor literal del precepto únicamente dice que no es necesario conceder un plazo cuando el deudor ha declarado que no cumplirá, con buen criterio, incluye Mario CLEMENTE MEORO el caso en el que, una vez concedido el plazo, el deudor declara que no cumplirá [«La resolución por incumplimiento en la Propuesta para Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», p. 6].

¹⁰⁶ 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.»

Los PECL también admiten una resolución por incumplimiento anticipado, pero no contemplan la figura de la concesión de un plazo al deudor para que cumpla o dé garantías de cumplir.

IV. ¿CÓMO HAY QUE PROCEDER PARA RESOLVER EL CONTRATO?: EL EJERCICIO DE LA RESOLUCIÓN

Los estudios de derecho comparado sobre la forma de ejercicio de la resolución suelen contraponer dos modelos: el modelo de resolución mediante sentencia judicial y el modelo de resolución mediante declaración de voluntad del acreedor¹⁰⁷. En cada uno de estos modelos se arbitra un mecanismo de protección al deudor que se expone a una resolución del contrato. Mientras que, en el modelo judicial, se exige una sentencia que declare la resolución, de tal manera que es el juez quien controla que el acreedor no abusa del remedio resolutorio, el modelo de declaración unilateral de resolución, para proteger al deudor de un ejercicio abusivo, exige al acreedor que notifique al deudor su voluntad de resolver el contrato, y, en ciertos casos, que previamente otorgue al deudor una última oportunidad de cumplir y evitar la resolución. Además, si posteriormente se demuestra que el remedio resolutorio resultaba improcedente, se considerará que el acreedor ha incumplido el contrato y que debe responder por ello.

El artículo 1199 II PMDOC establece: «La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte». Por tanto, parece que la Propuesta opta por el modelo de resolución extrajudicial¹⁰⁸, que, por otro lado, es el que se ha impuesto en el denominado moderno derecho de contratos, donde la preeminencia de la resolución mediante declaración unilateral del acreedor es evidente. Así, la CISG declara, en el artículo 26, que «la declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte». Por su parte, los Principios UNIDROIT especifican

Article 9:304: 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».

Y, recientemente, el DCFR ofrece una mejor regulación de la resolución por incumplimiento anticipado distinguiendo dos supuestos:

III. – 3:504: «Termination for anticipated non-performance. A creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental.

III. – 3:505: Termination for inadequate assurance of performance. A creditor who reasonably believes that there will be a fundamental non performance of a contractual obligation by the debtor may terminate if the creditor demands an adequate assurance of due performance and no such assurance is provided within a reasonable time».

¹⁰⁷ Por todos, Peter SCHLECHTRIEM, «Terminations of contracts under the Principles», cit., p. 249. En España, Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp. 215 y ss.; y Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, pp. 36-38.

¹⁰⁸ No 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).

en el artículo 7.3.2 (1) que: «(e)l derecho de una parte a dar por terminado el contrato se ejercerá mediante comunicación a la otra parte». En términos muy similares, los PECL disponen que el derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita a través de una comunicación a la otra parte [art. 9:303 (1)]. Y, como no podía ser de otra manera, el DCFR sigue la línea marcada por los demás textos mencionados (III.-3:507 DCFR).

Este modelo de resolución previsto en la Propuesta contrasta con lo que estableció el legislador español en 1889, que —con una clara inspiración francesa— se decantó por el modelo de resolución judicial¹⁰⁹. Así se desprende claramente del tenor literal del artículo 1124 CC español, que establece: «el tribunal decretará la resolución que se reclame». Sin embargo, sería un error afirmar que el modelo de resolución diseñado en la Propuesta supone una auténtica novedad, puesto que, en el Derecho español, la forma de ejercicio de la resolución por incumplimiento ha sufrido una clara evolución en este sentido, por obra, fundamentalmente, de la jurisprudencia. De hecho, desde los primeros años de aplicación del Código civil, el Tribunal Supremo admitió la posibilidad de una resolución sin intervención judicial¹¹⁰. Esto significa que, en el Derecho español, es posible ejercitar la resolución por incumplimiento mediante una declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que, si la declaración de resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, quede aquella sometida al examen y sanción de los tribunales, que habrán de declarar, en definitiva, que la resolución está bien hecha o que, por el contrario, no se ajusta a derecho¹¹¹. Ahora bien, el hecho de que la superación del modelo judicial de resolución en España se haya llevado a cabo por los operadores jurídicos sin que haya ido acompañada de una modificación de los textos legales sobre la materia, ha supuesto que esta modalidad no tenga bien arbitrados los pasos que debe seguir el contratante que pretende la resolución¹¹².

¹⁰⁹ Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., p. 220 y Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, cit., pp. 810 a 812.

¹¹⁰ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 813, se refiere a la «matización sobre el carácter necesariamente judicial».

¹¹¹ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 813, y Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, p. 1141.

Efectivamente, desde muy temprano, encontramos pronunciamientos del Tribunal Supremo que admiten una resolución mediante declaración unilateral del acreedor dirigida al deudor. Como muestra se puede citar: SSTS 24 de octubre de 1941 (RJ 1941/1091); 28 de enero de 1943 (RJ 1943/121) y todas las sentencias que han seguido esta línea. *Vid.* Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, pp. 359 a 362.

¹¹² Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., p. 260 y Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *La resolución de los contratos*

Frente a esto, en la Propuesta se ha optado por reconocer legalmente la resolución mediante notificación, pero, a diferencia de lo que sucede en los textos en los que se ha inspirado, la Propuesta no concreta en qué consiste esa notificación y qué características debe reunir; por ejemplo, si existe algún requisito de forma, cuándo produce efectos, quién corre con el riesgo de su pérdida y retraso o si puede ser retirada o revocada. Alguna de estas preguntas tiene una respuesta más o menos fácil, acudiendo, por analogía, a las normas establecidas en la Propuesta para regular la declaración de voluntad contractual, pero en algunos casos hubiera sido, quizá, conveniente que el legislador diera una solución específica para la notificación de la resolución.

Respecto a la forma de la notificación, en la Propuesta de modernización se mantiene el principio de libertad de forma que rige en el Código civil de 1889¹¹³. Por tanto, si no se ha especificado nada, se puede entender que la notificación de la resolución no está sometida a requisitos formales¹¹⁴. Ahora bien, a pesar de la ausencia de formalismo, es importante que el contratante que declara la resolución se asegure la posibilidad de probar la existencia de la voluntad resolutoria¹¹⁵.

En cuanto al momento de eficacia de la notificación de la resolución, si se acude a las normas que regulan las declaraciones contractuales, se puede afirmar que la notificación de la resolución producirá efectos cuando llegue al contratante incumplidor (siendo suficiente con que llegue al lugar que tenga designado para ello, a su establecimiento o a su domicilio)¹¹⁶. Ahora bien, a

bilaterales por incumplimiento, p. 367, con un intento de perfilar las características de la resolución mediante declaración del acreedor en el Derecho español (pp. 369 a 514).

¹¹³ Cfr. artículo 1239 PMDOC, que declara respecto de la forma de los contratos:

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes, se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional.

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

¹¹⁴ Por ejemplo, el artículo 1504 CC, cuya supresión o modificación no está prevista en la Propuesta, exige que la resolución tenga lugar mediante requerimiento judicial o acta notarial, en el caso de compraventa de bienes inmuebles y resolución por falta de pago del precio. Mario CLEMENTE MEORO, «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», cit., p. 8. *Vid.* más detalles sobre este caso y otros en los que la resolución debe cumplir ciertos requisitos formales en Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 491 a 514.

¹¹⁵ Sobre la forma de la declaración de resolución, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 480-514.

¹¹⁶ Cfr. los artículos 1247 y 1257 PMDOC, que, respecto de la oferta y la aceptación en la formación del contrato, declaran que «tendrá(n) efectividad cuando lleguen al destinatario». A su vez, el artículo 1257 PMDOC establece que: «A los efectos de este capítulo,

pesar de que la notificación no es eficaz hasta que llega a su destinatario, lo cierto es que existe desde que es emitida por el acreedor. Esta distinción entre existencia y eficacia permite plantearse la posibilidad de una retirada de la notificación cuando ha sido emitida por el acreedor, pero todavía no ha llegado a su destinatario, y una revocación de la notificación cuando ya ha llegado a su destinatario y, por tanto, es eficaz. La Propuesta se decanta claramente por la posibilidad de retirar la notificación siempre que dicha retirada llegue a su destinatario antes que la propia notificación de la resolución o al mismo tiempo que ésta¹¹⁷. Por lo que respecta a la revocación, la notificación de resolución tiene carácter irrevocable¹¹⁸.

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 CISG¹¹⁹ y 1:303 (4) PECL]. 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 tipo¹²⁰.

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 a su domicilio.»

Esta solución difiere de la que se extrae del actual 1262 II CC, que establece como momento relevante el momento de conocimiento por su destinatario, aunque no siempre es necesario que dicho conocimiento se produzca, puesto que se admite que la declaración surta efectos cuando, habiendo sido emitida, el destinatario «no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe».

¹¹⁷ A esta conclusión se llega de la lectura de los artículos 1247 y 1254 PMDOC, que prevén la posibilidad de una retirada de la oferta o la aceptación, respectivamente, siempre que la retirada llegue a su destinatario «antes o al mismo tiempo» que la oferta o la aceptación, según corresponda.

¹¹⁸ Sobre posibles excepciones al carácter irrevocable de la notificación de resolución, *vid.* Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 401 a 405.

¹¹⁹ Este precepto de la CISG se aplica a las declaraciones que tengan lugar en la ejecución del contrato y como consecuencia de la existencia de perturbaciones en la ejecución.

¹²⁰ Más detalles en Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 390-394.

V. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Para finalizar con el análisis del régimen de la resolución por incumplimiento en la Propuesta, voy a ocuparme de los efectos de la resolución. 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. Voy a centrarme en los dos tipos de efectos que pueden distinguirse en la resolución por incumplimiento: los efectos liberatorios y los efectos restitutorios.

1. LOS EFECTOS LIBERATORIOS

Según establece el artículo 1202 I PMDOC: «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 cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución»¹²¹.

La incorporación de un precepto de este tipo es totalmente acertada. Permite aclarar algo que en la doctrina española había generado cierta discusión debido a la ausencia de previsión legal expresa al respecto. La resolución se predica de un contrato plenamente válido y eficaz; por tanto no puede equipararse a la nulidad y sus efectos no pueden ser los mismos¹²². De ahí que se aclare que la resolución provoca la liberación de las partes en cuanto a las obligaciones derivadas del contrato, pero que no supone la completa desaparición del contrato, pues se mantienen las cláusulas relativas a la solución de controversias, y cualesquiera otras previstas para el caso de resolución (por ejemplo, la cláusula penal)¹²³.

2. LOS EFECTOS RESTITUTORIOS

Junto al efecto liberatorio, la Propuesta atribuye a la resolución por incumplimiento efectos restitutorios. A ello dedica los artículos 1203 y 1204 PMDOC. Esto supone un gran avance respecto a

¹²¹ Este precepto está claramente inspirado en el artículo 81.1 CISG. *Vid.* las diferencias con el artículo 7.3.5 Principios UNIDROIT y el artículo 9:305 PECL, que conciben la extinción de las obligaciones para el futuro.

¹²² Mario CLEMENTE MEORO, «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», cit., p. 10.

¹²³ La formulación coincide con lo previsto en los artículos 81.1 CISG; 7.3.5 Principios UNIDROIT y 9:305 PECL.

la situación actual en derecho español, que, ante la falta de previsión legal, ha llevado a buscar la solución en la aplicación analógica de normas de diversa índole, si bien estas, al no estar expresamente previstas para la resolución, no siempre dan una solución ajustada¹²⁴. Concretamente, el artículo 1203 PMDOC declara:

«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 el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida¹²⁵.

El que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución. Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquel a quien se restituye.»

A su vez, el artículo 1304 PMDOC especifica: «En la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto».

Estos preceptos no siguen el modelo que les ofrecen los Principios UNIDROIT y los PECL; las soluciones de la Propuesta difieren de las de los textos internacionales en su planteamiento. Mientras que, para estos últimos, la regla general es que la resolución no tiene efecto retroactivo, sino que éste es una excepción para justificar en ciertos casos la restitución de las prestaciones ya realizadas¹²⁶; en el caso de la Propuesta la regla de la que se parte es la contraria; es decir, la resolución tiene efectos retroactivos, salvo en los casos de contratos de ejecución continuada o sucesiva, en los que el alcance de la retroacción es limitado. Curiosamente, el DCFR se ha apartado en este punto de la senda marcada por los PECL y contempla una eficacia retroactiva de la resolución (III 3:510)¹²⁷.

¹²⁴ Vid. Mario CLEMENTE MEORO, «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», cit., pp. 10-11.

¹²⁵ Vid. artículo 82.2 CISG.

¹²⁶ Vid. artículos. 9:306 a 9:309 PECL. Hay un mayor reconocimiento de los efectos restitutorios en el artículo 7.3.6 Principios UNIDROIT.

¹²⁷ III. – 3:510: «Restitution of benefits received by performance

(1) On termination under this Section a party (the recipient) who has received any benefit by the other's performance of obligations under the terminated contractual relation-

Por lo que respecta al objeto de la restitución, la Propuesta exige que se restituyan las prestaciones y los frutos obtenidos de ellas (intereses, en el caso de dinero)¹²⁸. Además, el que restituye tiene derecho a que se le abonen los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución y, respecto de los demás gastos, sólo se abonarán en la medida en que determinen un enriquecimiento del que recibe la restitución.

Por último, la Propuesta da una solución para los casos en los que no resulte posible la restitución de la prestación o de los rendimientos obtenidos. Cuando esto suceda, el obligado a restituir entregará el valor en el momento en que la restitución se hizo imposible¹²⁹. Ahora bien, no existe obligación de restituir el valor cuando sea el contratante que resuelve el que no pueda devolver la prestación y la destrucción o pérdida del objeto se haya producido a pesar haber empleado la diligencia exigible.

VI. VALORACIÓN DE LA PROPUESTA ¿LO MEJOR ES ENEMIGO DE LO BUENO?

Según un viejo proverbio francés, «lo mejor es enemigo de lo bueno»¹³⁰, o dicho en otras palabras, puede suceder que querer

ship or terminated part of the contractual relationship is obliged to return it. Where both parties have obligations to return, the obligations are reciprocal.

(2) If the performance was a payment of money, the amount received is to be repaid.

(3) To the extent that the benefit (not being money) is transferable, it is to be returned by transferring it. However, if a transfer would cause unreasonable effort or expense, the benefit may be returned by paying its value.

(4) To the extent that the benefit is not transferable it is to be returned by paying its value in accordance with III. – 3:512 (Payment of value of benefit).

(5) The obligation to return a benefit extends to any natural or legal fruits received from the benefit.

III. – 3:511: When restitution not required

(1) There is no obligation to make restitution under this Sub-section to the extent that conforming performance by one party has been met by conforming performance by the other.

(2) The terminating party may elect to treat performance as non-conforming if what was received by that party is of no, or fundamentally reduced, value to that party because of the other party's non-performance.

(3) Restitution under this Sub-section is not required where the contract was gratuitous.»

¹²⁸ No se incluyen, por tanto, los frutos que hubiera podido percibir. *Vid.* Mario CLEMENTE MEORO, «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», cit., p. 11.

Reglas similares sobre restitución de frutos e intereses aparecen en el artículo 84 CISG.

¹²⁹ Para los supuestos en los que no se puede restituir el objeto, el artículo 7.3.6 UNIDROIT declara que se realizará una compensación en dinero, siempre que sea razonable, y el artículo 9:309 PECL establece que se abone una suma razonable acorde con el valor que la prestación haya tenido para la otra parte.

¹³⁰ «Le mieux est l'ennemi du bien».

hacer demasiado termine por estropear lo que estaba bien hecho. Es cierto que la regulación que ofrece la PMDOC de la resolución por incumplimiento supone un valioso ensayo de modernización de esta institución en el derecho español; también es cierto que proporciona soluciones adecuadas a las necesidades sociales y económicas de nuestro país y que éstas son muy próximas a las que ofrece el moderno derecho de contratos (aunque, en muchos casos, se han codificado los avances que la doctrina y jurisprudencia habían realizado para adaptar esta figura a los tiempos que corren).

Ahora bien, yo creo que no debemos conformarnos con lo que está bien y es legítimo aspirar a mejorar de la propuesta; hemos esperado muchos años y estamos a tiempo de realizar unos retoques para su perfeccionamiento. Estos retoques no afectan a su diseño central, sino que suponen, básicamente, pequeñas correcciones sistemáticas y el desarrollo de alguna de las figuras que se contemplan. Mis sugerencias, plasmadas a lo largo de este trabajo, consisten fundamentalmente en llevar a las disposiciones generales del capítulo dedicado al incumplimiento algunas de las cuestiones que aparecen reguladas en los preceptos dedicados a la resolución por incumplimiento, porque pueden afectar a otros remedios diferentes; concretamente, me refiero a la definición del incumplimiento esencial, a la figura de la concesión de un plazo adicional al deudor para que cumpla y al denominado *ius variandi* del acreedor. Además, cabría replantearse la definición de incumplimiento esencial, que quizá resulta excesivamente escueta, y el desarrollo de la regulación del plazo adicional, figura que aparece por primera vez en derecho español y que merece una mayor atención, así como precisar algunos aspectos del ejercicio de la resolución.

En cualquier caso, todas mis sugerencias no son más que un simple retoque para afinar un buen sistema de resolución por incumplimiento plasmado en la Propuesta.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3.^a ed., Comares, Granada, 2008.
- CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- CLEMENTE MEORO, Mario E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1998.
- *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, Barcelona, 2009.
- «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*, núm. 2131, 2011.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, 2009.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comentario a la STS de 17 de junio de 1986», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, 1986, pp. 3773-3788.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, «Resolución (D.º Civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5889-5899.
- *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, 2011.
- ROCA, Encarna, MORALES, Antonio Manuel, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law* (3 May 2011), disponible en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf (visitado el 9/10/2011).
- FENOY PICÓN, Nieves, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos Generales. El incumplimiento», *ADC*, LXIII, 2010, pp. 42-136.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *RJC*, 2, 2009, pp. 479-496.
- HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3.ª ed., Kluwer Law International, La Haya, 1999.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.
- «Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, 1987, pp. 5183-5207.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.
- OGÁYAR AYLLÓN, Tomás, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del CC*, Aranzadi, Pamplona, 1983.
- 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», en Klaus Jochen Albiez Dohrmann (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 423 a 447.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, XLII, 1989, pp. 1143-1168.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, XLVI, 1993, pp. 1719-1745.
- PINTÓ RUIZ, Juan José, «En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)», 2.ª parte, *RJC*, 1953, pp. 424 a 446.

- PUIG PEÑA, Federico, *La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral*, RGLJ, 221, 1966, pp. 9-26.
- ROCA SASTRE, Ramón María, «El riesgo en el contrato de compraventa», en *Estudios de Derecho Privado I*, Bosch, Barcelona, 1948, pp. 389-403.
- ROCA TRÍAS, Encarna, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, 2011.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.
- «La modernización del derecho de obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno», en Íñigo de la MAZA GAZMURI, «Incumplimiento contractual nuevas perspectivas», *Cuadernos de Análisis jurídico*, Colección de Derecho privado, VII, ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2011, pp. 107 a 170.
- SCHLECTRIEM, Peter, «Terminations of contracts under the Principles», en Bonell, M. J., Bonelli, F. (ed.), *Contratti Commerciali internazionali e principi Unidroit*, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 249-269.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Christian von Bar y Eric Clive (ed.), vol. 1, Sellier-European Law Publisher, Múnich, 2009.
- TRAVIESAS, M. Miguel, «Obligaciones recíprocas», *RDP*, 192, 1929, pp. 273-288.
- VAQUER ALOY, Antoni, «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *ADC*, LXIV, 2011, pp. 5-39.
- 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, 2011, pp. 243-302.